

# ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований  
у жовтні 2001 року

2017/1

Виходить  
4 рази на рік

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

## Головний редактор

Шемшученко Ю.С.

## Заступник

### головного редактора

Бошицький Ю.Л.

## Редакційна колегія

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

## Іноземні члени редакційної колегії

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

Рекомендовано до друку  
Вченою радою  
Київського університету права  
НАН України  
(протокол № 5 від 25.04.2017)  
Вченою радою  
Інституту держави і права  
ім. В.М.Корецького  
НАН України  
(протокол № 5 від 23.03.2017)

Передплатний індекс  
23994

ISSN 2219-5521

## ЗМІСТ

*Онисьченко Н. М.* Гласність і обізнаність у праві: соціальна необхідність  
чи особиста потреба ..... 4

### Видатні правознавці України

*Андрусяк Т. Г.* Михайло Драгоманов – ключова постать української  
правової думки XIX ст. .... 8

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

*Антошкіна В. К.* Правова природа результатів тлумачення цивільно-правових норм ..... 14

*Кабанець О. С.* До питання про ціннісно-правові аспекти сучасної демократії ..... 20

*Хахнич В. С.* Деякі аспекти функціонування юридичного факультету  
в Львівському університеті (1920–1930-х рр.) ..... 25

*Костенко І. В.* Роль навчальних закладів України у становленні європейських  
стандартів освіти (XVI–XVIII ст.) ..... 30

*Титко А. В.* Концептуальні підходи до визначення «дифамації» в загальній  
доктрині права ..... 33

*Гончар Д. В.* Міжнародні стандарти надання безоплатної правової допомоги  
та їх вплив на національний правопорядок ..... 37

### Конституційне право та конституційний процес в Україні

*Демиденко В. О.* Принципи муніципального права як фундаментальна основа  
муніципальної реформи в Україні ..... 40

*Журавльова Г. С.* Конституційний принцип заборони дискримінації  
та обґрунтованість відмінного ставлення до особи ..... 44

*Корнієнко П. С.* Правозахисна діяльність адвокатури як ефективний спосіб  
запобігання свавілля держави ..... 49

*Мартянова Т. С.* Пряма дія Конституції України як умова незалежності судової влади ..... 54

*Миколенко В. А.* Європейський досвід удосконалення організації та діяльності  
прокуратури в контексті конституційної модернізації ..... 57

*Подорожна Т. С.* Верховенство конституції як складова верховенства права:  
проблеми конституціоналізації правового порядку ..... 61

*Прокопенко І. П., Доронін В. Є.* Правовий аналіз захисту прав та свобод  
у Росії та Україні ..... 64

*Дубас В. В.* Європейські стандарти конституційної скарги (за позиціями  
Венеціанської комісії) ..... 67

*Сподинський О. О.* Набуття і припинення (позбавлення) громадянства:  
історія та сучасність ..... 71

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

*Гедзюк О. В.* До питання кваліфікації доходу, що впливає на зміни у майновому  
стані суб'єкта декларування ..... 75

<i>Карпунцов В. В.</i> Проблемні питання розмежування процесуальної компетенції керівника органу прокуратури та прокурора прокуратури у справах про адміністративні правопорушення .....	79
<i>Москаленко С. І.</i> Система органів публічної влади, які здійснюють державний контроль в галузі цивільної авіації .....	82
<i>Німко О. Б., Мамчур С. М.</i> Історія виникнення реадмісії та аналіз зарубіжного досвіду правового регулювання реадмісії .....	86
<i>Охотнікова О. М.</i> Роль державного управління в сфері моніторингу земель в Україні .....	92
<i>Панасюк Р. П.</i> Камералістика в системі регулювання господарських правовідносин .....	95
<i>Пожидаєва М. А.</i> Перехід від валютних обмежень до правової регламентації як сприятлива умова для ефективного функціонування платіжних систем в Україні .....	98
<i>Чернадчук Т. О., Сокоренко Н. В.</i> Аналіз правових засад фінансування бюджетів об'єднаних територіальних громад в умовах децентралізації .....	104
<i>Шинкарук О. В., Співаков І. І.</i> Державний контроль як форма захисту виборчих відносин .....	107
<i>Майданевич Г. А.</i> Особливості підстав адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів .....	111
<i>Павлюк Н. М.</i> Складові елементи адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності .....	116
<i>Паніотов Є. К.</i> Адміністративно-правові відносини в діяльності Національного центрального бюро Інтерполу .....	119

## **Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні**

<i>Курило М. П.</i> Цивілістичний процес в умовах проведення судово-правової реформи .....	124
<i>Пашиков В. М., Олефір А. О.</i> Зарубіжний досвід правового регулювання реклами лікарських засобів .....	129
<i>Бірюков І. А.</i> До законодавчого визначення поняття шлюбу .....	136
<i>Василина Н. В., Круковес В. В.</i> Правовий статус заявників та заінтересованих осіб у справах про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу .....	140
<i>Великанова М. М.</i> Методична складова пізнання юридичного ризику .....	144
<i>Горбань Н. С.</i> Договір страхування життя .....	150
<i>Дерій О. О.</i> Актуальні питання представництва сторін виконавчого провадження адвокатом .....	155
<i>Кожевникова В. О.</i> Законодавче обмеження права на укладення релігійного шлюбу в Україні .....	158
<i>Макаренко Н. А.</i> Особливості розгляду позовів про захист честі та ділової репутації .....	161
<i>Надьон В. В.</i> Зв'язок суб'єктивного цивільного обов'язку з нормою права та правовідносинами .....	166
<i>Островська Б. В.</i> Право на життя в контексті Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та науково-технічного прогресу в біомедицині .....	170
<i>Похиленко І. С.</i> Правове регулювання договору про надання ритуальних послуг .....	174
<i>Шкрібєць Д. В.</i> Дослідження доказів як етап процесу доказування в цивільному судочинстві .....	178
<i>Бойко А. О.</i> Функції завдатку в контексті динаміки зобов'язальних правовідносин .....	183
<i>Верхола Ю. В.</i> Джерела правового регулювання договору водопостачання та водовідведення .....	187
<i>Данилова І. О.</i> Правове регулювання туристичної діяльності в Україні .....	191
<i>Майка Н. В.</i> Проблеми інституційної належності права володіння та прав з обмеженою речовою природою .....	196
<i>Муляр М. С.</i> Стан вітчизняних цивілістичних досліджень правовідносин споживчого кредитування .....	201
<i>Панченко О. І.</i> Проблема визначення розміру відшкодування моральної шкоди, завданої неправомірними діями поліцейських в Україні .....	207
<i>Панькевич Р. В.</i> Критерії правомірного втручання держави у право власності особи з урахуванням практики Європейського суду з прав людини .....	212
<i>Строкач І. І.</i> Деякі проблемні питання виконавчого напису нотаріуса в судовому процесі .....	218
<i>Чабан О. А.</i> Пасивні суб'єкти права фізичної особи на таємницю про стан здоров'я .....	220
<i>Чекіта В. Г.</i> Процедура нотаріального посвідчення консулом аліментних договорів .....	223

## **Проблеми права інтелектуальної власності**

<i>Бошицький Ю. Л., Швантнер М.</i> Щодо типового положення ВОІВ про політику в сфері інтелектуальної власності для університетів і науково-дослідних установ .....	231
<i>Андрусів У. Б.</i> Особливості правового статусу кабельних провайдерів .....	237
<i>Рассомахіна О. А.</i> Положення міжнародних договорів щодо підстав для відмови у наданні правової охорони описовим позначенням .....	243
<i>Демченко Я. О.</i> Теоретико-правові особливості визначення майнових прав суб'єктів господарювання в сфері авторського права та суміжних прав .....	249

## **Аграрне, земельне та екологічне право**

<i>Лісова Т. В.</i> Відновлення земель: економічний та правовий аспекти .....	258
<i>Дудар М. І.</i> Історико-правові аспекти становлення та розвитку дозвільної системи у сфері використання та охорони надр в Україні .....	262
<i>Дударенко В. В.</i> Порівняльно-правова характеристика аграрної розписки та форварду в механізмі кредитування агрохолдингу .....	268
<i>Жмудінський В. П.</i> Правові категорії суб'єктів аграрного права .....	272
<i>Зайчко О. В.</i> Поняття та сутність явища незаконної порубки лісу .....	276
<i>Кулинич А. П.</i> Правові аспекти розширення повноважень органів місцевого самоврядування щодо розпорядження землями в умовах децентралізації влади .....	282

## **Кримінальне право та кримінологія**

<i>Шаблістий В. В.</i> Безвідповідальні зловживання та перевищення влади, службова недбалість: що далі? .....	287
<i>Біленчук П. Д., Обіход Т. В.</i> Правове і криміналістичне забезпечення протидії ядерному тероризму .....	292
<i>Бобрик К. Ю.</i> Використання спеціальних знань при розслідуванні злочинів, вчинених злочинною організацією .....	296
<i>Калиновський О. В., Школьніков В. І.</i> Використання методу кримінального аналізу для протидії організованій злочинності .....	300
<i>Мудрак І. В.</i> Проблематика оскарження потерпілим недотримання розумних строків під час здійснення кримінального провадження .....	303
<i>Назарук О. І., Ковальова Р. Я.</i> Режим відеоконференції у кримінальному процесі: переваги та недоліки .....	307
<i>Ніколасенко Т. Б.</i> Поняття, ознаки покарань, пов'язаних з ізоляцією особи військовослужбовця .....	311
<i>Чуваков О. А.</i> Деякі питання щодо видових об'єктів злочинів проти основ національної безпеки України .....	316
<i>Запорожець Р. А.</i> Загальносоціальні заходи запобігання вчиненню шахрайств у сфері іпотечного кредитування .....	321
<i>Карпова Н. Ю.</i> Суддя як суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 374 КК України .....	325
<i>Олійник Д. О.</i> Поняття та види корупційних злочинів, що вчиняються при здійсненні митних процедур .....	329
<i>Ониськів А. М.</i> Кримінальна відповідальність за злочини проти порядку проходження військової служби за військово-кримінальним законодавством Німеччини та Франції .....	333

Усатова Т. І. Основні стратегічні напрями запобігання злочинам, пов'язаним зі створенням або утриманням місць розпусти та звідництвом .....	337
Харкевич О. О. Детермінанти, що впливають на зростання злочинів, що вчиняються злочинними організаціями .....	342

## Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство

Прутика Ю. Д. Уніфікація процедур надання міжнародної правової допомоги в межах Європейського Союзу .....	348
Попко В. В. Система місцевого самоврядування в Королівстві Норвегія .....	353
Тронін З. В. Сучасна основа вирішення міжнародних спорів: принцип мирного вирішення міжнародних спорів чи принцип захисту прав та інтересів суб'єктів міжнародних правовідносин .....	358
Харчук О. О., Білий О. О. Група Світового банку в системі міжнародних валютно-кредитних інституцій .....	362
Грачова В. В. Поняття універсальних антитерористичних договорів .....	366
Хмельова І. Є. Визнання урядів: класичні підходи та сучасні тенденції .....	370

## Гість номера

Veronika Szikora. Modernisierung und Reformen in deutschen und österreichischen Gesellschaftsrecht .....	374
Ткач Д. І. Угорська національна меншина в Україні – політико-правовий аспект .....	378

## Юридична освіта

Ореховський М. Л., Коломієць В. А. Як судді допомагають слідчим та прокурорам уникати судового контролю за вилученим майном ....	383
--	-----

## Студентська трибуна

Гвагвалія М. М. Спрощений порядок захисту прав осіб в цивільному та нотаріальному процесі: порівняльний аспект .....	386
Кукса Т. В. Підстави виникнення сімейних правовідносин .....	389
Мусієнко Н. Є. Правонаступництво як підстава переходу права на арбітражну угоду .....	391
Недошовенко А. О. Договір будівельного підряду та договір підряду на капітальне будівництво: порівняльна характеристика та особливості правового регулювання .....	394
Непийвода І. В. Правове забезпечення комерційних послуг із транспортування вантажів на навколосезонну орбіту у США .....	399
Панасюк К. В. Проблемні питання судового розгляду справ за нововиявленими обставинами .....	405
Письменна А. О. Характеристика взаємодії держави та церкви як сили, яка регулює суспільні відносини: історичні етапи .....	409
Подворна К. І. Деякі аспекти заповіту з умовою .....	413
Суліма Ю. О. Проблемні питання оскарження в адміністративних судах адміністративних актів суб'єктів публічної адміністрації ..	417
Топча А. О. Баланс приватних і публічних інтересів при вирішенні податкових спорів .....	422

## Рецензії

Біленчук П. Д., Шульга О. О. Світоглядно-філософські засади кримінологічної науки в Україні: ідеї, інновації, ноу-хау .....	425
---	-----

## Наукова хроніка

Новий партнер КУП НАНУ – громадська організація «Наукове товариство історії дипломатії та міжнародних відносин» .....	427
X Міжнародна науково-практична конференція «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького» .....	427
Зустріч ректора КУП НАНУ з Надзвичайним і Повноважним Послом Республіки Болгарія в Україні паном Красіміром Мінчевим .....	428
Зустріч ректора КУП НАНУ з Надзвичайним і Повноважним Послом Грузії в Україні Міхеїлом Уклебою .....	429
Зустріч з представником Всесвітньої організації інтелектуальної власності Євгеном Сесицьким .....	429
Майстер-клас спеціаліста з авторського права Угорщини Міхала Фічора .....	429
Майстер-класи професора Аттілі Петерфалві .....	430
Майстер-клас на тему: «Наслідки вступу до ЄС для національної правової системи на прикладі Польщі» .....	430
Круглий стіл за участю представників делегації Китайської Народної Республіки .....	430
Зустріч ректора КУП НАНУ з представниками Міністерства освіти і науки та Всесвітньої організації інтелектуальної власності ....	431
VIII Всеукраїнська науково-практична конференція «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні» .....	431

## Наші ювіляри

Ювілей відомого правознавця (до 60-річчя з дня народження професора І. Б. Усенка) .....	433
---	-----

## Редакційні повідомлення

**«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 28.04.2017. Формат 60x84 1/8. Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 50,45. Обл.-вид. арк. 57,25. Наклад 500 прим.  
Видання та друк: Київський університет права НАН України. 01601, м. Київ – 1, вул. Трьохсвятительська, 4. Тел. 278-73-11.

**Н. М. ОНИЩЕНКО**

*Наталія Миколаївна Оніщенко, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, академік НАПрН України, завідувач відділу Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

## **ГЛАСНІСТЬ І ОБІЗНАНІСТЬ У ПРАВІ: СОЦІАЛЬНА НЕОБХІДНІСТЬ ЧИ ОСОБИСТА ПОТРЕБА**

Слід зауважити, що «гласність в праві» – це категорія, яку слід розглядати і аналізувати в сучасному правовому полі. Спробуємо це обґрунтувати, звернувшись до категоріального, понятійного апарату.

Проілюструємо так зване філологічне (мовне) тлумачення терміна «гласність». Крім того, слід визначити, що представники юридичної науки в нього вкладають, коли йдеться саме про право. У загальновідомому словнику гласність визначена як загальна відомість чого-небудь<sup>1</sup>. Гласність – це доступність для широкої громадськості, відкритість, публічність<sup>2</sup>.

Функціональне навантаження інституту «гласність» продемонструємо на рівні енциклопедичних юридичних видань.

Гласність – один з принципів: 1) здійснення демократії, гарантії ефективного функціонування усіх її інститутів; 2) діяльності державних органів, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян; 3) реалізації права на інформації<sup>3</sup>.

У такий спосіб у найширшому сенсі гласність у праві можна визначити як забезпечення доступності правового змісту, правових концепцій, положень законодавства, напрямів правового розвитку.

Серед багатьох ознак правових норм, аксіоматичними, відомим ще з часів студентського ознайомлення та вивчення, є наступне положення: правові норми обов'язкові до виконання суб'єктами незалежно від сприйняття чи розуміння ними змісту норми<sup>4</sup>.

Не заперечуючи цю тезу за формою, хотілося б сьогодні викласти деякі міркування щодо взаємозв'язку загальнообов'язковості норми до виконання, її сприйняття та узгодження її вимог з внутрішніми переконаннями суб'єкта.

У цьому зв'язку слід констатувати, що інститут гласності повинен відігравати і відіграє значну роль у правовому розвитку в цілому, оскільки загальнообов'язковість дотримання норм права повинна перетворюватися на внутрішнє переконання кожного суб'єкта правовідносин – кожного свідомого члена суспільства. Проте останнє можливе тільки за умови доступності права, можливості ознайомлення з його витоками та постулатами. Не тільки з «буквою» законодавства, а й з духом всієї правової тканини, феноменом права в певних реаліях суспільного розвитку. Не слід, на наш погляд, переконувати в тому, що демократичне право повинно сприйматися кожним членом суспільства, оскільки право, яке свідомо не підтримується, не поважається, не стає «законом життя» і поведінковою нормою кожного індивіда, обов'язково є безпорадним в боротьбі з корупцією, хабарництвом, зловживаннями тощо, не зважаючи на формальну відповідність цивілізованим формам, загальноприйнятим стандартам та міжнародним нормам.

Цікавим у цьому контексті є також питання, на скільки сьогодні кожен член суспільства може вгамувати «здоровий правовий голод» або потребу обізнаності у праві.

Широкому науковому загалу та представникам юридичної практики хотілося б запропонувати для більш детального ознайомлення, а, можливо, вивчення й аналізу категорію «обізнаність в праві». Необхідність її дослідження продиктована, на наш погляд, декількома причинами. Серед яких: ускладнення суспільних відносин, трансформаційні зміни в право-державотворенні, гостра необхідність підвищення як загальнокультурного, так і «правокультурного» рівня представників соціуму. Отже, на разі і на часі аналіз явища «правова обізнаність» в контексті не тільки, а, можливо, не стільки правовиховного потенціалу, скільки саме правової обізнаності як самореалізації в освоєнні правового інформативного поля.

Не слід доводити зайвий раз, що якість нашого життя в той чи інший спосіб залежить від якості законодавства. Кожного дня представники і юридичної доктрини, і юридичної практики «ламають списи» в боротьбі за «законодавчу досконалість». Зрозуміло, втім, що хоч яким би був рівень (хай буде найвищим) прийнятої норми, «оволодіння» нею, можливість користуватися, розуміючи всю палітру наданих та гарантованих прав і свобод, залежить безпосередньо від такого явища, як обізнаність у праві.

Спробуємо проаналізувати цю правову категорію, яка, на жаль, ще не стала предметом ретельної уваги і вивчення науковців.

Спочатку, як і годиться, словниковий аналіз. «Обізнаний – який знається на чому-небудь, добре ознайомлений з чимось». І далі – «обізнатися – вивчати що-небудь, знайомитися з чимось»<sup>5</sup>.

Отже, як бачимо, співіснують дві складові, або два елементи сутності цього поняття:

– по-перше, слід бути добре ознайомленим з певним явищем (предметом, поняттям тощо);

– по-друге, що випливає з першого – вивчати що-небудь.

Тому структурно «обізнаність в праві» полягає в можливості ретельно ознайомитися, вивчити правові норми, а отже, оволодіти тими знаннями в необхідному обсязі і на необхідному (для захисту прав, свобод і законних інтересів) рівні.

Почнемо з першого кроку, а саме із ознайомлення з правовим матеріалом.

Вивчення норм права передбачає багато різних складових, аспектів доктрини і практики як правотворчості, так і правореалізації. Безумовно, таке вивчення передбачає як інструментальні, так і сутнісні складові. Правотворчість – це специфічна діяльність, суб'єкти якої не можуть діяти без певних правил та вимог. Сукупність цих правил і утворює техніку правотворчості. Правила правотворчості й правила правозастосування, правила формулювання нормативних та індивідуальних правових актів утворюють юридичну техніку. Правила юридичної техніки склалися протягом усього існування права. Зрозуміло, що юридична техніка – складне юридичне поняття. Традиційно юридична техніка розглядається як система правил та прийомів підготовки і прийняття найбільш досконалих за формою і структурою нормативних актів; відповідність змісту й форми нормативних приписів; доступність і простоту нормативних матеріалів. У такий спосіб «вивчення» передбачає і пов'язане з категоріально-понятійним апаратом.

Не викликає сумнівів теза про те, що стандартизація термінів та їх дефініцій допоможе забезпечити визначеність термінологічної бази українського законодавства: запобігти колізіям, підвищити якість законодавчих актів, сприяти їх конструктивній дії, а отже, підвищить результативність вивчення запропонованого юридичного продукту.

Після вивчення, усвідомлення нормативного матеріалу іманентно необхідним виступає процес «у форматі добре ознайомлений» або «ознайомлений на достатньому рівні» щодо здійснення, використання, дотримання та застосування норм права.

Сучасне українське суспільство характеризується багатьма різними протиріччями, серед яких спостерігається прийняття значної кількості нормативно-правових актів, та водночас розповсюдженням тотального правового нігілізму. Причому прийняті закони відверто ігноруються, порушуються, не виконуються, їх не поважають і не поцінують.

Одним із відправних моментів тут виступає зневажливе, зарозуміле, скептичне сприйняття права, оцінка його не як базової, фундаментальної ідеї, а як другорядного явища в загальній шкалі людських цінностей, що, у свою чергу, характеризує міру цивілізованості суспільства, стан його духу, світогляду, соціальних почуттів, звичок.

Стійка недовіра у високе призначення, потенціал, універсальність, можливості і, навіть, необхідність права – такий морально-психологічний генезис цього феномена.

Нескладно припустити, що однією з першопричин цього явища є недостатній рівень оволодіння правовою матерією. Слід також враховувати, що сьогодні вкрай важливий не «мінімум» правових знань, а «максимум», не «абетка», а «енциклопедія» права. Можливо, тоді сприйняття права буде якраз визначатися тим, що право – це «фортеця», «захисник», «оберіг» від чиновницької сваволі, це провідник «у простір свободи, безпеки і правосуддя»<sup>6</sup>, це індикатор дотримання й забезпечення прав і свобод людини, це показник досягнутого рівня гендерної рівності, а головне – ідеалів верховенства права в суспільстві.

У таких спосіб обізнаність в праві – це засвоєння людиною різнобічних правових знань з метою їх використання в усіх сферах життєдіяльності задля найбільш повної реалізації прав, свобод і законних інтересів.

Цей процес окреслений такими завданнями:

1) формування та розвиток правових знань особи у сфері державного управління;

2) виховання поваги до права як соціальної цінності та до принципів правозаконності;

3) вироблення потреб та навичок активного захисту своїх прав, свобод та законних інтересів у встановленому законом порядку.

Реалізація вищезазначених цілей та завдань дасть змогу сформуванню належного рівня обізнаності в праві.

Успішними умовами формування цього процесу слід вважати:

– створення і діяльність громадських організацій (можливо, на базі великих юридичних центрів), що беруть участь у різних правових та соціальних проектах;

– проведення семінарів, що забезпечують профільне розширення і поглиблення уяви про право як особливого соціального інституту, феномен правової культури, її принципів, особливостей регулювання різних форм суспільних відносин, особливо в політичній та економічній сферах для широкого загалу.



Чому цю місію не взяти на себе юридичним коледжам, інститутам, факультетам у рамках і форматах, визначених державою? Принаймні, це підвищило б їх суспільну корисність і необхідність. Як приклад, це стає вкрай важливим при запровадженні у правову тканину нових інститутів таких, як, скажімо, безоплатна правова допомога, захист прав учасників АТО та членів їх сімей, реформи освітнього процесу, новели пенітенціарної системи тощо.

Обізнаність в праві передбачає можливість транслювати правову культуру, акумулювати правовий досвід і механізм правової діяльності, сприяти подоланню правового нігілізму, правового песимізму, вирішенню конфліктів у суспільстві. Таким чином, вказана робота спрямована на розвиток самої людини, її правової свідомості й правової культури. Правознавці-вчені та представники юридичної практики наголошують, що правова обізнаність є важливим комплексним компонентом механізму правової соціалізації особи, як процесу засвоєння, сприйняття і реалізації суб'єктами правових цінностей суспільства, ідей, переживань, почуттів і емоцій людей, а також правових оцінок, норм і моделей поведінки. При цьому суспільство і сама правова практика визначають правові соціалізації. Саме обізнаність у праві здатна спрямувати цей процес в цілеспрямоване позитивне русло. Отже, вивчення питань правової соціалізації безпосередньо пов'язано з явищем «обізнаність в праві» в певному суспільстві, середовищі, де здійснюються (відбуваються) ці процеси.

Цікавим, мало вивченим і надзвичайно важливим з огляду на сучасні політико-правові процеси в Україні стають питання, пов'язані з правовою активністю громадян. Не є секретом, що під час переломних процесів в право-державотворенні значно зростає соціальна взагалі, і правова активність зокрема.

Практична складова феномена «обізнаність в праві» прямо пов'язана з вивченням феномена правової активності членів громадянського суспільства під час трансформаційних демократичних зрушень. Зокрема, це оцінка співвідносності правової активності та юридично значущої поведінки, вивчення ролі народної правосвідомості як джерела права, розгляд формування правового світогляду особистості, наділеної соціальною свободою тощо. Все це так чи інакше має або повинно мати своїм підґрунтям належний рівень обізнаності в праві або певний рівень правової поінформованості.

Безсумнівно, що правова активність є передумовою, засадою демократичної розбудови держави. Зрозуміло, що будь-яка правова активність громадян спрямована саме на результат, на виникнення відповідних правовідносин, регулювання відповідних суспільних відносин, розробку актів правотворчості, створення необхідних структурних ланок або скасування деяких в існуючому механізмі держави, з метою забезпечення права народу на належне урядування в умовах суспільного прогресу.

Отже, однією з важливих прикмет реформування й оновлення правової системи можна вважати серед інших і процеси, що спрямовуються на удосконалення «обізнаності в праві» кожної людини.

Підбиваючи підсумок нашим, можливо, в чомусь дискусійним міркуванням, хочемо наголосити на важливості забезпечення гласності права як передумови належної обізнаності у праві, що слугуватиме запорукою дієвого захисту прав, свобод і законних інтересів людини.

<sup>1</sup> Даль В. И. Толковый словарь русского языка. Современная версия / В. И. Даль. – М. : Эксмо, 2007. – С. 173.

<sup>2</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – С. 244.

<sup>3</sup> Костецька Т. А. Гласність / Т. А. Костецька // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко. – К. : Укр., енцикл., 1998. – Т. 1: А–Г. – С. 596.

<sup>4</sup> Теория государства и права: учеб. / под ред. В. Я. Кикотя, В. В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : ИД «Форум: Инфра-М», 2008. – С. 271–276.

<sup>5</sup> Великий тлумачний словник сучасної укр. мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – С. 804.

<sup>6</sup> Конституційні акти Європейського Союзу (в редакції Лісабонського договору) ; пер. Геннадія Друзенка та Світлани Друзенко, за заг. ред. Геннадія Друзенка. – К. : К.І.С., 2010. – С. 35.

## Резюме

### **Оніщенко Н. М. Гласність і обізнаність у праві: соціальна необхідність чи особиста потреба.**

Стаття присвячена проблематиці сутнісного насичення категорії «гласність в праві». У статті запропонована до вивчення категорія «обізнаність в праві». Зокрема, в її структурі аналізуються дві складові, що охоплюють вивчення, ознайомлення з відповідним правовим матеріалом та «оволодіння» ним з метою захисту прав, свобод і законних інтересів людини. Також досліджуються умови, що пов'язані з реалізацією феномена «обізнаність в праві», зокрема, якість та доступність законодавства; поінформованість тощо. Окремий вектор викладу становить проблематика, присвячена розгляду взаємопов'язаності категорії «гласність права» (як передумови) та категорії «обізнаність у праві» (як відповідного результату).

**Ключові слова:** гласність, гласність у праві, право, обізнаність в праві, правова освіта, правовий всеобуч, правова активність, правові знання.

## Резюме

### **Онищенко Н. Н. Гласность и осведомленность в праве: социальная необходимость или личная потребность.**

Статья посвящена проблематике сущностного насыщения категории «гласность в праве». В статье предложена к изучению категория «осведомленность в праве». В частности, в ее структуре анализируются две составляющие, охватывающих изучение, ознакомление с соответствующим правовым материалом, и «овладение» им с целью защиты прав, свобод и закон-

ных интересов человека. Также исследуются условия, связанные с реализацией феномена «осведомленность в праве», в частности, качество и доступность законодательства; осведомленность и проч. Отдельный вектор изложения составляет проблематика, посвященная рассмотрению взаимозависимости категории «гласность права» (как предпосылки) и категории «осведомленность в праве» (как соответствующего результата).

**Ключевые слова:** гласность, гласность в праве, право, осведомленность в праве, право на образование, правовой всеобуч, правовая активность, правовые знания.

#### Summary

***Onishchenko N. General publicity and information: the need for social or personal needs.***

The article is about the essential saturation of the category of «transparency in the law». The paper proposed to study the category of "knowledge of the law"; particularly in its structure analyzed two parts, covering the study, review of relevant legal material and "mastering" it to protect the rights, freedoms and legitimate interests. Also investigated conditions related to the implementation of the phenomenon of "knowledge of the law"; including quality and doktrynnist legislation; awareness and more. A separate presentation vector is interconnectedness of legal activity of members of civil society and their knowledge of the law.

**Key words:** transparency, transparency in law, law, knowledge of the law, legal education, legal universal education, legal activity, legal knowledge.

УДК 340.12 (477)(091)

**Т. Г. АНДРУСЯК**

*Тарас Григорович Андрусак, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка*

### **МИХАЙЛО ДРАГОМАНОВ – КЛЮЧОВА ПОСТАТЬ УКРАЇНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ ДУМКИ ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ ХІХ СТ.**

Михайло Драгоманов є ключовою постаттю українського національного життя другої половини ХІХ ст. в усіх його проявах: організаційному, просвітницькому, науковому, політичному. При цьому його діяльність не обмежувалася тільки українськими справами. Небагато є діячів, які справили більший або аналогічний з ним вплив на інтелектуальне життя та політичний розвиток всієї Російської імперії в означений період.

Масштабність та багатоплановість його діяльності, широта й глибина осмислення соціальних, політичних, національних проблем, вплив на формування світогляду сучасників та молодшого покоління, попри значну кількість наукових досліджень, потребують свого подальшого вивчення та осмислення. Сьогодні, коли повне академічне видання творів мислителя є справою далекої перспективи, а драгоманознавство як наука перебуває на етапі становлення, пріоритетним є вивчення та осмислення його життя і творчості у контексті конкретних наук, зокрема історії, філології, філософії, політології, юриспруденції та інших. Тільки проаналізувавши погляди вченого в контексті тогочасного рівня розвитку конкретної науки, можна зрозуміти масштабність його наукового доробку і в цій сфері, і в інтелектуальному житті епохи загалом.

Погляди мислителя на правові, політичні, національні, соціальні проблеми необхідно аналізувати з урахуванням тогочасних реалій, трансформацій та змін, коли за життя одного покоління суспільство пройшло шлях від сприйняття кріпацтва як нормального соціального явища до усвідомлення необхідності загального виборчого права. При цьому не слід забувати, що зміст і розуміння таких понять, як «федералізм», «соціалізм», «анархізм», «лібералізм», «закон», «самоврядування» тощо в другій половині ХІХ ст. були суттєво іншими, ніж нині. Ще одним важливим моментом, що його слід мати на увазі при аналізі поглядів Михайла Драгоманова, є співвідношення національної та станової ідентифікацій в тогочасному суспільстві. Адже національна свідомість та національна солідарність в суспільстві, де значна частина людей не визнається суб'єктами права, є чимось зовсім іншим, ніж у суспільстві, яке, принаймні формально, визнає юридичну рівність усіх громадян. Враховуючи ці та інші моменти, спробуємо окреслити роль і значення діяльності й творчості Михайла Драгоманова в розвитку української правової думки, тобто цієї частини духовної культури українського народу, яка стосується юридичної сфери його буття.

Про життя і діяльність Михайла Драгоманова, різні аспекти його правових та політичних поглядів написано достатньо багато<sup>1</sup>, проте масштабність постаті мислителя, багатогранність та глибина його теоретичних напрацювань потребують повного осмислення кожним новим поколінням, для правильного і адекватного розуміння процесів, витоки яких необхідно шукати в ХІХ ст., а то й раніше та зберігають евристичний потенціал для ефективного вирішення проблем сучасності. Це, зокрема, стосується вміння вивчати, осмислювати та адаптовувати до власних потреб зарубіжний досвід, бо за останні чверть століття маємо більше ніж достатньо прикладів того, як намагання механічно перенести на український ґрунт та реалії посттоталітарного суспільства, вироблені в стабільних демократичних національних державах законодавчі, управлінські чи організаційні напрацювання і здобутки, часто дає протилежний від очікуваного результат.

Михайло Драгоманов (30(18).09.1841 – 2.07(20.06).1895) народився в місті Гадячі на Полтавщині в дворянській родині, яка походила з козацької старшини. Його прадід Стефан, значковий товариш, був війтом Переяславського магістрату (50-ті роки ХVІІІ ст.). Дід – Яким, колезький асесор (цивільний чин VІІІ класу, з яким пов'язувалося надання права на спадкове дворянство) і батько – Петро, перебували на державній службі в Петербурзі. Останній здобув юридичну освіту у вищому училищі правознавства в Петербурзі та працював у військовому міністерстві<sup>2</sup> до виходу у відставку в 1836 році. Мати – Єлизавета, дочка надвірного радника (цивільний чин VІІ класу) Івана Цяцьки. Станом на 1850 р. сім'ї Драгоманових належало 18 «душ



селян чоловічої статі». Варто підкреслити, що представники родини Драгоманових завжди були свідомі своєї станової приналежності та соціального походження, як і своїх обов'язків щодо народу, елітою якого вони були. Це стосується і Михайла Драгоманова, і його сестри Ольги, більше відомої як Олена Пчілка, вплив, роль і значення якої в українській культурі, національному й політичному житті, як і відносини з братом, ще чекають на своє наукове вивчення та дослідження.

Звертаємо особливу увагу на соціальне походження Михайла Драгоманова, оскільки, починаючи з 60-х років XIX ст., для багатьох представників українського руху було притаманне ототожнення українського народу з українським селянством. Цей підхід, який зберігся аж до української державності 1917–1920-х рр., суттєво загальмував процеси національної консолідації та державотворення. Як писав В'ячеслав Липинський, «для тодішніх провідників нації – а ними були виключно українські інтелігенти – «пан» та «поміщик»... був людиною в високій мірі національно й політично непевною, хоч би він був «найсвідоміший Українець» і хоч би він хотів тільки виконати свій звичайний національний обов'язок»<sup>3</sup>. Наступні історичні періоди також не сприяли формуванню адекватної оцінки ролі та значення українського дворянства в становленні українського руху, формуванні української модерної нації, розвитку української національної свідомості. Постать Михайла Драгоманова, його сестри Ольги, його племінниці Лариси (Лесі Українки) переконливо демонструють загальний характер українського націотворення як процесу зміни пріоритетності станової ідентичності національною. Для когось, як Михайло Драгоманов, ця зміна відбулася в 60-х рр., після знайомства з державо- та націотворчими процесами в тогочасній Європі, для когось, як Павло Скоропадський, після припинення існування Російської імперії.

Михайло Драгоманов здобув початкову та середню освіту в Гадяцькому повітовому училищі (1849–1853) та Полтавській губернській гімназії (1853–1859). Навчаючись на історико-філологічному факультеті Київського університету (1859–1863) під керівництвом професора Віталія Шульгина почав займатися науковою роботою, зокрема історією Стародавнього Сходу та Античності, з перспективною на «заняття університетської кафедри». Після закінчення університету працював вчителем 2-ї Київської гімназії. 18 березня 1864 р. Михайло Драгоманов захистив дисертацію «Імператор Тіберій» на право викладання (*pro venia legendi*). Офіційними опонентами були професор Олексій Ставровський та доцент Василь Яроцький. Після прочитання двох пробних лекцій («Про стан жінок у першому сторіччі Римської імперії» та «Державна реформа Деоклетіана і Костянтина Великого»), які були визнані задовільними, Михайлу Драгоманову надано звання приват-доцента з загальної історії та допущено до читання лекцій в університеті.

У цей період Михайло Драгоманов ще не проявляв активно своєї політичної позиції, та зрештою вона тільки формувалася. Проте її напрям уже почав визначатися: національна свідомість та демократизм, що знайшло своє відображення у низці статей, опублікованих у «Санкт-Петербурзьких ведомостях» в квітні–травні 1866 р., зокрема, «Земства і місцевий елемент в народній освіті», «Педагогічне значення малоросійської мови» та ін. Вони стали причиною того, що уже в жовтні цього року до попечителя Київського учбового округу надійшов лист з Міністерства народної освіти, в якому стосовно Михайла Драгоманова зазначалося: «Вважаю взагалі справді шкідливим для молоді, яка вчиться, залишити при викладанні особливо з такого предмету як загальна історія, особу з хибними поглядами й переконаннями, і тому гадаю, що такої особі не повинні бути надані обов'язки викладача в університеті»<sup>4</sup>. Однак, оскільки кадрові питання були в компетенції Ради університету, то Михайло Драгоманов залишився на викладацькій роботі, більше того, почав виконувати обов'язки професора кафедри.

У 1870 р. він захистив дисертацію на ступінь магістра загальної історії «Питання про історичне значення Римської імперії і Тацит» та був обраний штатним доцентом кафедри загальної історії. У 1870–1873 рр. перебував у відрядженні з «науковою та педагогічною метою» в університетах і наукових установах Європи (Берлін, Цюрих, Прага, Відень, Флоренція, Гайдельберг, Львів). Після повернення продовжував читати лекції з античної історії в Київському університеті.

У вересні 1875 р. Михайла Драгоманова звільнений з посади з політичних мотивів («за українофільське спрямування») із заборонаю працювати в Харківському та Одеському університетах. Маючи на меті продовження наукової, громадської та політичної діяльності Михайло Драгоманов у тому ж році став жити в еміграції. У Женеві започаткував перше незалежне українське політичне видання – збірник «Громада» (1878–1882, п'ять випусків), разом з Сергієм Подолинським і Михайлом Павликом заснував журнал «Громада» (1881), видавав твори українських авторів (Тарас Шевченко, Панас Мирний), редагував ліберально-демократичний тижневик «Вольное слово» (1881–1883). У 1889–1895 рр. – професор кафедри загальної історії в Софійському університеті (перше Болгарське вище училище).

Наукова діяльність Михайла Драгоманова тісно пов'язана з його громадською та політичною діяльністю. Його праці навіть у царині античної історії, педагогіки чи філології (фольклористика, літературознавство), не зважаючи на їх суто науковий характер, набували характеру політичної публіцистики, оскільки містили небезпечні для існуючих державних систем Російської та Австрійської імперій правові, політичні, національні ідеї, що ставало приводом для політичних звинувачень, репресій стосовно автора та заборони їх поширення.

Ще на початку своєї діяльності виступив з ідеєю необхідності розвитку початкової освіти на українських землях рідною мовою, що йшло врозріз із політикою денационалізації і русифікації. Активно працював у Південно-Західному відділенні Російського географічного товариства, займаючись вивченням української історії та народної творчості. Результатом цієї роботи стало двотомне видання, спільно з Володимиром

Антоновичем, історичних пісень українського народу, яке стало «спробою повного і критичного збірника історичних пісень українського народу»<sup>5</sup>, «в котрих видно зміни громадського життя на Україні од найдавніших часів аж доси»<sup>6</sup>. Пізніше, в Женеві, Михайло Драгоманов продовжив це видання аж до сучасності. Саме на основі народної творчості, як найбільш повного віддзеркалення соціальних, етичних, правових ідей народу, мислитель визначає ключові ідеї притаманні українській правовій думці.

Саме на основі народної творчості Михайло Драгоманов робить висновок про єдність українського народу без огляду на існуючі державні кордони та державне минуле, що дало можливість мислителю створити теоретичну основу подальшого розвитку, зближення й консолідації українського народу. Вже в 60-х рр. він почав налагоджувати зв'язки і поширювати інформацію про стан справ та проблеми національного розвитку в обох частинах українських земель, опублікувавши низку статей у тогочасній періодиці. Його листи до львівського студентського часопису «Друг» (1875–1876) стали поворотним пунктом в розвитку українського політичного руху в Галичині.

Національні рухи європейських народів, шляхи і механізми вирішення національних проблем, боротьба за національне визволення проти денационалізації цікавили Михайла Драгоманова і в науково-теоретичному, і в практично-прикладному аспекті. У праці «Східна політика Німеччини та русифікація» (1872) він обґрунтував, що політика денационалізації інших народів характерна для провідних тогочасних держав. Вже будучи на еміграції, він ставить перед собою завдання: 1) поширити якомога більше інформації про українську справу в Європі; 2) сформувати український політичний рух, озброєний найбільш прогресивними здобутками європейської та світової політичної теорії, юридичної науки і законодавчої практики. На його думку, питання національного визволення українського народу слід розглядати в контексті утвердження в Європі цінностей свободи, рівності та демократії.

Михайло Драгоманов став першим, хто поставив питання боротьби за національні права українців на міжнародному рівні, опублікувавши та поширивши у 1878 р. серед учасників Першого літературного конгресу в Парижі брошуру французькою мовою про Емський указ 1876 р., підкресливши, що «цей указ заборонив публікацію в Росії книг українською мовою, які були цілком безпечні («Пісеньки та оповідання для дітей»), «Про землю і небо», «Про земне життя», «Про холеру», «Про козаків і турків» та ін.); ось чому цей декрет подвійно абсурдний і доводить як далеко може зайти деспотизм, підтримуваний державним централізмом»<sup>7</sup>. І, як результат, «все, що людська енергія могла б створити українською мовою, вже наперед заборонено в одній з європейських держав!»<sup>8</sup>. Це була перша публікація на захист української мови, спрямована до світової спільноти.

Становлення української правової думки з її стрижневою ідеєю – усвідомленням народу свого права на власний самостійний державно-політичний, економічний і культурний розвиток відбувалося в умовах протистояння державній політиці та впливу ідеологій інших народів, спрямованих на асиміляцію й денационалізацію українського народу. Тому Михайло Драгоманов, формуючи програмні засади українського політичного руху, і у своїх працях, і у практичній діяльності змушений був борюватися проти різних ідейних противників.

Він перший з українських діячів XIX ст. почав політичну боротьбу проти політики централізації та русифікації, яку проводила влада Російської імперії, як демократ і федераліст, і перший серед прогресивних діячів загальноімперського масштабу підкреслив роль і значення національного фактора в боротьбі за демократичні та соціальні перетворення. Критикуючи російську реакцію, мислитель доводив, що першим і головним спільником державної влади в централізаторській та русифікаторській політиці є російська демократія, російський революційний рух, який не тільки байдужий до національних проблем, а й маскує свій централізм та шовінізм під космополітичними фразами.

У праці «Історична Польща і російська демократія» (1881) мислитель доводив, що всі російські демократи та соціалісти, за винятком М. Бакуніна і А. Герцена, ніколи не визнавали за українським народом права на політичну і національну незалежність (останній при цьому «для неросійського слов'янського світу від всієї душі бажав братського союзу з Росією»<sup>9</sup>), а більшість з них не визнавала навіть існування української нації. Фрази «націоналізм – це буржуазне питання», «соціалісти повинні прагнути до об'єднання, а не роз'єднання» лише маскують російський шовінізм і централізм, з його переконанням, що Росія є не тільки «єдина і недеільная» але і «однообразная»<sup>10</sup>. Тому не те що ідея української автономії, але навіть спроба соціалістичної агітації українською мовою вороже сприймаються представниками загальноімперського революційного руху.

Саме Михайло Драгоманов перший розкритикував основні засади російського народництва, підкресливши, що воно чуже й незрозуміле для широких верств українського народу. Йдеться, зокрема про: 1) ідею єдиного «русского народа» в межах всієї імперії та ідеалізацію «общини»; 2) віру в окремих, своєрідний шлях Росії, яка з феодально-аристократичного режиму може одразу перейти до соціалізму; 3) віру в соціалістичну революцію, як одноразовий акт, що зруйнує всі старі порядки і розділить історію людства на два періоди: період рабства і період свободи; 4) переконання в непотрібності політичної боротьби та можливості досягнення соціалістичного ідеалу шляхом агітації широких народних мас.

Михайло Драгоманов рішуче виступив і проти польського політичного руху, який, не зважаючи на те, що польський народ потерпав від національного гніту, мав яскраво виражений імперський і шовіністичний характер, відстоюючи ідею «історичної Польщі», претендуючи на білоруські, литовські та українські землі й заперечуючи будь-які національні права цих народів. Саме Михайло Драгоманов став одним із перших європейських мислителів, хто рішуче виступив проти поділу народів на «історичні» та «неісторичні», запе-

речив наявність будь-яких підстав панування одних націй над іншими, обґрунтував право кожного народу на свободу, незалежність та створення власної держави на своїх етнічних землях, без огляду на будь-які «історичні права» інших держав і народів на цю територію.

Формування модерної української правової думки, намагання створити основи для загальноукраїнського політичного руху змусили Михайла Драгоманова рішуче виступити проти наявних у тодішньому українському суспільстві суспільних течій та орієнтирів.

Серед них – аполітичне українофільство, як протиставлення культури і політики, як намагання розвинути певні елементи культури, дистанціюючись від будь-яких політичних вимог. Воно, за його переконаннями, було явищем реакційним, а на українському ґрунті ще й шкідливим, оскільки без політичної боротьби українці не могли здобути собі навіть початкової школи.

Він виступав проти заяв, що український рух – суто літературний, підкреслюючи, що всякий національний рух мусить бути рухом політичним. Мислителі довів безперспективність намагань узгодити національний розвиток українського народу з політикою та самим існуванням Російської імперії. Теорія «української мови для домашнього вжитку», яку пробували формувати українські вчені, змушені працювати в системі науки й освіти Російської імперії, на думку Михайла Драгоманова, є безперспективною і небезпечною для повноцінного існування та розвитку українського народу. І великою шкодою для українського народу стало те, що такі вчені, як М. Костомаров, О. Потебня, В. Антонович, М. Сумцов не наважилися хоча б частину своїх наукових праць написати українською мовою та не хотіли перенести свою наукову діяльність до Галичини.

Так само шкідливим і безперспективним для формування українського політичного руху був, на думку мислителя, односторонній некритичний націоналізм, який протиставляв національні та загальнолюдські цінності, заперечуючи важливість і необхідність їх синтезу.

Успішний національний розвиток українського народу за переконанням вченого неможливий без усунення негативних наслідків, зумовлених поділом українського народу між різними імперіями та різними адміністративними частинами цих імперій. Формування єдиного українського інтелектуального простору, який би давав можливість для цілісного розвитку української культури, літератури та науки, розвиток почуття національної єдності, усвідомлення спільності національних завдань всіх українців на всіх українських етнічних землях – основа всієї наукової, громадської та політичної діяльності Михайла Драгоманова. Залежно від політичних умов та можливостей, що їх надавало чинне законодавство, він визначав можливі для досягнення тактичні цілі в кожному окремому регіоні, включаючи Закарпаття, Буковину, Кубань. З огляду на найбільш сприятливі для національного розвитку політичні умови він особливу увагу приділяв Галичині (хоча наявність конституційних гарантій не врятувала від репресій та переслідувань, аж до тюремного ув'язнення, соратників та послідовників Михайла Драгоманова у цьому регіоні, серед яких були Іван Франко, Михайло Павлик, Остап Терлецький та ін.). Тому він брав активну участь в організаційних заходах та став одним із укладачів статуту Товариства імені Шевченка (від 1892 р. – Наукового товариства імені Шевченка) – інституції, створеної завдяки фінансовій допомозі українців з Наддніпрянської України у Львові для розвитку української науки й літератури.

Михайло Драгоманов обґрунтував ідею необхідності створення, відповідно до чинного законодавства, української політичної партії в Австрійській імперії, яка б всіма доступними політичними засобами боролася за права українського народу. У 1891 р. було створено таку партію – першу українську політичну партію під назвою Русько-українська радикальна партія (оскільки тогочасне українське населення Галичини називало себе «русинами»), то назва партії мала б підкреслити її соборний характер, тобто об'єднувати українців по обидва боки кордону). Зрозуміло, що з огляду на тогочасні політичні умови в Російській імперії про будь-яку легальну політичну діяльність української партії на її території не могло бути й мови.

Усвідомлюючи, що завдання, які стоять перед українцями в Російській імперії, можуть розв'язуватися лише в контексті загальнодержавних реформ та прогресивних змін, Михайло Драгоманов від початків своєї діяльності велику увагу приділяв цим проблемам. У працях про російсько-турецьку війну: «Турки внутрішні і турки зовнішні» (1876), «Внутрішнє рабство і війна за визволення» (1877), «До чого довоювалися?» (1878) викладено програму реформування державної системи та законодавства Російської імперії.

Особливо плідним у цьому аспекті є період його редакторства у «Вольном Слове», коли вченому вдалося перетворити це видання на теоретичний орган та інтелектуальний центр загальноросійського ліберального й демократичного руху. П. Струве писав: «Драгоманов перший із російських публіцистів дав російській демократії широку і ясну політичну програму. Він перший різко і чітко пояснив російському суспільству смисл і значення конституційного порядку, і, особливо, прав особи та принципи самоврядування»<sup>11</sup>.

На основі синтезу прогресивних політичних ідеологій того часу, здобутків юридичної науки та законодавчої практики розвинутих країн з українською національно-історичною традицією Михайло Драгоманов створив власну концепцію, яка стала основою програми «політичного, економічного і культурного визволення та розвитку українського народу»<sup>12</sup>.

Основою цієї концепції є ідея свободи (вільності). Саме свобода є основою існування й розвитку суспільства, критерієм прогресу. В одній з перших своїх праць Михайло Драгоманов писав: «Оглядаючи важкий шлях людей до всестороннього і вільного розвитку людської особистості, історик відноситься благородного до всього, що розширює свободу особи, чим би воно не було покликано»<sup>13</sup>. А в роботі «Старі хартії вільності», яка залишилася незавершеною через смерть мислителя, він, аналізуючи ідею свободи починаючи від держав стародавнього Сходу до сучасності, підкреслював, що хоча в сучасних конституційних державах є



парламенти та проголошені права людини і громадянина, проте, оскільки виконавчі органи й надалі залишаються централізованими і бюрократичними, то говорити про реальність свободи ще рано. Для забезпечення свободи, прав людини і громадянина необхідні: розвинуте громадянське суспільство, гарантії з боку судових органів, а також відповідні політичні звичаї «котрі виробляються довгими часами»<sup>14</sup>.

Першим кроком у напрямі перетворення Російської імперії в сучасну конституційну державу мали б стати, на думку Михайла Драгоманова, поява писаної конституції та чітка законодавча регламентація повноважень державної влади, кожного державного службовця, аж до конституційного закріплення «права опору незаконним діям урядовців» та «право носіння зброї»<sup>15</sup>. Ці ідеї знайшли своє закріплення в його конституційному проекті «Вільна Спілка» (1884) – першому конституційному проекті у межах Російської імперії, який передбачав права людини та місцеве самоврядування. Для мислителя права людини, її свобода та вільний розвиток, самоцінність людської особистості й самоврядування громад і децентралізація влади взаємопов'язані і взаємозалежні. Свобода, рівність, права людини є критерієм, напрямом та основою людського прогресу. Не заперечуючи ролі і значення держави для народу, оскільки «своя держава, чи по волі, чи по неволі зложена, була й досі ще єсть для людей спілкою задля оборони себе од чужих і задля впорядкування своїх справ на своїй землі по своїй волі», Михайло Драгоманов вважав, що «повна воля кожної особи завше зостанеться ціллю всіх порядків»<sup>16</sup>.

Наукові та публіцистичні праці, політична й громадська діяльність Михайла Драгоманова справили визначальний вплив на увесь подальший розвиток української правової думки, українського конституціоналізму, українського політичного руху в обох імперіях, між якими були на той час поділені українські землі. Ідеї, викладені у «Вільній Спілці», широко використав при розробці свого конституційного проекту Михайло Грушевський, вони мали значний вплив на конституційний проект Української Народної Партії «Основний закон «Самостійної України» спілки народу українського», «Проект Конституції основ державних законів УНР» О. Ейхельмана. Формування національно-політичного світогляду Івана Франка, Михайла Павлика, Богдана Кістяківського та багатьох інших відбулося під його визначальним впливом. Теоретичні розробки мислителя з питань права людини, конституціоналізму, політичної та національної свободи, місцевого самоврядування, інших правових проблем мали насамперед прикладний характер. Усі праці Михайло Драгоманов писав з метою знайти можливе для реалізації рішення сучасних йому проблем. Зміна суспільно-політичної ситуації обумовлювала зміну його поглядів на шляхи і перспективи конкретних політичних реформ. Цим зумовлені різні оцінки його поглядів та діяльності. Проте завжди в основі його правових поглядів була ідея прав людини, свободи та рівності. І в цьому аспекті спадщина Михайла Драгоманова продовжує залишатися актуальною для всіх нових поколінь українського народу, створюючи потужну історико-теоретичну основу подальшого розвитку України як європейської правової національної держави.

<sup>1</sup> Михайло Драгоманов. Бібліографія (1861–2011) / упоряд.: М. О. Мороз, В. А. Короткий (кер. авт. кол.), І. І. Тищенко, І. С. Гриценко, С. І. Білоконь. – Дрогобич : Коло, 2011. – 740 с.

<sup>2</sup> Тут і далі біографічні відомості взяті з: Михайло Драгоманов. Документи і матеріали. 1841–1994. – Л., 2001. – 733 с.; Михайло Драгоманов. Автожиттєпис / уклали І. С. Гриценко, В. А. Короткий, М. В. Томенко. – К. : Либідь, 2009. – 444 с.

<sup>3</sup> Липинський Вячеслав. Листи до Братів-хліборобів. Про ідею і організацію українського монархізму / Вячеслав Липинський. – Нью-Йорк, 1954. – С. 11.

<sup>4</sup> Михайло Драгоманов. Документи і матеріали... – С. 61.

<sup>5</sup> Историческія пѣсни малорускаго народа съ объясненіями Вл. Антоновича и М. Драгоманова. Томъ первый. – Київ, 1874. – С. II.

<sup>6</sup> Політичні пісні українського народу XVIII–XIX ст. з увагами М. Драгоманова. Частина перша. Розділ перший. – Женева, 1883. – С. I.

<sup>7</sup> Драгоманов Михайло. Українська література, проскрибована російським урядом / М. Драгоманов. – Л., 2001. – С. 87.

<sup>8</sup> Там само. – С. 89.

<sup>9</sup> Драгоманов М. Историческая Польша и великорусская демократия / М. Драгоманов // Собрание политических сочинений М. П. Драгоманова. – Париж, 1905. – Т. I. – С. 46.

<sup>10</sup> Там само. – С. 5–7.

<sup>11</sup> П. С. [Струве Петр]. Отъ редакції «Освобожденія» // Собрание политических сочинений М. П. Драгоманова. Том I. – С. III.

<sup>12</sup> «Вільна Спілка». Спроба української політико-соціальної програми. Збір і пояснення М. Драгоманова // Андрусяк Тарас. Шлях до свободи. – Л., 1998. – С. 125.

<sup>13</sup> Драгоманов М. П. О состоянии женщины в первом веке Римской империи / М. Драгоманов // Университетские известия. – Киев, 1864. К. 5. – С. 38.

<sup>14</sup> Драгоманов Мих. Старі хартії вільности / М. Драгоманов. – К. : Ранок, 1907. – С. 34.

<sup>15</sup> «Вільна Спілка»... – С. 126.

<sup>16</sup> Драгоманов М. П. Передне слово [до «Громади» 1878 р.] / Драгоманов // Вибране. – К. : Либідь, 1991. – С. 293, 298–299.

### Резюме

**Андрусяк Т. Г. Михайло Драгоманов – ключова постать української правової думки XIX ст.**

Розглядається роль і значення громадської, наукової та політичної діяльності Михайла Драгоманова, його творчої спадщини в становленні та розвитку української правової думки XIX–XX ст.

**Ключові слова:** права людини, політична свобода, конституціоналізм, «Вільна Спілка», українська правова думка, Михайло Драгоманов.

#### Резюме

**Андрусяк Т. Г. Михайл Драгоманов – ключевой представитель украинской правовой мысли XIX в.**

Рассматривается роль и значение общественной, научной и политической деятельности Михаила Драгоманова, его творческого наследия в становлении и развитии украинской правовой мысли XIX–XX вв.

**Ключевые слова:** права человека, политическая свобода, конституционализм, «Вольный Союз», украинская правовая мысль, Михайл Драгоманов.

#### Summary

**Andrusyak T. Mykhailo Drahomanov – a key figure in Ukrainian legal thought of the nineteenth century.**

The role and significance of Mykhailo Dragomanov's social, scientific and political activities, his creative heritage in the formation and development of Ukrainian legal thought of the XIX–XX centuries are considered.

**Key words:** human rights, political freedom, constitutionalism, «Union Libre», Ukrainian legal thought, Mykhailo Drahomanov.



УДК 347.1

**В. К. АНТОШКІНА**

*Валерія Костянтинівна Антошкіна, кандидат  
юридичних наук, доцент ДВНЗ «Університет бан-  
ківської справи»*

### **ПРАВОВА ПРИРОДА РЕЗУЛЬТАТІВ ТЛУМАЧЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ**

Конкретизація норм права забезпечується, як відомо, у процесі правотворчості й правозастосування. У результаті конкретизації стає можливою максимальна визначеність і повнота сенсу правових норм, засобів тлумачення, деталізації, уточнення і розвитку окремих елементів норм для точного і повного правового регулювання.

Проблеми тлумачення правових норм висвітлювались у працях вітчизняних і зарубіжних науковців ще з радянських часів, зокрема, таких, як: С. С. Алексєєв, У. Бернам, Є. В. Васьковський, О. Б. Венгер, М. О. Власенко, Ю. Л. Власов, М. М. Вопленко, О. В. Капліна, М. М. Коркунов, П. О. Недбайло, А. С. Піголкин, П. М. Рабінович, Б. Спасов, А. О. Селіванов, І. Д. Сліденко, В. Я. Тацій, Ю. М. Тодика, Г. О. Христова, О. Ф. Черданцев, Ю. С. Шемшученко, Г. Ф. Шершеневич та ін. Проте питання визначення результату тлумачення остаточно не вирішено і потребує подальшого дослідження.

Від результатів тлумачення цивільно-правових норм багато в чому залежить практика правозастосування. У ході застосування загальні норми перекладаються мовою конкретніших висловлювань, що не викликають сумніву про відношення даної цивільно-правової норми саме до ситуації, що юридично вирішується<sup>1</sup>.

Результат тлумачення в процесі правозастосування цивільно-правових норм чинить чималий вплив на правильність вирішення справи по суті. Так С. В. Прийма зазначає, що тлумачення буде справедливим у тому разі, якщо справедливими будуть три його складові: інтерпретаційний процес, його результат і юридичний матеріал, що підлягає тлумаченню<sup>2</sup>.

Одним із критеріїв оцінки результату тлумачення він визначає принцип його зрозумілості, який пропонує розуміти як засаду, що відображає якість роз'яснення і визначається як вимога виключення суперечностей і різних тлумачень і тих самих нормативних положень, а також установлення однозначного розуміння сенсу інтерпретованої норми та чіткого визначення способу поведінки її адресата. У цілому принцип зрозумілості результатів тлумачення відображає якість роз'яснення і вимагає виключення всіх суперечностей і різних тлумачень одних нормативних положень, а також полягає в установленні однозначного розуміння сенсу інтерпретованої норми та в чіткому визначенні способу поведінки її адресата<sup>3</sup>.

Результати тлумачення правових норм залежно від певної структури конкретної соціальної умови та суб'єктів тлумачення поділяються на певні види. Так, залежно від структури конкретних соціальних умов правові норми тлумачаться виконавцями у вигляді її буквального і небуквального тлумачення. Буквальне тлумачення (адекватне) – вид розуміння результату тлумачення правових норм, коли правозастосовувач вважає, що зміст норми права, зміст, вкладений в неї законодавцем, збігається з її мовним та текстуальним викладом<sup>4</sup>.

Результат тлумачення розрізняється залежно від його видів (*табл. 1*).

Слід зазначити, що не існує єдиної думки стосовно визначеності правової природи результату тлумачення за його видами. Так, наприклад, Є. Б. Абдрасулов вважає, що результати наукового тлумачення можуть бути обов'язковими для всіх суб'єктів правозастосування, можуть бути джерелом права<sup>5</sup>.

В. В. Лазарев, Д. М. Михайлович, Г. Н. Надежін дійшли висновку, що доктринальне тлумачення («за змістом») за формою може бути як офіційним, так і неофіційним<sup>6</sup>, а Д. А. Басангов – що рішення Конституційного Суду РФ є джерелами доктринального конституційного тлумачення, результатом наукового тлумачення<sup>7</sup>.

М. В. Вітрук під правовими позиціями Конституційного Суду розуміє «правові висновки загального характеру Конституційного Суду РФ як результат тлумачення Судом Конституції РФ та виявлення ним конституційного змісту положень законів та інших нормативних актів у межах компетенції Конституційного Суду, які знімають конституційну невизначеність та служать правовою основою для підсумкових рішень Конституційного Суду РФ»<sup>8</sup>.

Таблиця 1

Правова природа результату тлумачення залежно від його видів

Вид та форма тлумачення	Результат тлумачення
З'ясування	направлений «усередину» суб'єкта тлумачення
Роз'яснення	направлений суб'єктом тлумачення «зовні»
Офіційне тлумачення	має загальнообов'язкову силу для всіх суб'єктів права
Офіційне нормативне тлумачення	закріплюється у спеціальному інтерпретаційному акті, який має загальнообов'язкову силу
Офіційне казуальне тлумачення	закріплюється в мотивувальній і резолютивній частинах правозастосовного акта
Неофіційне тлумачення	може бути закріплений у письмовій формі, але обов'язкової сили не має, не має загальнозначущого характеру
Професійне тлумачення	здійснюване прокурором або адвокатом у судовому процесі – його результати не обов'язкові для суду
Доктринальне тлумачення	публікуються в спеціальних збірниках, що містять науково-практичні коментарі цивільного законодавства, якими користуються практичні працівники в правозастосовній діяльності
Тлумачення за обсягом	буквальний, обмежувальний та розширювальний

Щодо обов'язковості результатів певного виду тлумачення теж не можна зробити однозначний висновок. Як слушно зазначає О. Г. Панчак, необов'язковий результат доктринального тлумачення з часом може стати обов'язковим, наприклад, через включення його до рішення Конституційного Суду України, інші законодавчі і судові інтерпретаційні акти<sup>9</sup>. Так наукові тлумачення знайшли своє відображення в постанові Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 14 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті» включені окремі положення професійного тлумачення В. А. Мисливого, у постанову Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 12 «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» – Ю. В. Бауліна.

Н. Н. Воппенко доходить висновку, що офіційне тлумачення є невід'ємною складовою частиною самої тлумаченої норми. Це висловлювання викликало низку заперечень у різних авторів. Так, П. Е. Недбайло писав: «Визнання тлумачення частиною норми, від кого б воно не виходило, відкриває можливість для зміни змісту норми шляхом тлумачення, що може привести до довільних дій в процесі їх здійснення»<sup>10</sup>.

В аспекті викладеного слушно можна вважати думку О. В. Капліної, що результати тлумачення повинні зводитися до виявлення волі законодавця, вираженої у словесних формулюваннях закону або іншого нормативно-правового акта. Інакше створюється можливість відходу від дійсного змісту норми права під тим приводом, що справжні наміри її творця були іншими<sup>11</sup>.

Само поняття тлумачення трактується як результат розумового процесу, виражений у сукупності суджень, в яких розкривається зміст тлумачних норм. Даний зміст також вживається, коли йдеться про поширювальне, обмежувальне або буквальне тлумачення, про правильне й неправильне тлумачення. Тут по суті справи дається характеристика результату тлумачення з певних позицій: у першому випадку – з точки зору його відповідності тексту, реальному вислову норми, у другому – з точки зору відповідності отриманого результату загально визначеним правилам тлумачення.

Усі використовувані прийоми тлумачення повинні мати певний результат: розкриття і зміст конкретної правової норми, а також фіксування її в свідомості конкретного правозастосувача як ланцюг суджень про правову норму, що утворює в сукупності індивідуальне розуміння норми в правових нормах.

Багато дослідників результатом тлумачення цивільної норми права вважають її повну ясність і точність, відсутність подвійного сенсу, тобто між «духом» і «буквою» закону не повинно бути розбіжностей, між сенсом норми і її словесним вираженням не повинно бути відмінностей.

Так А. В. Осіпов<sup>12</sup>, М. С. Кельман та О. Г. Мурашин<sup>13</sup> вважають, що результатом тлумачення повинна бути однозначність і повна ясність змісту норми права. Особливість тлумачення за обсягом обумовлена його зв'язком з кінцевим результатом з'ясування й роз'яснення змісту правових норм, від яких залежить практичний ефект тлумачення. Використання цих способів тлумачення обумовлює обсяг тлумачення. Тлумачення за обсягом – це з'ясування співвідношення буквального тексту і дійсного змісту юридичних норм.

Отже, результат тлумачення – з'ясування справжнього змісту, закріпленого в письмових правових актах. Проте сенс, зміст норми далеко не завжди збігається з її текстуальним виразом. Єдність мови й мислення, слова й поняття не означає їхньої тотожності. Тому для юридичної практики важливе значення має розмежування видів тлумачення за обсягом.

У загальній теорії права залежно від результатів тлумачення розрізняють буквальне (адекватне), розширювальне або розповсюджувальне, обмежувальне тлумачення норми права<sup>14</sup>. Найчастіше воля законодавця з'ясовується в точному сенсі з текстом норми. Іншими словами, словесне вираження норми і її дійсний сенс повинні збігатися. Тоді говорять: «дух» і «буква» закону не розходяться, збігаються.

На думку О. В. Зайчука та Н. М. Оніщенко, на основі результатів текстуального аналізу в сукупності з іншими прийомами тлумачення інтерпретатор робить висновок: чи розуміти словесний вираз норми буквально, обмежувати або поширювати її зміст. У даному випадку йдеться про обсяг словесного формулювання норми, про можливість її розширення або звуження. Процес тлумачення за обсягом є логічним продовженням і звершенням усвідомлення змісту норми права, одним із результатів тлумачення в їх сукупності<sup>15</sup>.

Як правило, результат тлумачення повинен бути буквальноним (адекватним), коли дійсний зміст нормативного акта (воля законодавця) і буквальный текст повністю збігаються один з одним, тобто використання всієї сукупності способів тлумачення дає практично той же результат, що й початкове (граматичне, мовне) тлумачення тексту закону.

Результатом тлумачення правових норм має бути визначеність («так», «ні»), а не двозначність («і так, і ні») у висновках того, хто тлумачить зміст юридичних норм. Результати тлумачення не можуть виходити за межі норми, яка тлумачиться. Тлумачення, як правило, становить тільки конкретизуюче судження про норму права, але не новий нормативний припис.

Тлумачення норм права за обсягом їх правового змісту – завершальний етап (результат) тлумачення значення і змісту норм права, що настає після застосування способів тлумачення і полягає у встановленні ступеня відповідності змісту правової норми її текстовому оформленню і вираженню, у з'ясуванні співвідношення буквального значення юридичного тексту («букви» закону) і дійсного змісту юридичних норм («духу» закону)<sup>16</sup>.

Правильні висновки за результатами монографічного дослідження з даної тематики робить Ю. Л. Власов, який вважає, що пізнання дійсного змісту правових норм здійснюється за допомогою прийомів пізнання, об'єднаних за спільністю ознак і рис у способи тлумачення. Результатом з'ясування є висновки, які суб'єкт зробив у процесі з'ясування норми права за допомогою всієї сукупності способів тлумачення, що адекватні дійсному змісту норми права й відповідають критеріям істинності та правильності результату тлумачення. Результат тлумачення має бути завжди адекватний дійсному змісту, який уклад законодавець у правову норму при її виданні. Класифікувати можна лише висновки про дійсний зміст норми, отримані із застосуванням усієї сукупності способів з'ясування, порівняно з висновками, що впливають тільки з мовного тлумачення цієї норми (адекватні, розширені й обмежені). Критерієм адекватності отриманого результату з'ясування змісту норми права волі законодавця, яка виражена у цій нормі, є загальнолюдська практика – безпосередня або у сукупності опосередкованих форм: юридична практика, логічна правильність, досвід мовного спілкування, засоби тлумачення тощо<sup>17</sup>.

Водночас результатом тлумачення можна вважати видані в підсумку акти тлумачення або інтерпретаційні акти, які є різновидом правових актів. Правознавці висловлюють різні точки зору відносно природи цих актів:

– акти тлумачення є джерелом права (наприклад, акти тлумачення конституційних норм Конституційним Судом, за думкою групи таких російських учених, як В. Д. Зорькин, Г. А. Гаджієв, Л. В. Лазарєв, Б. С. Ебзєєв та інші<sup>18</sup>);

– акти не встановлюють, не змінюють і не відмінюють які-небудь норми права, тому вони не є правотворчими.

Як слушно вважає Л. А. Морозова, акти тлумачення не встановлюють нових правил поведінки, не мають самостійного значення, а діють в єдності з тими актами, в яких містяться тлумачені норми; вони обслуговують ці акти і розділяють їх долю при відміні нормативних правових актів<sup>19</sup>. Будучи правовими актами, інтерпретаційні акти публікуються в офіційних джерелах.

На думку В. М. Шафірова та Е. М. Шайхутдінова, інтерпретаційний акт містить результат тлумачення, зокрема, закону, нормативного договору, правового звичаю, юридичного прецеденту, а також окремих принципів і норм, правозастосовних рішень (наприклад, визначення суду про роз'яснення судового рішення)<sup>20</sup>.

Як правильно зазначає Е. М. Шайхутдінов, інтерпретаційний акт є результатом, що об'єктивувався, юридично значимих дій, виражений у встановленій формі, видаваний владним органом у передбаченому законом порядку, такий, що містить інтерпретаційні правила загального або індивідуального характеру<sup>21</sup>.

Отже, інтерпретаційні акти – правові акти компетентних державних органів, що містять результат офіційного тлумачення. Передусім вони є правовими актами та володіють всіма їх ознаками. Вони видаються і забезпечуються державою, письмово закріплені, є обов'язковими для реалізації. За ознакою результативності вони відрізняються від інших правових актів. Так, інтерпретаційний акт є результатом тлумачення правових норм, інші акти – результатом іншої правової діяльності: правотворчості або правозастосування, які мають різне призначення, процедуру, нормативне закріплення. Акти тлумачення не підмінюють собою інтерпретаційні акти правотворчості і правозастосування, вони мають додаткове (субсидіарне) значення до цих нормативно-правових і індивідуальних актів.

Інтерпретаційний акт виступає результатом тлумачення правових норм, на відміну від нормативного акта, який є результатом правотворчості або правозастосування. На відміну від нормативного він не містить норми права, а лише їх тлумачить та пояснює. Є залежним від нормативного акта – коли він втрачає юридичну силу, то інтерпретаційний акт теж скасовується. Головна відмінність інтерпретаційного акта від правозастосовного полягає в тому, що він пов'язаний з рішенням конкретної справи, а інтерпретаційний має загальний характер.

Результати тлумачення впливають із закону, є висновками з чинного законодавства і фіксуються в судовій практиці, набуваючи у результаті значення «нормативних положень, що конкретизують закон», які

входять до складу об'єктивного права. Вони можуть бути сформульовані найвищим судовим органом або нижчестоящим судом у конкретній справі. Але рішення, винесене у окремій справі, стає правоположенням лише у тому випадку, якщо воно сприйняте практикою та слугує зразком для винесення ухвал в однорідних справах, своєрідним прецедентом тлумачення<sup>22</sup>.

Найважливіша риса судової практики у цивільних справах – створення в результаті конкретизації закону прецедентів тлумачення за допомогою формулювання правоположень, які здатні настільки удосконалити законодавство, що можна говорити навіть про правотворчий характер судової практики.

Правоположення як результат конкретизації норм права, у свою чергу, що ґрунтується на тлумаченні норм права, у той же час йде далі, привносячи новий елемент до правозастосовного процесу, чим і відрізняється від судового тлумачення. Супротивники цієї точки зору стверджують, що положення цієї теорії суперечать вказівкам закону. Так, Т. А. Боннер зазначає, що при цьому забувається про обов'язок суду вирішувати цивільні справи на підставі чинного законодавства, а не якихось «правоположень», хоч би й вироблених судовою практикою. Правоположення не можуть створити обов'язкової норми, оскільки такою нормою є сам закон, що інтерпретується<sup>23</sup>.

Щодо оцінки результату тлумачення в процесі правозастосування цивільно-правових норм, то тривають постійні суперечки стосовно співвідношення «прецедентів тлумачення» (правоположень) і правових норм. Ряд учених, дотримуючись позиції прирівнювання «прецедентів тлумачення» до правових норм, говорять про те, що у найбільш складних справах у мотивувальній частині судового рішення необхідно посилається не лише на норми закону, а й на акти казуального тлумачення.

Так, О. С. Курильова під правоположенням розуміє «різновид загальних правил застосування, що має відомий ступінь узагальненості, які розповсюджуються на невизначене коло осіб, та застосовуються до певних фактичних складів, що містяться в рішеннях, ухвалах і постановах вищестоящих судів, якщо спір раніше вже був предметом судового розгляду, а також в узагальненій судовій практиці й у керівних роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду СРСР і Пленумів Верховних судів союзних республік»<sup>24</sup>.

Н. Н. Вопленко вважає, що на рішення судів у конкретних справах у судових постановах посилається можна, а на огляди судової практики, підготовлені відповідними вищестоящими судами, не можна. «Це пояснюється тією обставиною, що огляди судової практики не є джерелом права»<sup>25</sup>.

З даною думкою погоджується Е. Б. Абдрасулов<sup>26</sup>. Проте він вважає, що такий же висновок із ще більшою основою можна віднести до постанов судових органів у конкретних справах.

Визнання обов'язковості «правоположень», вироблених у судовій практиці, має на увазі надання судовим постановам нормативного характеру. Отже, тільки загальновизнана практика може бути джерелом права. У юридичній літературі в якості підтвердження обґрунтованості теорії про правоположення наводиться визначення права з точки зору концепції «живого права». У даному контексті право – не те, що записано в законах, а те конкретне майнове й інше задоволення своїх претензій, яке отримує через суд учасник суперечки. Ця концепція вважає, що саме судові рішення і є «живими», тобто реально існуючим правом. У силу цього рішення суду стають правоположеннями в тих випадках, коли набувають обов'язкового характеру. З цієї причини вони забезпечуються авторитетом найвищого судового органу, його можливостями відмінити усі ті рішення, які суперечать цим правоположенням.

Проте на практиці не завжди дотримуються даної точки зору. Так, наприклад, суди нижчих інстанцій, всупереч викладеним правовим позиціям у постанові ВСУ від 21 травня 2012 р. та ч. 1 ст. 3607 ЦПК України, продовжують відмовляти у позові про визнання договору неукладеним на підставі відсутності в переліку ст. 16 ЦК України визначеного позивачем способу захисту<sup>27</sup>. У той час як постанова ВСУ від 21 травня 2012 р. роз'яснює, що «обмежене тлумачення судом ст. 16 ЦК України суперечить зазначеним положенням та призводить до неправомірної відмови особі в реалізації її права на судовий захист»<sup>28</sup>.

«Суд не бере до уваги посилення позивача на обґрунтованість його вимог та вважає, що позовна вимога пред'явлена саме у такий спосіб, та саме з таким формулюванням, не підлягає задоволенню, оскільки така не ґрунтується на вимогах Закону, і сама по собі така позовна вимога суперечить принципу захисту цивільних прав та інтересів судом у способи передбачені статтею 16 Цивільного кодексу України»<sup>29</sup>.

Дані обставини в судовій практиці призводять до того, що Україна знаходиться серед лідерів з кількості скарг до Європейського суду з прав людини. Так, наприклад, у 2012 р. за результатами розгляду справ Європейським судом Україна зайняла четверте місце за кількістю поданих скарг.

Відстеження практики Європейського суду, її узагальнення та застосування в подібних справах знаходить все більше поширення серед юристів. Проте національні суди не завжди враховують рішення Європейського суду, незважаючи на зобов'язання по вжиттю додаткових заходів з метою усунення підстав подання до Європейського суду аналогічних заяв проти України в майбутньому. Так, Цивільний процесуальний кодекс України передбачає, що «Верховний Суд України переглядає судові рішення на підставах встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом». Верховний Суд України прийняв ряд постанов Пленуму, в яких дається роз'яснення судам загальної юрисдикції про необхідність застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і рішення Європейського суду як джерела права. Так, у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист честі і гідності фізичної особи, а також ділову репутацію фізичної і юридичної особи» від 27.02.2009 р. № 1 визначено: «...суди повинні застосовувати Конвенцію і рішення Європейського суду як джерело права»<sup>30</sup>; у постанові Пленуму



ВСУ вказано: «...у мотивувальній частині кожного рішення... У разі потреби мають бути посилання на Конвенцію і рішення Європейського суду, які, згідно із Законом від 23.02.06 р. № 3477-IV, є джерелом права і підлягають застосуванню в цій справі»<sup>31</sup>.

Самостійність правоположень, створених у результаті конкретизації цивільно-правової норми, підтверджується також характером самих актів офіційного тлумачення як реально існуючої, якісно відособленої системи правових актів. Ця думка знаходить своє підтвердження також у судовій практиці. Водночас необхідно наголосити, що самостійність правоположень, що встановлюються офіційним тлумаченням, має певні межі, тобто акт конкретизації не може підміняти собою правову норму. Він має практичне значення не сам по собі, а тільки у зв'язку з реалізацією роз'яснювальної норми. Незважаючи на ряд загальних моментів, що зближують правозастосовну конкретизацію і правотворчість, правоположення, вироблені через судові рішення, не можуть застосовуватися самостійно, тобто без основних норм, на деталізацію яких вони спрямовані. Вони мають силу і значення тільки впродовж терміну дії вживаних норм і у разі їх відміни припиняють свою дію<sup>32</sup>.

Діяльність судового органу може бути спрямована безпосередньо на тлумачення правової норми, що становить мету й результат самостійної діяльності суду. Яскравим прикладом такого процесу можна зазначити офіційне тлумачення норм Конституції і законів Конституційним судом України.

Для судової діяльності особливо важливі роз'яснення Верховного Суду України, Вищих спеціалізованих судів з питань застосування законодавства при розгляді судових справ, які є результатом узагальнення розглянутих судами справ та різновидом легального тлумачення. Так наприклад, тлумачення змісту правочину, на думку Вищого господарського суду України, можливе лише за наявності спору, тобто коли сторони мають різне уявлення щодо свого волевиявлення або волевиявлення іншої сторони (сторін) правочину<sup>33</sup>.

Таким чином, результат тлумачення – з'ясування справжнього змісту, закріпленого в письмових правових актах. Результатом тлумачення також можна вважати видані в підсумку акти тлумачення або інтерпретаційні акти, які є різновидом правових актів.

Для того, щоб результат тлумачення відповідав дійсному смислу, закладеному законодавцем у нормі права, юридична наука розробляє систему способів тлумачення, використовуючи які можна досягти такого результату, такого розуміння смислу норми права, яке об'єктивно відповідає волі законодавця, вираженій у тексті нормативно-правового акта. Проведений аналіз судової практики показав, що на сьогодні має місце складність процесу відходу української системи цивільного захисту в судочинстві від суто позитивістського тлумачення при правозастосуванні.

Як з'ясовано, досі не існує єдиної думки стосовно визначеності правової природи результату тлумачення за його видами, тому подано авторську інтерпретацію з цього питання. Але з урахуванням рівня дискусійності щодо даної класифікації дане питання залишається напрямом подальших досліджень.

<sup>1</sup> Черданцев А. Ф. Толкование советского права / А. Ф. Черданцев. – М., 1979. – С. 6.

<sup>2</sup> Прийма С. В. Принципи тлумачення норм права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С. В. Прийма. – Х., 2011. – С. 12.

<sup>3</sup> Там само. – С. 15.

<sup>4</sup> Козбаненко В. А. Правоведение / Под общ. ред. В. А. Козбаненко. – М. : Издательско-торговая корпорация «Дашков и К<sup>о</sup>», 2006. – С. 162.

<sup>5</sup> Абдрасулов Е. Б. Толкование закона и норм Конституции: теория, опыт, процедура : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук 12.00.01. – Алматы, 2003. – С. 23.

<sup>6</sup> Лазарев В. В. Применение советского права / В. В. Лазарев. – Казань : Изд-во Казанского университета, 1972. – С. 90–91; Михайлович Д. М. Толкование закона : моногр. / Д. М. Михайлович. – Х. : Изд-во Нац. ун-та внутр. дел, 2004. – С. 142; Надежин Г. Н. Доктринальное толкование норм права : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Г. Н. Надежин. – М. : РГБ, 2005. – С. 24–29, 33–34.

<sup>7</sup> Басангов Д. А. Доктринальное конституционное толкование в деятельности Конституционного Суда РФ : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Д. А. Басангов. – М. : РГБ, 2005. – С. 74–75.

<sup>8</sup> Витрук Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации : понятие, природа, юридическая сила и значение / Н. В. Витрук // Конституционное право : Восточноевропейское обозрение. – 1999. – № 3. – С. 21.

<sup>9</sup> Панчак О. Г. Поняття доктринального тлумачення закону про кримінальну відповідальність / О. Г. Панчак // Часопис Академії адвокатури України. – 2011. – № 3 (12). – С. 1–7.

<sup>10</sup> Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. – М. : Госюриздат, 1960. – С. 355.

<sup>11</sup> Капліна О. В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права : моногр. / О. В. Капліна. – Х. : Право, 2008. – С. 14.

<sup>12</sup> Осипов А. В. Толкование норм права / А. В. Осипов // Теория государства и права ; под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М. : Юристъ, 2001. – С. 264–274.

<sup>13</sup> Кельман М. С. Загальна теорія держави і права / М. С. Кельман, О. Г. Мурашин. – К. : Кондор, 2006. – 477 с.

<sup>14</sup> Морозова Л. А. Теория государства и права / Л. А. Морозова. – М. : Юристъ, 2002. – С. 272; Суслин Э. В. Теория государства и права : учеб. пособ. / Э. В. Суслин, Д. В. Рыбин. – СПб. : НОУ СЮА. – С. 52; Чикеева З. Ч. Теория государства и права / З. Ч. Чикеева. – Бишкек : Изд-во КРСУ, 2011. – 249 с.

<sup>15</sup> Зайчук О. В. Теорія держави і права / О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.

<sup>16</sup> Скакун О. Ф. Теорія держави і права / О. Ф. Скакун ; пер. з рос. – Х. : Консум, 2001. – 656 с.

<sup>17</sup> Власов Ю. Л. Проблеми тлумачення норм права : моногр. / Ю. Л. Власов. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. – 180 с.

<sup>18</sup> Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В. Д. Зорькина, Л. В. Лазарева. – М. : Эксмо, 2010. – 706 с.



- <sup>19</sup> Морозова Л. А. Теория государства и права / Л. А. Морозова. – 414 с. – С. 272; Суслин Э. В. Теория государства и права : учеб. пособ. / Э. В. Суслин, Д. В. Рыбин. – С. 52.
- <sup>20</sup> Шайхутдинов Е. М. Интерпретационные акты (теоретико-прикладное исследование) : моногр. / Е. М. Шайхутдинов, В. М. Шафиров. – Красноярск : Ин-т естеств. и гуманитар. наук СФУ, 2007. – С. 15.
- <sup>21</sup> Шайхутдинов Е. М. Интерпретационные акты : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Е. М. Шайхутдинов. – Красноярск, 2004. – 19 с.
- <sup>22</sup> Венгеров А. Б. Теория государства и права / А. Б. Венгеров. – М., 2000. – С. 352.
- <sup>23</sup> Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе / А. Т. Боннер. – М. : Юридическая литература, 1980. – С. 154.
- <sup>24</sup> Курьлева О. С. Судебная практика и совершенствование трудового законодательства : моногр. / О. С. Курьлева. – Минск : Наука и техника, 1989. – С. 34–35.
- <sup>25</sup> Волленко Н. Н. Официальное толкование норм права / Н. Н. Волленко. – М. : Юридическая литература, 1976. – С. 105.
- <sup>26</sup> Абдрасулов Е. Б. Толкование закона и норм Конституции: теория, опыт, процедура / Е. Б. Абдрасулов. – Алматы: Оркениет, 2002. – 400 с.; Абдрасулов Е. Б. Конкретизация гражданско-правовых норм в судебном решении: опыт Республики Казахстан / Е. Б. Абдрасулов // Совершенствование института представительства: вопросы правотворчества и правоприменения. – 2012. – С. 4.
- <sup>27</sup> Рішення у справі № 429/10668/12 від 18 вересня 2013 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33585963>; Рішення у справі № 537/11/13-ц від 15 жовтня 2013 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/34160169>
- <sup>28</sup> Постанова ВСУ у справі № 6-20цс11 від 21 травня 2012 р.
- <sup>29</sup> Рішення у справі № 752/1228/13-ц від 22 квітня 2013 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/30904634>
- <sup>30</sup> Про судову практику у справах про захист честі і гідності фізичної особи, а також ділову репутацію фізичної і юридичної особи : постанова Пленуму Верховного Суду України № 1 від 27 лютого 2009 р.
- <sup>31</sup> Про судові рішення у цивільній справі : постанова Пленуму Верховного Суду України № 14 від 18 грудня 2009 р.
- <sup>32</sup> Абдрасулов Е. Б. Толкование закона и норм Конституции: теория, опыт, процедура / Е. Б. Абдрасулов. – Алматы : Оркениет, 2002. – 400 с.; Абдрасулов Е. Б. Конкретизация гражданско-правовых норм в судебном решении: опыт Республики Казахстан / Е. Б. Абдрасулов // Совершенствование института представительства: вопросы правотворчества и правоприменения. – 2012. – С. 4.
- <sup>33</sup> Роз'яснення Вищого господарського суду України, викладені у листі «Про деякі питання практики застосування норм Господарського процесуального кодексу України, порушені у доповідних записках про роботу господарських судів у 2004 році» від 11 квітня 2005 р., № 01-8/344. – П. 3.

#### Резюме

##### **Антошкіна В. К. Правова природа результатів тлумачення цивільно-правових норм.**

Визначено зміст результатів тлумачення цивільно-правових норм. Проведено оцінку результату тлумачення в процесі правозастосування цивільно-правових норм. Розглянуто акти тлумачення або інтерпретаційні акти як результати тлумачення. Визначено правову природу результату тлумачення залежно від його видів. Досліджено процес створення в результаті конкретизації закону прецедентів тлумачення за допомогою формулювання правоположень.

**Ключові слова:** цивільно-правові норми, тлумачення, результат тлумачення, інтерпретаційний акт, судові тлумачення, правова природа, правоположення.

#### Резюме

##### **Антошкіна В. К. Правовая природа результатов толкования гражданско-правовых норм.**

Определено содержание результатов толкования гражданско-правовых норм. Проведена оценка результата толкования в процессе правоприменения гражданско-правовых норм. Рассмотрены акты толкования или интерпретационные акты как результаты толкования. Определена правовая природа результата толкования в зависимости от его видов. Исследован процесс создания в результате конкретизации закона прецедентов толкования с помощью формулировки правоположений.

**Ключевые слова:** гражданско-правовые нормы, толкование, результат толкования, интерпретационный акт, судебное толкование, правовая природа, правоположение.

#### Summary

##### **Antoshkina V. Legal nature of results of interpretation of civil law abstract.**

To determine the content of the results of interpretation of civil law. The evaluation of the result of interpretation in the enforcement process of civil law. Considered acts of interpretation and interpretation acts as a results interpretation. The legal nature of result interpretation, depending on its species. The process of creating precedents interpretation using legal provisions formulation.

**Key words:** civil law, interpretation-the interpretation of the results, interpretative act, judicial interpretation, legal nature, legal provisions.

**О. С. КАБАНЕЦЬ**

*Олександр Сергійович Кабанець, кандидат юридичних наук, доцент Інституту журналістики та міжнародних відносин Київського університету культури*

## **ДО ПИТАННЯ ПРО ЦІННІСНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ СУЧАСНОЇ ДЕМОКРАТІЇ**

Україна, яка пережила тоталітарне минуле радянської епохи, і яка нині, здобуваючи свою незалежність і звільняючись від залишків тоталітарних пережитків, перебуває в жвавому процесі суттєвої переоцінки цінностей і здійснює орієнтацію політичного курсу на встановлення єдиних загальнонародських, демократичних принципів і стандартів, на природні засади прав людини, що є значимими для всього світового співтовариства. Це потребує відповідного розуміння певних категорій права, зокрема, як його сучасних ціннісних вимірів, так і за інших історичних умов.

Сучасний стан розвитку демократії в Україні потребує нового ракурсу державних перетворень, наукового переосмислення правових цінностей, на яких будується демократична, правова держава, утвердження цінності основоположних прав і свобод людини і громадянина.

У науковій літературі зазначеному приділено увагу у працях таких вітчизняних та зарубіжних вчених, як С. Алексєєв, В. Бабкін, М. Вітрук, М. Козюбра, О. Костенко, С. Лисенков, О. Лукашова, О. Львова, М. Михальченко, В. Нерсисянц, Н. Оніщенко, П. Рабінович, М. Рабінович, О. Скакун, М. Цвік та ін.

Філософсько-правовий вимір дані питання знаходять відображення у наукових доробках В. Бачиніна, В. Брюггера, М. Козловець, О. Костенка, Л. Макаренко, Ю. Оборотова, Ю. Римаренка, С. Сливки, В. Співак, Ю. Шайгородського та ін.

Незважаючи на значні здобутки вчених у даній сфері, а також на існування системи актів національного законодавства з питань захисту прав людини, комплексу актів міжнародного права, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, залишаються невирішеними ряд проблем, пов'язаних із реальним втіленням конституційних прав та свобод людини і громадянина.

З огляду на вищевказане метою статті є аналіз становлення сучасної демократії через призму ціннісно-правових засад, зокрема, таких, як праворозуміння, верховенство права, невідчужувані права і свободи людини, справедливість, рівність.

Аналізуючи особливості становлення демократії в Україні, О. Поклонська стверджує, що тут все ще спостерігається вплив тоталітарної правової культури на значну частину населення, наявність у правовій свідомості принципів егалітаризму та етатизму<sup>1</sup>.

Такий стан речей зумовлений, в першу чергу, перебуванням України в складі СРСР (1922–1991 рр.), політичний режим якого містив у собі усі ознаки тоталітаризму. У той же час, і на це звертають увагу науковці, демократизація політичного режиму – це комплексний та історично довготривалий процес, що залежить від ступеню ментальної готовності народу до здійснення демократичних процедур<sup>2</sup>.

Д. Растоу, розглядаючи ціннісну систему суспільства через призму різних моделей переходу до демократії, дійшов висновку, що на становлення демократії у тій чи іншій державі впливає її історична «генетична» спадщина. Дослідник зазначає, що перехід до демократії можливий за умови дотримання таких фаз. Перша фаза полягає в досягненні національної єдності; другою фазою є довготривала політична боротьба, протягом якої народжується і загартовується нова еліта, з'являються інститути громадянського суспільства, зростає участь громадян у політичних процесах – тобто відбувається прищеплення суспільству громадянської політичної культури; третя фаза є фазою ухвалення рішень, насамперед щодо інституалізації базових демократичних процедур; четверта фаза – звання до демократії – це час освоєння громадянами і політичними елітами техніки демократії, придбання необхідних для її функціонування навичок, в результаті чого демократія починає працювати як відносно владжений і цілісний механізм.

Використовуючи динамічну модель для аналізу політичних процесів в Україні, що відбувалися після здобуття нею незалежності, О. Радченко стверджує, що Україна вступила на шлях демократизації, «проскочивши» першу фазу – досягнення національної єдності. Тому на другій та третій фазі (зародження нової політичної еліти, довготривала і жорстка політична боротьба та інституціоналізація базових демократичних процедур), спостерігаються політичні процеси, в результаті яких відбувається наростання поляризації суспільства, загроза дезінтеграції за регіональною та культурно-цивілізаційною ознакою. Четверта фаза (звання до демократизації) в нашій державі ще не настала, оскільки ще не завершилося «щеплення суспільству громадянської політичної культури»<sup>3</sup>.

Тобто, ціннісні засади формування і ствердження будь-яких позитивних явищ у суспільстві не можуть відбуватися поза критеріями моралі. Загалом, з огляду на вказане вище, таке явище, як демократія, вже саме по собі представляє суспільну, політичну та правову цінність.

У згаданому аспекті Н. Оніщенко пише про так зване демократичне право, тобто право, яке передусім є виразником інтересів народу або, принаймні, його більшої частини; виражає інтереси відповідних соціумів, захищає права, свободи та законні інтереси представників цих соціумів. Демократичне право має бути взірцем свободи, зосередженням справедливості, гарантом рівності прав на самореалізацію, захистом від агресії держави. Цінність такого права обумовлена його здатністю слугувати метою і засобом для задоволення соціально-справедливих потреб індивідів і суспільства, утверджуючи справедливі і гуманні засади у взаємовідносинах особи і влади, держави і суспільства. Тобто, сутність демократичного права, на переконання Н. Оніщенко, полягає у тому, що воно повинно слугувати інтересам людини<sup>4</sup>.

Отже, право і демократія є нерозривними у своєму призначенні слугувати інтересам людини і стверджувати відповідні цінності та мораль, про що далі йтиметься мова.

Як справедливо зауважив Ю. Шайгородський, «суспільство, у якому досягнуто консенсусу відносно того, що є моральним, що вважати цінністю, а що ні, може розглядатися як стабільна система, оскільки ліквідується головне джерело протиріч, які породжують нестабільність, катаклізми, потрясіння»<sup>5</sup>. В. Шишко уточнює, що в реальному житті можуть траплятися випадки, коли суспільство, визначаючи ті чи інші явища цінностями, у той же час здійснює дії, скеровані проти них, з метою забезпечення інших цінностей (наприклад, застосування такого виду покарання як смертна кара)<sup>6</sup>.

У вітчизняній юридичній літературі ціннісними орієнтаціями називають систему матеріальних і духовних благ, які людина та суспільство визнають як владну силу над собою, яка визначає думки, вчинки і взаємовідносини людей. Ідеали, ціннісні орієнтації людини окреслюють, визначають її справжню духовну серцевину. Життя суспільства чималою мірою залежить від того, які переконання й ідеали сповідує освічена частина суспільства, що вона вважає найвищою цінністю на шкалі ціннісної ієрархії<sup>7</sup>.

Тобто, цінності мають передусім ідеологічний зміст, яким, зокрема, мають наповнюватися усі демократичні процеси, що відбуваються в суспільстві.

Особливістю будь-яких цінностей є те, що вони мають об'єктивний характер і не залежать від їх відображення у свідомості людини. Тобто, цінність – це об'єктивна властивість фактів, подій, речей, відносин мати певну значимість для особи чи групи осіб. Об'єкт, що наділений властивостями, які об'єктивно мають певне значення для суб'єкта, у разі необхідності виконає своє призначення незалежно від уявлень останнього про його існування. Прикладом, який свідчить про обґрунтованість такої позиції, може бути, скажімо, право громадян на захист їх інтересів за допомогою закону або відповідальність перед законом за неправомірні дії незалежно від знання закону<sup>8</sup>.

І. Патерило, досліджуючи правові цінності, підкреслює, що вони: по-перше, є конкретним виразом власної цінності права у практичному житті людей – безпека людини в конфліктних ситуаціях, визначеність і гарантованість її прав, забезпечення справедливого вирішення юридичних питань; по-друге, є особливими правовими засобами та юридичними механізмами, що забезпечують цінність права, гарантованість прав кожної людини і суспільства в цілому, інституту, які виражають оптимальне співвідношення нормативного й індивідуального регулювання<sup>9</sup>.

На розвиток демократії безпосередньо впливає правове середовище, правова культура, традиція, менталітет народу, розуміння права тощо. Тому з огляду на тоталітарне минуле нашої держави, важливим для теорії права є дослідження питань тих ціннісно-правових засад, які приймають утвердженню демократії, громадянського суспільства та правової, соціальної держави. Це надасть змогу глибше з'ясувати передумови як розвитку демократії, так і ті чинники, які цьому перешкоджають.

М. Оніщук наголошує, що ідеї та ідеали демократії традиційно належать до найбільш шанованих загальнолюдських цінностей. Індекс привабливості тієї чи іншої держави для життєдіяльності людини вже з кінця минулого століття визначається не тільки з огляду на соціально-економічні показники її розвитку, досконалість її національного законодавства тощо, а й з урахуванням рівня розвитку демократичних інститутів цієї держави<sup>10</sup>.

О. Скрипнюк зазначає, що демократичні цінності відіграють як регулятивну, так і коригуючу функції. З одного боку, вони визначають (врегульовують) характер та специфіку взаємовідносин між державою і суспільством, а з іншого – виступають тим орієнтиром, у напрямі якого мають розвиватися суспільство і держава<sup>11</sup>.

Отже, у філософській та правовій думці найпоширенішими цінностями називають справедливість, рівність, свободу, людську гідність, природні невід'ємні права людини, верховенство права, практичну розумність, здоровий глузд тощо. Ідеї свободи, рівності та справедливості є фундаментальними ідеями-принципами для права. Задекларовані як основні постулати кожної правової системи, вони набувають специфічного змістовного забарвлення в різні історичні епохи<sup>12</sup>.

Окрім зазначеного, важливим є виокремлення саме демократичних цінностей як тих ідеологічних засад, на яких сьогодні має будуватися громадянське суспільство та правова держава. З огляду на це, ракурс аналізу зосереджується саме на тих правових цінностях, які складають найбільш міцний і перспективний фундамент для розвитку демократії в Україні.

Серед них можна виділити такі найважливіші, як праворозуміння, верховенство права, невідчужувані права і свободи людини, справедливість, рівність. Окрім того, однією з фундаментальних правових цінностей побудови демократії є свобода, однак, її природа та зміст безпосередньо наповнюються, зокрема, саме розуміння права, невід'ємних прав і свобод людини тощо. Тобто, ідея свободи є невід'ємним наповненням кожної з цінностей.

Так, принцип верховенства права виступає важливою ціннісною складовою демократії, на чому акцентують увагу відомі вітчизняні та зарубіжні вчені. Зокрема, вітчизняна академік Н. Оніщенко звертає увагу на принцип верховенства права, який є одним із основоположних принципів правової доктрини та правового життя. На її думку, вказаний принцип є визначальним при формуванні всіх інститутів держави і суспільства в цілому. У такому розумінні право виступає найвищою соціальною цінністю, найголовнішим суспільним орієнтиром. Саме на них має спиратися законодавець, закріплюючи загальнообов'язкові приписи, надаючи їм нормативного характеру<sup>13</sup>.

О. Руднева підкреслює, що принцип верховенства права належить до «мега-принципів», стандартів прав людини найвищого ціннісного рівня<sup>14</sup>. У довідковій літературі верховенство права трактується як панування права у життєдіяльності громадянського суспільства і функціонуванні держави<sup>15</sup>.

В Україні принцип верховенства права визнається і діє відповідно до ст. 8 Конституції України, що передбачає підпорядкованість держави та її інститутів правам людини, визнання пріоритету права перед іншими соціальними правами, такими як мораль, звичаї тощо.

Наступною правовою цінністю в розвитку демократії є праворозуміння, яке ґрунтується на природно-правових засадах. Такий акцент робиться у зв'язку з історичним минулим України та переважанням позитивістської теорії праворозуміння. За умов тоталітарного режиму радянських часів панівна роль належала політиці, а право виступало ефективним та гнучким інструментом політики. Право вважалось виразом волі держави, завжди мало політичний зміст і було однією з форм політики.

У демократичній державі легітимізація офіційної політики передбачає її відповідність праву, а легалізація – закріплення у правовому законі<sup>16</sup>. Т. Полякова аналогічно підкреслює зазначену тезу, вказуючи, що демократією є передусім система ретельно підготовлених і суворо дотримуваних законів, що регламентують усі сфери життя держави, гарантують права і обов'язки громадян<sup>17</sup>.

За нормальної взаємодії влади і права, цілком природно за умов демократичного суспільства і державного ладу, відбувається їх взаємне притирання і, більше того, взаємне збагачення. Саме тоді набувають реального значення положення і формули про «правову державу», «верховенство права», «панування права»<sup>18</sup>.

Зазначене, особливо доводить аксіологічну функцію сучасного праворозуміння для розвитку демократії. І як слушно зазначає С. Бобровник, невизначеність поняття «право» сприяє створенню умов для поширення правових конфліктів, а засоби для їх впорядкування втрачають правове підґрунтя, що виключає можливість формування та застосування правового компромісу<sup>19</sup>.

Н. Пархоменко наголошує, що як комплексне поняття праворозуміння є тим етичним, духовним, правовим, ціннісним «згустком», який наповнює юридичну форму правовим змістом, примушуючи законодавця ухвалювати закони, відповідно не тільки до об'єктивних потреб суспільства, а й до вимог формальної рівності, свободи та справедливості<sup>20</sup>.

Тому, право стає невід'ємною цінністю в процесі розвитку демократичної, правової держави лише за широкого його розуміння, коли його значення не зужується лише до поняття законодавства. Коли право розуміється, як влучно визначив М. Цвік, як міра свободи і рівності, що відображає панівні уявлення про справедливість і потреби суспільного розвитку, основи яких складаються у процесі повторюваних суспільних відносин, що визнаються, схвалюються та охороняються державою<sup>21</sup>.

Отже, сучасне розуміння права передбачає визнання людини найвищою соціальною цінністю, а забезпечення прав і свобод людини і громадянина – головною метою державної влади, яка реалізує свою компетенцію тільки в межах конституції та законів країни.

Тому, наступною демократичною цінністю, слід вважати невідчужувані природні права людини. Під основними фундаментальними правами людини зазвичай розуміють права, які містяться у конституціях держав і міжнародно-правових документах з прав людини, зокрема, в Загальній декларації прав людини (1948 р.)<sup>22</sup>, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.)<sup>23</sup>, Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права (1966 р.)<sup>24</sup>, Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (1966 р.)<sup>25</sup>. Зазначені документи становлять стрижень правового статусу індивіда, в їх положеннях містяться можливості інших прав, необхідних для життєдіяльності людини.

Важливою складовою щодо захисту прав і свобод людини та що вказує на ствердження демократичних цінностей у суспільстві стало створення в Україні інституту Омбудсмена – уповноваженого з прав людини. 23 грудня 1997 р. Верховна Рада України прийняла Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини», сферою застосування якого є відносини, що виникають при реалізації прав і свобод людини і громадянина між громадянами України незалежно від місця їхнього проживання, іноземцем чи особою без громадянства, які перебувають на території України та органами державної влади і місцевого самоврядування та їх посадовими і службовими особами<sup>26</sup>.

Отже, розвиток і зміцнення демократичної, соціальної, правової держави неможливо без утвердження прав і свобод людини. Існування прав і свобод людини ставить питання про їх гарантування, що виступає своєрідним зовнішнім методом обмеження влади, яка завжди прагне до саморозширення і посилення своєї присутності в усіх сферах життя людства<sup>27</sup>.

Нині в Україні гостро стоїть питання про реальне забезпечення проголошених засад прав і свобод людини і громадянина. Україна є одним із лідерів за кількістю заяв, що надходять до Європейського суду. Це свідчить про необхідність системного вдосконалення вітчизняного законодавства, адміністративної та судо-



вої практики, де б людина почувала себе захищеною, почутою, гідною й рівною в можливості реалізації своїх прав та законних інтересів. Зазначене вказує на неабияку цінність справедливості й рівності в праві та їх ключову роль в процесі побудови демократичного суспільства.

Як справедливо наголошується в науковій літературі, «політичний режим є демократичним тільки в разі, якщо він представляє інтереси широких верств населення. Політична еліта повинна правити в інтересах більшості суспільства, а не для вигоди привілейованої меншості. Демократія виходить з цінності кожної людини, тому прагне до створення цивілізованих умов життя для всіх громадян незалежно від багатства і таланту»<sup>28</sup>.

Отже, саме людина має стати в центрі державної політики. Той самий «пересічний українець» має бути усвідомленим як головна цінність, найбільше багатство країни. І як наголошується в юридичній науці, недостатня імплементаваність демократичних цінностей у суспільній свідомості українського суспільства є загрозою розбудови конституційно проголошеної демократії європейського гатунку.

С. Головатий наголошує, що поняття демократії виступає і як європейська цінність, що лежить в основі українського конституційного правопорядку, так і як юридичне зобов'язання України, що випливає з членства у Раді Європи (із міжнародного права), то таке тлумачення має неодмінно враховувати той зміст, що обумовлений міжнародними стандартами, передусім, європейськими. Власне практичний досвід повоєнної Європи (у 2-й пол. XX – 1-й пол. XIX ст.ст.) створив сприятливі умови для того, щоб демократія як європейська цінність набула нової якості, поставши як універсальна цінність. Свідченням цього є таке положення Оонівського Саміту 2005 р.: «... демократія є універсальною цінністю, в основі якої лежить вільно виражена воля людей визначати свою власну політичну, економічну, соціальну і культурну систему та свою повну участь у всіх аспектах їх життя»<sup>29</sup>.

Можна погодитися з науковцями, які наголошують на тому, що сьогодні держава «зобов'язана взяти на себе тягар турбот про цю ціннісну систему, забезпечити діалог у суспільстві громадян, які належать до різних ціннісних сегментів. ... мова йде передусім про європейські цінності. Жорстокі війни та катаклізми викристалізували гуманістичний підхід до людини, людського життя й здоров'я. Секрет такої популярності всього «європейського» в тому, що найважливішою цінністю європейського суспільства стала людська гідність, людина як особистість та індивідуум»<sup>30</sup>.

Отже, згадані демократичні цінності сучасної України мають бути зорієнтованими на європейську модель, це ті еталони та суспільні ідеали, які мають лежати в основі взаємодії влади і суспільства. І як наголошується в літературі, демократичні цінності – це те, заради чого демократію варто захищати, це уособлення її значущості і привабливості для мільйонів людей, те, завдяки чому демократія здобуває нових прихильників в усьому світі. Демократія потребує свідомого й активного залучення громадян до суспільного життя і без цього вона не може відбутися<sup>31</sup>.

Розглянуті цінності не претендують на вичерпність і однозначність, це, лише ті з них, без яких є не можливою побудова демократія, вони є її фундаментом. Можна згадати й цінності другого рівня, які постають із вказаних вище – це законність, правова культура, гендерна рівність, відповідальність держави перед особою, ефективність законодавства тощо. Існують й деякі інші цінності, які, межують між правом і політикою. Зазначене свідчить про існування цілої системи демократичних цінностей, яка має пронизувати усі сфери суспільного життя – право, політику, особисте і професійне життя особи тощо.

З огляду на вищевказане, пропонується визначити поняття «правові демократичні цінності» як фундаментальні ідеологічні засади й еталони у сфері права, на яких будується взаємодія державної влади і суспільства, і які направлені на задоволення життєво важливих потреб. Ідеологічні ціннісні засади у розвитку демократії стають надійним фундаментом для ствердження і функціонування інших видів цінностей (матеріальних, зокрема), таких як ефективність законодавства, побудова правової держави, відповідальність держави перед особою та суспільством, розподіл влад тощо.

<sup>1</sup> Поклонська О. Ю. Правова держава та громадянське суспільство як основні ідеї пострадянської трансформації України (1991–2006) : монографія / О. Ю. Поклонська. – Сімферополь: ДІАЙПІ, 2009. – С. 41.

<sup>2</sup> Атаманчук Г. Теория государственного управления : курс лекций / Г. Атаманчук. – М. : Изд-во «ОМЕГА – Л», 2005. – С. 403.

<sup>3</sup> Радченко О. В. Ціннісна система суспільства як механізм демократичного державотворення : монографія / О. В. Радченко. – Х. : Вид-во ХарРІДУ «Магістр», 2009. – С. 280.

<sup>4</sup> Оніщенко Н. М. До питання про демократичний правовий розвиток (деякі теоретичні узагальнення) / Н. М. Оніщенко // Право України. – № 8. – 2013. – С. 147.

<sup>5</sup> Шайгородський Ю. Суспільна мораль як система цінностей / Ю. Шайгородський // Правові засади захисту особистісних цінностей та суспільної моралі: зб-к нормативних актів України / Уклад.: Ю. Ж. Шайгородський, К. П. Меркотан. – К. : Укр. центр політ. менеджменту, 2007. – С. 9.

<sup>6</sup> Шишко В. В. Культурологічні аспекти правотворчості : монографія / В. В. Шишко. – Л. : Львівський держ. ун-т внутр. справ, 2006. – С. 76.

<sup>7</sup> Права людини : соціально-антропологічний вимір: колективна монографія / Гол. ред. П. М. Рабінович. – Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 13. – Л. : Світ, 2006. – С. 234.

<sup>8</sup> Львова О. Л. Ціннісні орієнтації у праві як фактор утвердження принципу верховенства права в Україні / О. Л. Львова // Верховенство права як принцип правової системи : проблеми теорії : монографія / відп. ред. Н. М. Оніщенко. – К. : Юрид. думка, 2008. – С. 104.



- <sup>9</sup> Патерило І. В. Право як ціннісна категорія : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / І. В. Патерило. – К., 2006. – С. 32–33.
- <sup>10</sup> Оніщук М. Референдна демократія : проблеми конституційної теорії та практики : монографія / М. Оніщук. – К. : Вид-во Європейського ун-ту, 2009. – С. 11.
- <sup>11</sup> Скрипнюк О. В. Демократія: Україна і світовий вимір (концепції, моделі та суспільна практика) / О. В. Скрипнюк. – К.: Логос, 2006. – С. 244.
- <sup>12</sup> Дубровський Д. И. Проблема идеального / Д. И. Дубровский. – М. : Мысль, 1983. – С. 171.
- <sup>13</sup> Оніщенко Н. М. Монізм у праві в контексті сучасного праворозуміння / Н. М. Оніщенко // Держава і право: зб. наук. праць. – Вип. 47. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2010. – С. 6.
- <sup>14</sup> Руднева О. Міжнародні стандарти прав людини та принцип верховенства права: до проблеми співвідношення правових явищ / О. Руднева // Юридична Україна. – 2012. – № 4 (112). – С. 15.
- <sup>15</sup> Юридична енциклопедія : в 6 т. / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 1 : А–Г. – С. 341.
- <sup>16</sup> Теліпко В. Е. Універсальна теорія держави і права : [підручник] / В. Е. Теліпко. – К. : БІНОВАТОР, 2007. – С. 282.
- <sup>17</sup> Полякова Т. М. Право и политика. Спецкурс для студентов гуманитарных вузов : учебно-метод. пособ. / Т. М. Полякова. – Майкоп : Изд-во Адыгейского гос. ун-та, 2001. – С. 36.
- <sup>18</sup> Мохонько А. В. Правові та політичні норми в системі соціального регулювання (теоретико-правові аспекти) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А. В. Мохонько. – К., 2012. – С. 69–70.
- <sup>19</sup> Бобровник С. В. Компроміс і конфлікт у теорії праворозуміння // Національні тенденції та міжнародний досвід сучасного праворозуміння : монографія / С. В. Бобровник. – К. : Юрид. думка, 2013. – С. 356.
- <sup>20</sup> Пархоменко Н. М. Концептуальні підходи до визначення сутності та змісту права в українській юридичній науці / Н. М. Пархоменко // Національні тенденції та міжнародний досвід сучасного праворозуміння : монографія / за заг. ред. Н. М. Оніщенко. – К. : Юрид. думка, 2013. – С. 62.
- <sup>21</sup> Цвік М. В. Праворозуміння (значення повторюваності суспільних відносин для його дослідження) / М. В. Цвік // Право України. – 2010. – № 4. – С. 27.
- <sup>22</sup> Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015)
- <sup>23</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004)
- <sup>24</sup> Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_042](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_042)
- <sup>25</sup> Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_043)
- <sup>26</sup> Закон України «Про уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» № 776/97-ВР від 23.12.1997 р. // Електронний ресурс : Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg>
- <sup>27</sup> Конституційне право України / Ю. М. Тодика, В. С. Журавський. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2002. – С. 167.
- <sup>28</sup> Швець В., Шайхалієва Ю. Особливості становлення демократії та впровадження демократичних цінностей в Україні і світі / В. Швець, Ю. Шайхалієва // Віче. – 2010. – № 17 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.viche.info/journal/2183/>
- <sup>29</sup> Головатий С. Тріада європейських цінностей – верховенство права, демократія, права людини – як основа українсько-го конституційного ладу / С. Головатий // Право України. – № 8. – 2013. – С. 18.
- <sup>30</sup> Історія та практика державного управління і місцевого самоврядування в Україні / М. О. Багмет, В. М. Ємельянов. – II-й том : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://buklib.net/books/35885/>
- <sup>31</sup> Демократичні цінності Європи : пам'ятка користувачеві. – Івано-Франківськ : Центр європейської інформації, 2011 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://ukrci.org/uploads/files/default/demokratichni\\_cinnosti\\_evropi.pdf](http://ukrci.org/uploads/files/default/demokratichni_cinnosti_evropi.pdf)

#### Резюме

##### **Кабанець О. С. До питання про ціннісно-правові аспекти сучасної демократії.**

Стаття присвячена аналізу становлення сучасної демократії через призму правових цінностей, зокрема, таких, як праворозуміння, верховенство права, невідчужувані права і свободи людини, справедливість, рівність. Через призму зазначеного надається авторське визначення поняття «демократичні цінності».

**Ключові слова:** демократія, правові цінності, права людини, рівність, свобода, справедливість, верховенство права.

#### Резюме

##### **Кабанець А.В. К вопросу о ценностно-правовых аспектах современной демократии.**

Статья посвящена анализу становления современной демократии через призму правовых ценностей, в частности, таких, как правопонимание, верховенство права, неотчуждаемые права и свободы человека, справедливость, равенство. Через призму указанного дается авторское определение понятия «демократические ценности».

**Ключевые слова:** демократия, правовые ценности, права человека, равенство, свобода, справедливость, верховенство права.

#### Summary

##### **Kabanets O. Values and legal principles of modern democracy.**

The article is devoted to analysis of the development of modern democracy through the prism of legal values, such as legal thinking, the rule of law, inalienable rights and freedoms, justice, equality. Through the prism of the specified author's definition of the concept of «democratic values».

**Key words:** democracy, legal values, human rights, equality, freedom, justice, the rule of law.

**В. С. КАХНИЧ**

*Володимир Степанович Кахнич, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка*

## **ДЕЯКІ АСПЕКТИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ЮРИДИЧНОГО ФАКУЛЬТЕТУ В ЛЬВІВСЬКОМУ УНІВЕРСИТЕТІ (1920–1930-Х РР.)**

Реформування освіти та науки, яке відбувається сьогодні в Україні, є надзвичайно важливим для нас та майбутнього покоління. Використання історичного досвіду, на прикладі юридичного факультету Львівського університету, зокрема, як юридичний факультет діяв та функціонував, надасть неоцінений досвід у реформуванні юридичної освіти та науки. Ці знання допоможуть нам зрозуміти і краще усвідомити цінність витоків на наукових концепцій, які формувались та формуються під впливом різних історичних періодів.

Після того, як розпалась Австро-Угорська імперія, а українці зазнали поразки в польсько-українській війні 1918–1919 рр., Східна Галичина опинилась під владою відновленої Польщі. Міністерство віровизнань та освіти цієї держави 18 листопада 1918 р. оголосило, що бере Львівський університет під свою опіку. Тоді 22 листопада 1919 р. йому присвоїли ім'я Яна Казимира<sup>1</sup>.

Діяльність Львівського університету регламентували постанови та розпорядження уряду Польщі, зокрема Міністерства віровизнань та освіти, рішення академічного сенату й статут університету. У 1924 р. ухвалили новий статут Львівського університету і наступні – у 1929 р. та 1934 року<sup>2</sup>.

На початку існування Університету Яна Казимира у Львові у його структурі було чотири факультети: юридичний (факультет права та політичних учень<sup>3</sup>, з другої половини 1920-х рр. – права), філософський, теологічний і медичний. У 1924 р. філософський факультет розділили на математично-природничий та гуманістичний. У складі п'яти факультетів Львівський університет існував до 1939 року<sup>4</sup>.

У 1920 р. Університету Яна Казимира у Львові передали будівлю колишнього Галицького крайового сейму. Відтоді це – головний корпус Львівського університету<sup>5</sup>. Вищим керівним органом Університету Яна Казимира у Львові був академічний сенат у складі ректора, проректора, деканів факультетів і представників від кожної факультетської ради викладачів. Академічний сенат, на чолі з ректором, вів поточні наукові, навчальні, дисциплінарні, фінансові справи університету<sup>6</sup>.

Для вступу до Університету Яна Казимира у Львові абітурієнт повинен був принести до деканату обраного факультету заяву з двома фотографіями та низку документів, зокрема свідоцтво про народження, атестат зрілості, а хлопці подавали також документ про проходження військової служби. Кожен абітурієнт повинен був вказати рідну мову<sup>7</sup>.

Навчання в Університеті Яна Казимира у Львові було платним. Студенти зобов'язані були заплатити за вступ 30 злотих, а також платити щороку 50 злотих. За практичні заняття студенти-юристи сплачували 9 злотих. Студенти оплачували також користування бібліотекою, вносили гроші до стипендіального фонду та фонду допомоги студентам, на охорону здоров'я. До того ж вони мали вносити окрему плату під час складання іспитів. Державні стипендії отримувало близько 1,5–2,0 % від загальної кількості студентів<sup>8</sup>.

Навчальний рік в Університеті Яна Казимира розпочинався 1 жовтня і закінчувався 30 червня. Його поділяли на триместри. Перший триместр тривав від 1 жовтня до 16 грудня, другий – від 6 січня до 3 березня, третій – від 20 квітня до 30 червня. Навчання на юридичному факультеті становило чотири роки<sup>9</sup>.

Уся навчальна та наукова робота в Університеті Яна Казимира у Львові провадилась на кафедрах, в інститутах, а також на спеціальних студіях. Кількість кафедр в університеті, як і в XIX ст., відповідала кількості професорів (звичайних і надзвичайних). Були випадки, коли кафедри очолювали й доценти. Основною формою навчання були лекції та практичні заняття. Їх проводили професори, доценти або й асистенти під керівництвом своїх наставників. Щороку студенти мали відвідати визначену кількість лекцій і взяти участь у роботі бодай одного спеціального семінару<sup>10</sup>.

Після врегулювання у 1922/1923 н. р. системи вищої освіти Польщі у Львівському університеті було 106 звичайних та 16 надзвичайних кафедр, на яких працювало 87 звичайних професорів, п'ять надзвичайних та 159 осіб допоміжного наукового персоналу. Зокрема, на юридичному факультеті на той час працювало 25 звичайних і три надзвичайні професори<sup>11</sup>.

15 березня 1920 р. до тих часів утраквістичний Львівський університет рішенням Міністерства віровизнань та освіти Польщі було перетворено на навчальний заклад з винятково польською мовою викладання. У липні 1920 р. це підтвердила й ухвала Сейму<sup>12</sup>.

Навчальна програма юридичного факультету Університету Яна Казимира, до прикладу, у 1919/1920 н. р. була такою:

– зимовий семестр:

I. Загальні науки: енциклопедія юридичних і політичних наук (викладач К. Стефко); історія філософії права (Ю. Новотний).

II. Історія права: історія та системи римського приватного права (М. Хлямтач); канонічне католицьке право (лекції та семінар) (В. Абрагам); західноєвропейське право (лекції та семінар) (А. Гальбан); польське приватне право (лекції та семінар) (П. Домбковський); історія устрою Польщі (лекції та семінар) (О. Бальцер).

III. Судове право: загальне цивільне право (Е. Тілл); спадкове право (Р. Льоншам де Бер'є); приватне право та кримінальне право українською мовою (П. Стебельський); кримінальне право (лекції та семінар) (Ю. Макаревич); кримінальний процес (Ю. Новотний); торговельне та вексельне право, цивільне (майнове та іпотечне) право, гірниче право, семінар з цивільного та торговельного права (А. Долінський); цивільне процесуальне право, історія цивільного процесу у Варшавському королівстві, семінар з цивільного процесуального права (К. Стефко); історія процесуального права, практичні заняття з процесуального права (М. Аллерганд).

IV. Політичне право та суспільні науки: загальне та новітнє польське політичне право (С. Стажинський); загальне та зобов'язальне політичне право (Е. Дубанович); суспільна економія, фінанси Польщі, семінар з економіки (С. Гломбінський); фінансове право (І. Вайнфельд); адміністрація та польське адміністративне право (Ю. Бузек)<sup>13</sup>;

– літній семестр:

I. Історія права: пандектне право (наука про зобов'язання), семінар з римського права (викладач М. Хлямтач); канонічне право, канонічне право з акцентом на канонічному законодавстві Польщі, семінар з канонічного права (В. Абрагам); історія західноєвропейського права (лекції та практичні заняття) (А. Гальбан); судочинство (лекції та практичні заняття) (О. Бальцер); пандектне право (римське приватне право, римське майнове право, римське сімейне право) (Л. Пінінський).

II. Судове право: австрійське цивільне (зобов'язальне) право (Е. Тілл); цивільне (сімейне) право (Р. Льоншам де Бер'є); кримінальний процес (Ю. Макаревич); торговельне та вексельне право, приватне право, семінар з цивільного та торговельного права (А. Долінський); цивільний процес, семінар з цивільного процесу (К. Стефко); процесуальне зобов'язальне право на польських землях, практичне заняття з процесуального права (М. Аллерганд).

III. Політичне право та суспільні науки: новітнє польське політичне право (С. Стажинський); суспільна економія, державні фінанси, семінар з економіки (С. Гломбінський); право народів (П. Стебельський, читав польською мовою); фінанси з наголосом на фінансах Польщі (І. Вайнфельд); аграрне законодавство (З. Паздро); статистика з акцентом на статистику Польщі (Т. Пілят)<sup>14</sup>.

Ці самі заняття були введені до програми юридичного факультету Університету Яна Казимира у Львові в 1920/1921 н. р., з тією відмінністю, що С. Грабський викладав політичну економію та соціологію, В. Серадзький – судову медицину, а Е. Дубанович – Конституцію Польщі<sup>15</sup>.

У 1921/1922 н. р. до викладання на юридичному факультеті Університету Яна Казимира у Львові долучилися Еміль Раппапорт (курс «Про кримінальний кодекс») та Станіслав Постемпський (курс «Загальний і державний бухгалтерський облік»)<sup>16</sup>.

Зазначимо, що в 1921/1922 н. р. і 1922/1923 н. р. П. Стебельський, окрім лекцій з кримінального процесу та криміналістичного семінару, вів також курс із права народів і практичні заняття з цього предмету<sup>17</sup>.

Окрім П. Стебельського в 1919 р. – першій половині 1920-х рр. на юридичному факультеті не було викладачів-українців. Зауважимо, що П. Стебельський у 1919 р. – на початку 1920-х рр. розпочав викладання польською мовою. Уряд Польщі також ухвалив низку постанов для обмеження української молоді з гімназійною освітою доступу до навчання в Університеті Яна Казимира у Львові. Його академічний сенат у серпні 1919 р. прийняв ухвалу, якою дозволив навчатися лише молоді з польським громадянством, а з хлопців – лише тим, хто відслужив у польському війську. Цю ухвалу у вересні 1919 р. підтвердив уряд Польщі<sup>18</sup>.

У житті Львівського університету міжвоєнного періоду виникали національні конфлікти. Приміром, у 1922 р. польське студентство організувало акцію, спрямовану на обмеження кількості студентів-євреїв у Львівському університеті. У 1923 р. їхню кількість обмежила рада юридичного факультету<sup>19</sup>.

Як уже було згадано, до 1923 р. (до визнання Радою послів Антанти прав Польщі на Галичину) українська молодь була обмежена у праві вільно вступати на навчання до Університету Яна Казимира у Львові, а також до інших навчальних закладів Польщі<sup>20</sup>.

Законні мирні спроби українців Східної Галичини домогтися від польських владних кіл заснування окремого українського університету зазнали краху. Тому наприкінці 1919 р. українці спробували заснувати Український вільний університет. Його відкрили в січні 1921 р. у Відні, проте вже за кілька місяців перемістилися до Праги. Західноукраїнська інтелігенція, а саме – дійсні члени НТШ Василь Щурат, Іван Крип'якевич, Іларіон Свенціцький і Богдан Барвінський восени 1919 р. заснували для українських студентів приватні університетські курси, причому без офіційного дозволу польських владних кіл. Керівником цих курсів став видатний український літературознавець, голова Наукового товариства ім. Шевченка у Львові Василь Щурат. Українські приватні університетські курси склалися з трьох факультетів, які очолювали директори (декани), а саме: правничого (юридичного), філософського (філософського) та медичного<sup>21</sup>.

Кафедральна структура юридичного факультету українських університетських курсів була такою: кафедра українського права; кафедра західноєвропейського права; кафедра канонічного права; кафедра філософії та теорії права; дві кафедри римського права. На початку 1921 р. на цих кафедрах навчався 61 студент<sup>22</sup>.

Створення окремих університетських курсів для українських студентів непокоїло владу Польщі та керівництво Університету Яна Казимира у Львові. Ректор Університету Емануель Махек у квітні 1921 р. зустрівся з делегацією товариства «Академічна громада». Делегація студентів вимагала:

– відновлення у Львівському університеті всіх українських кафедр і доцентур, які існували в австрійський період;

– зарахування на навчання до Львівського університету українських студентів, незалежно від того, в якій армії вони служили<sup>23</sup>.

Ректор Е. Махек зігнорував ці вимоги. Тому 1 травня 1921 р. українська громадськість Галичини оголосила бойкот Університету Яна Казимира у Львові. Водночас Товариство українських наукових викладів ім. Петра Могили намагалось узаконити українські університетські курси, які, зважаючи на урядову заборону, діяли таємно. 1 липня 1921 р. на курсах закінчився перший навчальний рік. Тоді ж у Львові відбувся Крайовий з'їзд студентів, на якому студентські товариства Львова вирішили продовжити бойкот Університету Яна Казимира у Львові та створити окремий Український університет у Львові<sup>24</sup>, який став відомим як «Український таємний університет у Львові». У його структурі були три факультети: філософський (філософський), правничий (юридичний) та медичний. Також було ухвалено утворити у його складі технічні студії<sup>25</sup>.

Українським таємним університетом у Львові керував сенат. Першим його ректором став Василь Щурат. Згодом Український таємний університет у Львові очолювали медик Мар'ян Панчишин, юрист Євген Давидяк. Запис на навчання в Українському таємному університеті у Львові розпочався у вересні 1921 року. Польська влада одразу почала репресії проти його викладачів і студентів. Канцелярія Українського таємного університету у Львові була в приміщенні товариства «Академічна громада». Після його ліквідації польською владою канцелярія Українського таємного університету у Львові діяла в умовах посиленої конспірації<sup>26</sup>.

Кафедральна структура юридичного факультету Українського таємного університету у Львові в 1921/1922 н. р. була такою: кафедра українського права; кафедра канонічного права; дві кафедри римського права; кафедра західноєвропейського права; дві кафедри приватного австрійського права; кафедра теорії та філософії права; кафедра приватного австрійського процесу; кафедра австрійського кримінального права; кафедра австрійського кримінального процесу; кафедра політичної економії; кафедра торговельного та вексельного права; кафедра статистики; кафедра фінансів; кафедра міжнародного права; кафедра адміністративного права; кафедра загального державного права; кафедра земельного права; кафедра судової медицини й психопатології. Наприкінці 1922 – на початку 1923 рр. на юридичному факультеті Українського таємного університету у Львові було утворено також дві нові кафедри: кафедру російського приватного права і кафедру фінансового права та бюджету<sup>27</sup>.

Професорсько-викладацький корпус Українського таємного університету у Львові, як і всіх класичних університетів того часу, складався з надзвичайних, звичайних і почесних професорів, доцентів та викладачів-лекторів. У 1921/1922 н. р. їхня кількість на юридичному факультеті становила 15 осіб. Загалом же за час існування Українського таємного університету у м. Львові на його юридичному факультеті викладали такі видатні українські правники, як С. Баран, В. Вергановський, М. Глушкевич, Є. Давидяк, В. Децикевич, І. Кміцикевич, Р. Ковшевич, М. Корчинський, І. Куровець, В. Лаба, М. Левицький, Ю. Лешій, О. Марітчак, О. Надрага, Я. Олесницький, В. Охримович, В. Рив'юк, М. Русин, П. Сосенко, С. Старосольський, М. Чубатий, Й. Шимонович, С. Шухевич. Студентами Українського таємного університету у Львові були здебільшого діти українських селян, робітників та інтелігенції. Вони, як і в інших тогочасних класичних університетах, поділялись на звичайних студентів і вільних слухачів. У 1921/1922 н. р. кількість студентів і вільних слухачів на юридичному факультеті Українського таємного університету у Львові становила 841 особу. Зважаючи на посилення репресій, які здійснював уряд Польщі проти Українського таємного університету у Львові, у 1924–1925 рр. кількість його студентів відчутно зменшилась<sup>28</sup>.

Тривалість навчання на юридичному факультеті Українського таємного університету у Львові становила чотири роки. Щоб вступити на юридичний факультет, абітурієнти повинні були подати заяву, свідоцтво про народження та атестат зрілості<sup>29</sup>.

Навчання в Українському таємному університеті у Львові ґрунтувалось на програмах зарубіжних вищих навчальних закладів, а його рівень був дуже високий<sup>30</sup>. Юридичний факультет Українського таємного університету у Львові не мав навчальних відділень. На ньому читали такі лекції: історія українського права; римське право; теорія та філософія права; західноєвропейське право; австрійське кримінальне право; австрійське приватне право; австрійське торговельне право; судова медицина; міжнародне право; конституційне право; адміністративне право; історія економічної політики; політична економія; статистика<sup>31</sup>. Зважаючи на те, що за навчання та викладання в Українському таємному університеті у Львові переслідувала польська поліція, його викладачі проводили лекції та практичні заняття в умовах конспірації<sup>32</sup>.

Для того, щоб уникнути репресій польської влади стосовно Українського таємного університету у Львові, його академічний сенат у листопаді 1922 р. звернувся зі скаргою до Ліги Націй у Женеві. Проте цей вчинок не дав жодних результатів. Після того, як 14 березня 1923 р. Рада послів Антанти визнала права Польщі на Галичину, становище галицьких українців надзвичайно погіршилось. Зважаючи на посилення репресивного тиску, у липні 1925 р. навчання в Українському таємному університеті у Львові припинилось<sup>33</sup>.

В. Мудрий, який досліджував діяльність Українського таємного університету у Львові, датував його існування 1921–1925 роками<sup>34</sup>. Натомість В. Качмар пише, що його останній ректор, юрист Є. Давидяк, обій-



мав посаду очільника цього вищого навчального закладу до 1927 р., оскільки так зазначав сам Є. Давидяк у своєму життєписі<sup>35</sup>.

Припинення у другій половині 1920-х рр. бойкоту Університету Яна Казимира у Львові сприяло зміцненню його дидактично-наукових позицій. У другій половині 1920-х – у 1930-х рр. Університет Яна Казимира у Львові перетворився на один із найпотужніших вищих навчальних закладів міжвоєнної Польщі. Зокрема, в останній повний навчальний рік перед встановленням на Західній Україні радянської влади, тобто у 1938/1939 н. р., тут існувало 104 кафедри, працювали 22 надзвичайні і 64 звичайні професори, 110 доцентів. На юридичному факультеті було 16 кафедр, викладало троє надзвичайних і вісім звичайних професорів<sup>36</sup>.

Львівський університет був одним із найбільших вищих навчальних закладів міжвоєнної Польщі й за кількістю студентів. Приміром, у 1919/1920 н. р. на його факультетах навчалось 2647 студентів, зокрема, на юридичному факультеті – 1032 особи, у 1921/1922 н. р., відповідно – 5185 та 2450, у 1924/1925 н. р. – 5788 та 1872, а в 1929/1930 н. р. – 6100 та 2314<sup>37</sup>.

Зазначимо, що в 1930-х рр. в Університеті Яна Казимира у Львові діяло чимало наукових студентських товариств, скажімо, на юридичному факультеті – історико-правниче (куратор П. Домбковський), економічне (куратор С. Грабський), товариство для справ Ліги Націй (куратор Т. Біго), єврейських слухачів права (куратор В. Осуховський)<sup>38</sup>.

У 1930-х рр. у Львівському університеті найбільше студентів навчалось саме на юридичному факультеті. Це було зумовлено тим, що під час світової економічної кризи 1929–1933 рр., через зростання масового безробіття (зокрема і в середовищі інтелігенції), чимало випускників гімназій розуміло, що здобуття фаху юриста є більшою гарантією отримання постійного заробітку<sup>39</sup>.

У 1926 р. в Університеті Яна Казимира у Львові, зокрема на його юридичному факультеті, запровадили магістерську систему. Для здобуття наступного звання – доктора права, потрібно було через два роки після отримання ступеня магістра подати дисертацію і скласти профільні іспити. Здобуття докторського ступеня називалось «промоція». Промоція докторів права відбувалась у присутності ректора та декана юридичного факультету. Після відповідних церемоній докторант отримував диплом доктора права<sup>40</sup>.

Здобуття ступеня доктора права не було гарантією одержання права викладати на юридичному факультеті Університету Яна Казимира у Львові. Для цього потрібно було пройти габілітацію, тобто стати доцентом. Звання доцента міг одержати лише доктор, який підготував, згідно зі встановленими вимогами, габілітаційну роботу – опубліковане переважно польською мовою дослідження. Як і в 1919 р., у першій половині 1920-х рр. наукову та навчальну роботу на юридичному факультеті Університету Яна Казимира у Львові здійснювали професори (звичайні та надзвичайні, почесні), доценти, викладачі й лектори. Допоміжними науковими кадрами були асистенти і демонстратори (заступники асистентів), зокрема асистенти-волонтери, які безоплатно працювали в наукових інститутах. Професор завідував кафедрою, читав курси лекцій, проводив практичні заняття, здійснював наукову роботу в наукових інститутах університету. Система наукових інститутів на юридичному факультеті Університету Яна Казимира у Львові у другій половині 1920-х – 1930-х рр. була надзвичайно розвинена. Наукові інститути очолювали директори, яким підпорядковувався допоміжний науковий персонал<sup>41</sup>.

Отже, як ми уже зазначали, юридичний факультет був найбільшим в Університеті Яна Казимира у Львові. На цьому факультеті працювала значна кількість професорів, відомих ще з австрійського періоду. Чимало викладачів юридичного факультету Університету Яна Казимира у Львові обіймали високі державні посади (депутати Сейму, Сенату, члени уряду Польщі). Свої наукові погляди вони часто вкладали в розробку правових кодексів<sup>42</sup>.

<sup>1</sup> ДАЛО. – Ф. 26. – Оп. 14. – Спр. 65. – Арк. 1–3; *Прутула Я.* Університет Яна Казимира у Львові... – С. 54–77.

<sup>2</sup> ДАЛО. – Ф. 26. – Оп. 14. – Спр. 63. – Арк. 3–10; Спр. 1012. – Арк. 2–22; Спр. 1754. – Арк. 5–12.

<sup>3</sup> UJK. Program wykładów w półroczu letniem roku akademickiego 1919/20. – Lwów, 1920. – S. 5–7; UJK. Skład Uniwersytetu w roku szkolnym 1920/21. – Lwów, 1921. – S. 4–7; UJK. Program wykładów w 1 i 2 trymestrze roku akademickiego 1920/21. – Lwów, 1920. – S. 5–8; UJK. Program wykładów w 1 i 2 trymestrze roku akademickiego 1921/22. – Lwów, 1921. – S. 6–9; UJK. Program wykładów w 3 trymestrze roku akademickiego 1921/22. – Lwów, 1922. – S. 5–9; UJK. Program wykładów w 1 i 2 trymestrze roku akademickiego 1922/23. – Lwów, 1922. – S. 7–9.

<sup>4</sup> *Качмар В.* Львівський національний університет імені Івана Франка... – С. 18–31.

<sup>5</sup> ДАЛО. – Ф. 26. – Оп. 14. – Спр. 65. – Арк. 2–5.

<sup>6</sup> ДАЛО. – Ф. 26. – Оп. 14. – Спр. 63. – Арк. 2–23; Спр. 1012. – Арк. 1–11; Спр. 1574. – Арк. 1–5; *Качмар В.* Львівський національний університет імені Івана Франка... – С. 19–34.

<sup>7</sup> *Прутула Я.* Вказана праця. – С. 61–70.

<sup>8</sup> Львівський університет... – С. 35–73.

<sup>9</sup> *Качмар В.* Вказана праця. – С. 16–33.

<sup>10</sup> *Прутула Я.* Вказана праця. – С. 58–67.

<sup>11</sup> *Draus J.* Uniwersytet Jana Kazimierza we Lwowie... – S. 21–90.

<sup>12</sup> *Прутула Я.* Вказана праця. – С. 58–72.

<sup>13</sup> UJK. Program wykładów w półroczu zimowem roku akademickiego 1919/20. – Lwów, 1919. – S. 5–7.

<sup>14</sup> UJK. Program wykładów w półroczu letniem roku akademickiego 1919/20. – Lwów, 1920. – S. 8–11.

<sup>15</sup> UJK. Program wykładów w 1 i 2 trymestrze roku akademickiego 1920/21. – Lwów, 1920. – S. 9–13.

<sup>16</sup> UJK. Program wykładów w 1 i 2 trymestrze roku akademickiego 1921/22. – Lwów, 1921. – S. 10–14.

- 17 UJK. Program wykładów w 3 trymestrze roku akademickiego 1921/22. – Lwów, 1922. – S. 10–18; UJK. Program wykładów w 1 i 2 trymestrze roku akademickiego 1922/23. – Lwów, 1922. – S. 9–16.
- 18 *Притула Я.* Вказана праця. – С. 59–69.
- 19 *Draus J.* Вказана праця. – С. 63–71.
- 20 *Головацький І.* Вища школа і державність... – С. 147–148.
- 21 *Головацький І.* Таємні українські вищі школи у Львові... – С. 296–297.
- 22 *Мудрий В.* Змагання за українські університети в Галичині... – С. 56–86.
- 23 *Притула Я.* Вказана праця. – С. 60–61.
- 24 Там само. – С. 61–67.
- 25 *Мудрий В.* Змагання за українські університети в Галичині... – С. 86–91.
- 26 *Качмар В.* Вказана праця. – С. 24–31.
- 27 *Мудрий В.* Змагання за українські університети в Галичині... – С. 91–99.
- 28 *Кислий В.* Українські високі школи у Львові і студентський рух у Західній Україні у першій половині ХХ ст. / В. Кислий. – Л., 1991. – С. 12–19.
- 29 *Мудрий В.* Змагання за українські університети в Галичині... – С. 99–103.
- 30 *Притула Я.* Вказана праця. – С. 63–69.
- 31 *Мудрий В.* Змагання за українські університети... – С. 104–109.
- 32 *Кислий В.* Вказана праця. – С. 20–25.
- 33 *Качмар В.* Вказана праця. – С. 25–43.
- 34 *Мудрий В.* Змагання за українські університети... – С. 110–113.
- 35 *Качмар В.* Давидяк Євген Васильович / В. Качмар // ЕЛУ. – Т. 1 : А–К. – С. 421.
- 36 *Draus J.* Вказана праця. – С. 22–54.
- 37 ДАЛО. – Ф. 26. – Оп. 14. – Спр. 590. – Арк. 1–7; *Притула Я.* Вказана праця. – С. 64–65.
- 38 *Draus J.* Вказана праця. – С. 49–60.
- 39 *Качмар В.* Львівський національний університет імені Івана Франка... – С. 26–31.
- 40 *Притула Я.* Вказана праця. – С. 66–67.
- 41 ДАЛО. – Ф. 26. – Оп. 14. – Спр. 63. – Арк. 3–11; Спр. 1012. – Арк. 13–23; Спр. 1754. – Арк. 12–19.
- 42 *Draus J.* Вказана праця. – С. 32–81.

#### Резюме

##### **Кахнич В. С. Деякі аспекти функціонування юридичного факультету в Львівському університеті (1920–1930-х рр.).**

У статті досліджено та проаналізовано деякі аспекти діяльності юридичного факультету Львівського університету з 1920-х по 1930 роки. Встановлено, що на початку 1920-х рр. Львівський університет носив назву Університету Яна Казимира і у його структурі було чотири факультети, одним з яких був юридичний факультет.

**Ключові слова:** кафедра, Український таємний університет, юридичний факультет, Львівський університет, Галичина.

#### Резюме

##### **Кахнич В. С. Некоторые аспекты функционирования юридического факультета во Львовском университете (1920–1930-х гг.).**

В статье исследованы и проанализированы некоторые аспекты деятельности юридического факультета Львовского университета с 1920-х по 1930 годы. Установлено, что в начале 1920-х гг. Львовский университет носил название Университета Яна Казимира и в его структуре было четыре факультета, одним из которых был юридический факультет.

**Ключевые слова:** кафедра, Украинский тайный университет, юридический факультет, Львовский университет, Галичина.

#### Summary

##### **Kakhnych V. Some aspects of Lviv University Law Faculty activity (1920-1930-ies).**

Some aspects of Lviv University Law Faculty activity from 1920 to 1930 is studied and analyzed in the paper. Established in the early 1920s Lviv University was named the University of Jan Kazimierz and had four faculties in its structure. One of them was law faculty.

**Key words:** department, Ukrainian Secrets of University, juridical faculty, University, Galicia.

**І. В. КОСТЕНКО**

*Ірина Валентинівна Костенко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент НТУУ «КПІ» ім. Ігоря Сікорського*

**РОЛЬ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ УКРАЇНИ У СТАНОВЛЕННІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ ОСВІТИ (XVI – XVIII СТ.)**

Нині Україна зробила ще один крок до Євроінтеграції – отримала безвізовий режим. Але далеко не всі в Україні і світі знають, що євроінтеграція України – це лише повернення нашої країни до спільного європейського цивілізаційного простору. Сьогодні ми зупинимось на питаннях діяльності конкретних навчальних закладів України та їх ролі в розвитку європейської освіти, процесі перенесення європейських традицій за посередництвом Празького та Краківського університетів в українські ВНЗ.

Як відомо, у наш час увага громадськості та науковців прикута до питання інтеграції університетської освіти, до вимог, які ставляться Європейським Союзом до рівня освіти країни учасниці Європейської співдружності, мобільності кадрів та трудових ресурсів на загальноєвропейському просторі.

Українські вищі навчальні заклади XVI – XVII ст. з їхніми багатими традиціями неодноразово досліджували українські, російські, німецькі, австрійські та польські автори – Л. М. Алексієвець, Т. О. Дороніна, В. Ф. Кметь, І. Є. Курляк, В. Л. Микитась, І. І. Огієнко, С. О. Подокшин, М. Д. Рогович, О. П. Удод, З. І. Хижняк, В. П. Чугайов, М. Csaky, F. Gall, H. von.Hentig, K. Michalewska, K. Morawska, S. Preglau-Hammerle, H. Zeissberg.

Торкались цього питання й сучасні українські науковці – історики, правники, філологи, такі як О. В. Єгорова, І. П. Задерейчук, В. М. Заруба, О. М. Каліщук, В. М. Качмар, Д. Ю. Коржов, Н. Ф. Мисак, О. С. Рубльов, Т. А. Стоян, З. І. Хижняк та інші.

Проте феномен європейського вектора розвитку університетської освіти в Україні розглядався ними поспіль або не аналізувався взагалі.

Основна **мета** цієї статті полягає у вивченні історичного досвіду української університетської освіти в європейському розумінні.

На нашу думку, виділення особливостей українського університетського досвіду стане можливим лише на підставі дослідження теоретичного підґрунтя даного питання, а саме після з'ясування того, що слід розуміти під поняттям «український університетський досвід» у європейському розумінні та виділення його особливостей.

Єдиний освітній простір існував у Європі ще у часи середньовіччя.

Витоки ідей Болонського процесу слід шукати в системі Середньовічного університету як загальноєвропейського освітнього простору. Єдність віри, церкви та світобачення середньовічної Європи, функціонування латинської мови як культурного діалекту, стабільність систем викладання в різних регіональних навчальних закладах, університетські цехи, загальноєвропейське визнання вчених ступенів перетворили Старий Світ на єдину державу школярів та науковців, державу без кордонів – політичних, соціальних, регіональних, національних, мовних, а її мешканців – на космополітів з правом та можливостями вільного пересування по усьому континентові *Rex Latina*.

Не слід уважати, що Україна на той час на мала досвіду університетської освіти в європейському розумінні. Ще до заснування Києво-Могилянської колегії значна кількість талановитих українців (русинів) навчалася в університетах Аррасу, Парижа, Болоньї, Праги тощо. В аудиторіях середньовічних університетів українська молодь з'явилася майже відразу після їх заснування. В університеті Сорбонни вже з 1357 р. зустрічаються українці – не лише студенти, а й доктори наук – Петро Кордован, студент Сорбонни 1369 р. *Johannes de Ruthenia* (Іван з Рутенії)<sup>1</sup>, останній отримав докторський ступінь у 1391 році. У XV ст. вищий науковий ступінь Сорбонни отримали «Бенедикт Сервінус рутенської нації» та «Іван Тинкевич рутенської нації з Києва». З XVI ст. в списках студентів неодноразово можна зустріти інформацію «з України», хоча націю і далі називають «рутенською». У Сорбонні вчився і Петро Могила. Багато українців вчилися і в англійських університетах. Так, Оксфорд закінчили діти українського шляхтича Немирича, а Кембридж – соратник Петра Могили Інокентій Гізель. Навчання українців за кордоном було настільки масовим, що спеціально для них при університетах відкривалися гуртожитки, наприклад, при університеті в Празі, закладеному королевою Ядвігою в 1397 році.

Проте, більшість українців навчалась у територіально близьких німецьких університетах – Гейдельберзькому (українські прізвища зустрічаються в списках студентів з 1386 р.), Лейпцігському (українці починають тут масово вчитися з середини XVI ст.), Гетингенському, Страсбурзькому, Грейфельдвальдському, Віттенберзькому. Тут здобув ґрунтовну освіту популярний в Європі письменник, публіцист і оратор Станіслав Оріховський, який жив у будинку Мартіна Лютера і вважався «рутенським Демосфеном». Багато студентів

навчалися в Угорщині, ще більше – у Відні, а Осип Федорович Звирака з Полтави у пошуках джерел науки потрапив до Шотландії і там в Університеті святого Андрія отримав ступінь доктора медичних наук. Багато хто закінчував по два і по три університети, і при цьому був незадоволений досягнутим. Ієромонах Купріян вчився в Падуї і Венеції, автор першої української граматики Іван Ужевич вчився в Кракові й Парижі, згодом в Аррасі, Олексій Сидорович удосконалював знання в Лейдені (Голландія), Страсбурзі та Парижі, Мелетій Смотрицький – у Лейпцигу, Віттенберзі, Нюрнберзі, Юрій Немирич – у Лейдені, Оксфорді й Парижі<sup>2</sup>.

Пізніше такі визначні українські вчені, як С. Тодорський, Г. Бужинський, В. Лашевський, Ф. Прокопович підтримували контакти з ученими зарубіжних країн, зокрема, університетів Галле і Кенігсберга, Берліна та Бранденбурга тощо. Міжнародні зв'язки українських учених сприяли збагаченню вітчизняної духовної культури й культури інших народів, передусім слов'янських, та встановленню і зміцненню дружніх відносин між ними.

Перші згадки про початкові церковні школи України відносяться до середини XVI ст., а навчальні заклади більш високого рівня – Острозька і Львівська *братські школи* – були створені в 70–80-х рр. XVI ст., пізніше виникли братські школи в інших містах. Важливою віхою в історії становлення православних духовних шкіл стало створення Ісаїєю Копинським у Києві в 1615 р. братської школи, яка після реформи, проведеної Петром (Могилою) в 1632 р., стала першою в Україні школою з систематичною освітою<sup>3</sup>. Згодом ця братська школа була перетворена на училище латинського типу і отримала назву колегії, хоча це була більше загальноосвітня, ніж спеціальна богословська школа (у Польщі в православних школах не дозволялося відкривати вищі богословські класи). Мовою навчання в Могилянській колегії була латина, а розпорядок шкільного життя, методи викладання, підручники були такими ж, як і в західних колегіях та академіях. Як і в колегіях єзуїтів, класи іменувалися *фара, інфима, граматика, синтаксима, пиштика, риторика, філософія*; богословський клас відкрився в другій половині XVII ст., після возз'єднання Лівобережної України з Росією. Серед перших ректорів колегії були відомі церковні діячі і духовні письменники Західної Русі: Інокентій Гизель, Лазар Баранович, Іоаннікій Галатовський. У 50-і рр. XVII ст. колегія прийшла в запускання, відновлена вона була в 70-х рр. при ректорі – архімандриті Варламі Ясинському, пізніше митрополиті Київському. Проте на початку XVII ст. рівень викладання в більшості братських училищ був значно нижчий, ніж у католицьких школах, із якими братські школи намагалися конкурувати. У результаті до середини XVII ст. недостатність православної шкільної освіти і необхідність її реформування стали очевидні.

Заснувавши школу в Острозі, захисник православ'я князь К. К. Острозький зробив першу в Україні спробу залучити на служіння православної вірі та церкві грецьку і латинську науку. Першим ректором школи був Данило Герасимович Смотрицький, а першими вчителями – «грецькі дидакалі» (тобто *вчителі*), за якими К. К. Острозький посилав до Патріарха Константинопольського вже після заснування училища. Окрім найжджких греків, К. К. Острозький міг наймати вчителів з греків, що жили в Острозі і населяли там цілу вулицю. Тут спочатку викладалися слов'янська і грецька мови, а потім почали вивчати й латинь. Занепад колегії, а згодом і її ліквідація, виявилися результатом діяльності єзуїтів.

Із Києво-Могилянської академією, яка заклала основи вищої освіти в нашій країні, пов'язаний надзвичайно важливий етап у розвитку освіти, науки, філософії, образотворчого мистецтва у формуванні світогляду українського народу<sup>4</sup>. Поширення Академією освіти, ідей гуманізму і просвітництва сприяло загальному суспільному прогресові, вихованню в народі почуття людяності, національної гідності, духовності й поваги до інших народів, їх культури, історії<sup>5</sup>. Починаючи з XVI ст. (а в XVII ст. це стало просто звичним) українці їздять навчатися за кордон, а іноземні громадяни приїждять в Україну. Із київських професорів за кордоном навчалися Феофан Прокопович, Касіян Сакович, Ігнатій Старушич, Інокентій Гизель, Тарасій Земка, Сильвестр Косов, Петро Могила та багато інших. Училися українці в університетах Падуанському, Лондонському, Лейденському, Геттінгентському, Віденському, Паризькому та ін. Західний вплив, як зазначають дослідники, відбився на всьому суспільному житті України: це й магдебурзьке право, і цехи, і архітектура, малярство, церковні справи, освіта<sup>6</sup>. Разом із тим у Києво-Могилянській академії навчалось багато вихідців зі Східної Європи: сербів, болгар, чехів, словаків, румунів. Училися в академії багато росіян, зокрема, Михайло Ломоносов. У 1698 р. цар Петро наказав патріархові: «Священники у нас славятся, грамоты мало умеют... и для того в обучение хотя бы послать 10 человек в Киев в школы». У 1736 р. в академії навчалось 127 іноземних студентів, в 1737 р. – 122, а в 1790 р. – 47. «Значення академії було незмірним, бо вона пробуджувала культурні й наукові поривання. Такою вона була в XVII віці, такою ж осталась й в віці XVIII-му, коли вона притягувала до себе всіх, хто шукав науки», – писав про академію І. Огієнко<sup>7</sup>. За її зразком створювалися середні навчальні заклади – колегіуми (колегії) – у Переяславі, Харкові, Чернігові. Були відкриті школи також і на закарпатських землях – *Студіум рутенум* при німецькомовному Львівському університеті, семінарії й колегії в Тернополі, Ужгороді тощо. Діяли й монастирські школи, що також закладали підвалини для розповсюдження освіти та створення згодом вищих навчальних закладів<sup>8</sup>.

Свій правовий статус заклад підтримував, втілюючи ряд вимог до вищої освіти, що традиційно складалася на Заході (адміністративний устрій, організація, зміст, форми та методи навчання). Увесь час свого існування Академія залишалася вищим навчальним закладом європейського рівня. Ця зорієнтованість вітчизняної освіти на кращі досягнення європейської цивілізації була започаткована ще братськими школами та отримала подальший розвиток і найбільше втілення в практичній діяльності закладу. Однією з них була вимога відносно автономного від владних структур академічного функціонування, тобто правильного адміністративного устрою. Київська братська школа після реформування її Петром Могилою стала «копією західних



колегій», тобто ввела вивчення латини, «семи вільних мистецтв», застосувала ту ж організаційну систему та поділ на класи, запозичила західну методику навчання (диспути) та цілу низку виховних прийомів (конгрегації, рекреації, шкільні вистави тощо)<sup>9</sup>.

Водночас Києво-Могилянська академія добре розуміла необхідність вивчення досягнень європейської науки й освіти, тому посилала своїх вихованців удосконалювати освіту в закордонних університетах, де вони й отримували своє місце в науковій ієрархії. Повертаючись із західноєвропейськими титулами докторів та магістрів, вони несли до академії новітні погляди й знання, які втілювали в навчально-виховному процесі. Усе це сприяло досягненню школою-колегією, згодом академією свого статусу вищого навчального закладу європейського рівня.

У 1701 р. Києво-Могилянська колегія отримала статус академії. За її зразком у XVIII ст. створювалися семінарії в малоруських, білоруських і великоруських кафедральних містах, оскільки Київська академія стояла тоді на найвищому науковому і освітньому рівні серед духовних шкіл Російської імперії. З числа її випускників заповнювався російський єпископат, учені київські ченці призначалися архімандритами великих монастирів, ректорами семінарій. У Києві здобули освіту святителі Феодосій Чернігівський, Дімітрій Ростовський, Іоанн Максимович, Інокентій Кульчицький і Софроній Кристальовський, Іоасаф Горленко, Стефан Яворський, митрополити Арсеній Мацеєвич і Павло Конюськевич, архієпископи Феофілакт Лопатинський і Феофан Прокопович.

Хоча й Києво-Могилянська і, більшою мірою, Слов'яно-греко-латинська академії внесли певний вклад у становлення університетської освіти в Україну та Росії, оскільки в їхніх стінах починали вчитися багато майбутніх студентів і професорів Московського університету, проте вони не стали основою для майбутнього розвитку університетської освіти в Україні та Росії<sup>10</sup>. І тут спостерігаємо переривання суто західноєвропейської традиції, її деформацію за політичними державницькими мотивами<sup>11</sup>.

Університети, у свою чергу, стали перетворюватися з автономних інтелектуально-схоластичних корпорацій на державні навчальні заклади з певним суверенітетом, який контролювався суддею, призначеним імператором.

Єдиними вищими навчальними закладами на теренах Австро-Угорщини, де працювали українські професори і доценти, були Львівський університет і Політехнічна школа (через 114 років – Чернівецький університет). Якщо в першому українці мали змогу викладати рідною мовою, то в Політехніці вони навчалися лише польською, а Чернівецький університет був німецькомовним.

Таким чином, українські вищі навчальні заклади почали засновуватися наприкінці XVI ст., виростаючи зі шкільних братств, спочатку Острозька академія (постала з Острозького братства в період ректорства Данила Смотрицького 1576 р.) та Києво-Могилянська колегія/академія (1615/1632 рр.), пізніше – Львівський університет (виник з Львівської єзуїтської колегії після видання диплому Яна II Казимира 1661 р.). Ректорат Острозької академії запрошував викладачів зі ступенями спочатку від Патріарха Константинопольського, а згодом – з Ватикану, оскільки в самій академії був відсутній курс богослов'я. У Києво-Могилянській академії віддавали перевагу власним випускникам, які після стажування за кордоном, у західноєвропейських університетах, поверталися вже зі ступенями й отримували в рідному ВНЗ посади професорів та викладачів.

<sup>1</sup> Нудьга Г. А. На літературних шляхах / Г. А. Нудьга. – К.: Джерело, 1990. – С. 196–197; Микитась В. Давньоукраїнські студенти і професори / В. Микитась. – К.: Абрис, 1994. – С. 37.

<sup>2</sup> Borycz H. Historia uniwersytetu Jagellonskiego w epoce humanizmu / H. Borycz. – Krakow: PWN, 1935.

<sup>3</sup> Подокшин С. До джерел вищої освіти / С. Подокшин, М. Рогович // Від Вишеського до Сковороди. – К.: Наукова думка, 1972. – С. 45.

<sup>4</sup> Алексієвець Л. М. Києво-Могилянська академія у суспільному житті України і зарубіжних країн (XVII – XVIII) / Л. М. Алексієвець. – Збруч, 1999. – 264 с.

<sup>5</sup> Хижняк З. І. Києво-Могилянська академія. Історичний нарис / З. І. Хижняк. – К., 1994.

<sup>6</sup> Поэзия вагантов // Издание подготовил М. Л. Гаспаров. – М.: Наука, 1975. – С. 446.

<sup>7</sup> Огієнко І. Історія української літературної мови / І. Огієнко. – К., 1995.

<sup>8</sup> Микитась В. Вказана праця. – С. 5.

<sup>9</sup> Дороніна Т. О. Головні принципи дії адміністративного складу Києво-Могилянської академії / Т. О. Дороніна // Теоретичні питання освіти та виховання. – К., 1995. – Вип. 4. – С. 45–49.

<sup>10</sup> Маголій П. Національна культура і університетські кафедри / П. Маголій. – Торонто, 1980.

<sup>11</sup> Єгоров І. Ю. Наука в Україні – стан та проблеми розвитку / І. Ю. Єгоров. – К., 2004.

### Резюме

**Костенко І. В. Роль навчальних закладів України у становленні європейських стандартів освіти (XVI–XVIII ст.).**

У статі проаналізовано передумови становлення та розвитку українських університетів. Значну увагу зосереджено на характеристичні діяльності *братських шкіл* – Острозької академії, Львівського університету, Києво-Могилянської академії. Зроблено висновок, що освіта, яку тут здобували, дійсно була академічною. Ґрунтовні та всебічні знання, які в них надавались, відкривали вихованцям можливість здобути значних успіхів у різних галузях суспільного життя, припускала можливість продовження освіти за кордоном.

**Ключові слова:** середньовічний університет, факультет, освіта, навчальний процес, болонський процес, загальноєвропейський культурний процес.

Резюме

**Костенко И. В.** Роль образовательных учреждений Украины в формировании европейских стандартов образования (XVI–XVIII ст.).

В статье проанализированы предпосылки становления в Украине университетов. Значительное внимание уделяется характеристике деятельности братских школ – Острожской академии, Львовского университета, Киево-Могилянской академии. Сделан вывод, что образование, которое давали в украинских университетах, было академичным. Всесторонние знания, полученные в этих учебных заведениях, давали возможность выпускникам достичь успехов в различных сферах общественной жизни, продолжать образование в других странах.

**Ключевые слова:** средневековый университет, факультет, образование, учебный процесс, болонский процесс, общеевропейский культурный процесс.

Summary

**Kostenko I.** The role of educational institutions of Ukraine in building European standards of education (XVI–XVIII cent.).

In the article the preconditions of establishment of universities in Ukraine are analyzed. Considerable attention is paid to the characteristics of activity of brotherhood schools – Ostrozhska academy, Lviv University, Kyiv-Mohyla academy. A conclusion is made that education which was given at Ukrainian universities was academical. Comprehensive knowledge, acquired at these educational institutions, gave the graduates an opportunity to reach success in different spheres of social life, to continue their education in other countries.

**Key words:** middle-age University, faculty, education, studying process, bologna process, pan-European cultural process.

УДК 347.921:347.15/17

**А. В. ТИТКО**

*Анна Василівна Титко, кандидат юридичних наук, науковий співробітник Національної академії внутрішніх справ*

**КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ «ДИФАМАЦІЇ»  
В ЗАГАЛЬНІЙ ДОКТРИНІ ПРАВА**

*«Інформація й увага стають у наш час найважливішими факторами в цивілізації «третьої хвилі».*

*А. Тоффлер*

У демократичному суспільстві завжди відбувається постійне циркулювання інформації, яка в усі часи відігравала роль потужного інструменту маніпулювання масами та створення комфортної ідеологічної основи для правлячих режимів. Слово – це важлива та досить дієва зброя в епоху постійних інформаційних війн, що скеровує потрібні настрої та формує платформу для зосередження сил тієї чи іншої політичної сторони в заданому напрямі.

Завдяки влучній сентенції та вдалим заявам можна як швидко сформулювати потрібний імідж, так і зруйнувати його. Тому саме використання такого засобу впливу на маси використовують найчастіше й публічні особи, які розпочинають інформаційну війну проти своїх опонентів.

Як говорить народне прислів'я: «Слово – не стріла, а ранить», тому і є найбільшійою та дискредитуючою зброєю, що допомагає в досягненні необхідних цілей. Так, можна почути на телебаченні та прочитати про постійні політичні звинувачення в корупції публічних осіб або таврування «невигідних» осіб злочинцями. Вислови щодо розкрадання бюджету також уже давно стали найпопулярнішими сленгами серед очільників держави. І цей список є не повним, оскільки таких прецедентів безліч. Найважливіше те, що ніби в умовах європеїзації та поступального руху в напрямі побудови утопічних гараздів відповідальність за такі сентенції в українському законодавстві не визначена. Натомість у закордонній практиці можна знайти чимало прикладів притягнення до відповідальності за такого роду зневажливе ставлення.

Зважаючи на підвищену увагу до теми поваги репутації та збереження позитивного іміджу публічних осіб серед населення, вважаємо за доцільне розглянути таку правову категорію, як «дифамація». Саме це поняття уже достатньо закріпилося в законодавстві багатьох країн Європи, а також держав-учасниць СНД, проте в Україні на сьогодні немає однозначного підходу до тлумачення цього визначення та його поширення як наукового терміна.

Положення щодо захисту прав та свобод інтересів особи, а також ділової репутації закріплено в кримінальних кодексах і цивільних кодексах або положеннях законодавства про цивільні правопорушення. Це свідчення того, що ці інтереси знаходяться під цивільно-правовим захистом, у результаті чого можна відшкодувати грошові збитки. Отже, відповідальність за дифамацію змінюється від кримінального переслідування до цивільно-правової відповідальності.

Питанням оціночних суджень та дифамації займалися С. Алексєєв, М. Бару, С. Вільнянський, В. Жеребкін, Т. Кашаніна, Т. Коломосць, В. Косович, Р. Нігмадтінов, А. Огороднік, І. Турчин-Кукаріна, А. Черданцев та ін.

**Мета статті** полягає в розкритті доктринальних підходів до визначення поняття «дифамації». Крім того, здійснюється спроба аналізу правового змісту, особливостей цього поняття в міжнародній практиці та дослідження вітчизняного досвіду захисту честі, гідності й ділової репутації особи.

Під поняттям «дифамації» (лат. *diffamatio* – обмова, ганьблення) традиційно розуміють публічне поширення дійсних або вигаданих відомостей, які принижують честь, гідність і ділову репутацію громадянина чи організації, зганьблення у пресі з метою вплинути на виконання ними своїх обов'язків<sup>1</sup>.

Дифамація також розглядається як специфічний вид делікту, об'єктом якого, як правило, виступає особа, наділена політичними або посадовими повноваженнями, та який завдає шкоди одночасно і особистості, і відповідному політичному чи державному інституту. Однак у вітчизняній правовій системі інститут дифамації не регламентований жодним нормативним актом. Вітчизняне законодавство не містить поняття «дифамація». Аналогами в українській мові можна вважати такі поняття, як «наклеп» і «образа». Ці терміни на сьогодні в законодавстві практично не застосовуються. Вони були регламентовані у ст. 47-1 Закону України «Про інформацію» 1992 року<sup>2</sup>.

Так, А. А. Смірнова визначає дифамацію як порушення честі, гідності, репутації, доброго імені, а в окремих випадках – особистої і (або) сімейної таємниці особи шляхом поширення наклепів, що мають фактично персональний характер. Особливістю в цьому підході є те, що хибність поширюваних відомостей не розглядається як обов'язковий елемент дифамації, оскільки остання може проявлятися як у поширенні неправдивих (у тому числі завідомо неправдивих) відомостей, так і в оголошенні правдивої інформації, що може належати до особистої чи сімейної таємниці<sup>3</sup>.

Відповідно до тлумачення *Business English Dictionary* під дифамацією розуміють вислови помилкової, зневажливої заяви, висловленої публічно або приватно стосовно людини, її ділової практики, характеру, фінансового становища, моралі або репутації<sup>4</sup>.

Як правило, виділяють усний та письмовий наклеп. Усні заяви є обмовою, а друковані або опубліковані сприймають як наклеп. Останній наявний за умови, коли твердження не є очевидним, таким, що дискредитує, має наклепницький зміст, а інші особи за цих умов вбачають під цим прямий зв'язок щодо потерплого.

До основних ознак дифамації належить:

- заява усного (образа) чи письмового (наклеп) характеру;
- об'єкт впливу – фізична чи юридична особа;
- висловлювання стосуються особи, її ділової репутації, честі й гідності, моралі та ін.;
- заява містить відомості достовірного або недостовірного характеру.

У вітчизняній літературі виділяється три основні підходи до тлумачення поняття «наклеп», що визначають його як: 1) поширення завідомо неправдивих ганебних відомостей; 2) поширення компрометуючих, у тому числі правдивих, відомостей; 3) поширення правдивих компрометуючих відомостей<sup>5</sup>.

На думку р. Габдуліна, під дифамацією розуміють поширення компрометуючих відомостей стосовно фізичних або юридичних осіб. Також він зауважує, що під дифамацією ще й вбачають поширення правдивих відомостей, які ганьблять особу, але водночас це поняття протиставляється наклепу і не передбачає настання кримінальної відповідальності<sup>6</sup>.

Дифамація є заявою, що посягає на репутацію третьої сторони. Поняття дифамації може включати такі види: письмовий та усний наклеп.

Якщо особа має намір виграти дифамаційний спір, то ініціатор повинен довести наявність чотирьох речей:

- 1) фальсифікована заява, що претендує бути визнаною фактом;
- 2) публікація або передача цієї заяви до третьої особи;
- 3) вина, що прирівнюється до недбалості;
- 4) шкода або збитки, завдані фізичній або юридичній особі, які виступають об'єктами заяви.

У дифамаційній справі В. Девіс проти Бойхема суд встановив, що при задоволенні дифамаційної вимоги увага передусім звертається на «розумну обґрунтованість наклепницької заяви в контексті конотації».

Звертаючись до тлумачного словника української мови, дефініцію «конотація» пояснюють як «оцінне, емоційне або стилістичне забарвлення мовної одиниці, яке має узуальний або okazіональний (індивідуальний, зумовлений специфічним контекстом) характер»<sup>7</sup>. Отже, логічним є зауваження про те, що оціночне поняття має пересічний характер та суміжні особливості з дифамацією, а це свідчить про готовність законодавства України до виокремлення й створення окремого інституту права.

Існує певна відмінність у вирішенні дифамаційних спорів. Так, якщо американське право надає авторам дифамаційних публікацій про публічні фігури широкий захист у разі, якщо наклеп або образа були ненавмисними, то право Англії такої привілеї не декларує. Тому будь-яке відносно критичне зауваження на адресу конкретного індивіда може негайно привести до судового позову або до листа з попередженням чи вимогою про спростування висловленого<sup>8</sup>.

Відповідно до першого підходу, запропонованого А. М. Ерделевським, родові поняття «дифамація» охоплює будь-яке поширення відомостей, що ганьблять іншу особу<sup>9</sup>. Залежно від відповідності розповсюджуваних відомостей дійсності й суб'єктивного відношення розповсюджувача до своїх дій можна виділити наступні її види:

а) поширення завідомо неправдивих ганебних відомостей – умисна недостовірна дифамація або наклеп;

б) ненавмисне поширення неправдивих ганебних відомостей – ненавмисна недостовірна дифамація;

в) поширення правдивих компрометуючих відомостей – достовірна дифамація.

Більшість вчених, які досліджують проблеми поширення дифамації, мають спільне бачення щодо основних ознак, якими наділена остання. До таких належить умисне чи неумисне поширення інформації; правдивий або неправдивий їх характер; повідомлення особисто дифаматором або через засоби масової інформації.

Вдалим є визначення Д. Саймонса, який у своїй праці зазначив, що твердження про будь-який факт може вважатись дифамацією лише за умови, якщо воно неправдиве та оперує фактичними даними, а також є шкідливим, завдає збитків репутації конкретної особи. Тобто, це означає, що заперечуване твердження було прочитане, почуте або побачене іншими особами<sup>10</sup>.

Таким чином, у країнах загального права до дифамаційних відносять відомості, які є одночасно як правдивими, так і неправдивими і такими, що порочать особу.

У своїй роботі р. Вандерет зазначав: «Дифамація – це ствердження, яке є неправдивим і не захищене привілеями, порочить репутацію людини, спонукаючи інших людей обговорювати чи ненавидіти її або завдає шкоди бізнесу цієї людини»<sup>11</sup>.

При цьому А. М. Ерделевський вважає, що протиставлення дифамації наклепу як дії, що не передбачає настання кримінальної відповідальності, не виправдано звужує зміст цього терміна.

Зважаючи на вищевикладене, дотримуємось думки про те, що дифамація не може прирівнюватися до наклепу як до рівнозначного поняття, охоплюючи собою право на захист інформації та спростування недостовірних відомостей.

Першоджерело захисту права на інформацію знаходимо в міжнародній практиці, зокрема в Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (далі – МПГПП).

Так, ст. 19 МПГПП зберегла загальне право кожного безперешкодно дотримуватися своїх думок, право шукати, отримувати і поширювати різного роду інформацію та ідеї в будь-якій формі.

Користування таким правом повинно бути обмежено шляхом накладення особливих обов'язків та відповідальності, що знаходить своє вираження через певні обмеження:

1) через повагу прав та репутації інших осіб;

2) для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення.

Однак таке обмеження повинно бути зафіксовано в національному праві та бути необхідним для поваги прав і репутації інших осіб; для охорони державної безпеки, загального порядку, здоров'я чи моралі.

У багатьох країнах світу поширена відповідальність за дифамацію, зокрема в Кримінальних кодексах Австрії (ст. 111), Бельгії (гл. V), Італії (ст. 595), Португалії (ст. 180), Хорватії (ст.ст. 199, 1992, 2001, 2002), Фінляндії (гл. 24, ст.ст. 9, 10), Данії (ст. 267), Норвегії (гл. 23, ст.ст. 246, 247, 248), Бразилії (ст. 139) та ін.<sup>12</sup>

Найбільш поширеним є дифамаційне право як інститут у США, де особа притягається до відповідальності за дифамацію у виді компенсації завданої шкоди. Залежно від того, відшкодування яких саме збитків вимагає позивач, суд може застосовувати різні правові принципи. Законодавство США визначає дві форми збитків: компенсаційні (відшкодування збитків), які присуджуються за реально понесений збиток (моральний, який має конкретне вираження – наприклад, втрата працездатності внаслідок стресу, судові витрати тощо) і штрафні санкції, що призначаються з метою покарання правопорушника, і застерігає його від майбутніх правопорушень.

У вітчизняній практиці дифамації як юридичного терміна сьогодні не існує, проте однаковим за правовим змістом є положення постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27 лютого 2009 р. № 1, де в п. 15 при розгляді справ зазначеної категорії підставою для задоволення позову, є сукупність таких обставин: поширення інформації, тобто доведення її до відома хоча б одній особі в будь-який спосіб; поширена інформація стосується певної фізичної чи юридичної особи, тобто позивача; поширення недостовірної інформації, тобто такої, яка не відповідає дійсності; поширення інформації, що порушує особисті немайнові права, тобто або завдає шкоди відповідним особистим немайновим благам, або перешкоджає особі повно і своєчасно здійснювати своє особисте немайнове право<sup>13</sup>.

Фактично у викладеному змісті відображені складові дифамації, зокрема наявність факту поширення недостовірної інформації; причинно-наслідковий зв'язок між розголошенням такої інформації та завданою шкодою; має характер публічного поширення. Зважаючи на практику використання цього правового механізму, варто сказати про законодавчу необхідність регламентації цього поняття для зменшення ризику порушення конституційного права на свободу слова.

Законодавець закріплює норму ст. 34 Конституції України, де чітко зазначає, що «кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір».

Водночас існують певні обмеження, які повинні забезпечити трансформацію права однієї особи в порушення права іншої, як зазначалося уже вище, такі обмеження закріплені в міжнародних актах. У вітчизняному законодавстві цей механізм здійснюється в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення,



для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя.

Існує великий міжнародний досвід застосування практики притягнення до відповідальності за дифамацію. Різниця тільки в суспільній шкідливості, яка є наслідком поширення заяв із дискредитуючим змістом, у зв'язку з чим настає адміністративна, цивільна та кримінальна відповідальність.

Таким чином, можна говорити про закріплення в нормативно-правових актах витоків дифамаційного права попри відсутність консолідованого підходу до створення нового інституту права. Поширеність у суспільстві практики розповсюдження недостовірної інформації, яка дискредитує особу в очах громадськості, знижує політичні рейтинги, якщо ми говоримо про публічну особу, та змушує переступати через норми моралі і права, руйнуючи підвалини демократичної й правової держави. А, отже, ця проблема стосується не тільки окремого індивіда, а й розвитку всього суспільства в цілому, як запоруки формування нової еліти.

<sup>1</sup> Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Українська енциклопедія, 1998. – Т. 1: А–Г. – 672 с.

<sup>2</sup> Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. // База даних «Законодавство України» : [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2657-12>

<sup>3</sup> Смирнова А. А. Диффамация как злоупотребление свободой слова и информации (конституционно-правовой аспект) / А. А. Смирнова // Конституционное и муниципальное право. – 2007. – № 9. – С. 7–9.

<sup>4</sup> Business English Dictionary : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.businessdictionary.com/definition/defamation.html>

<sup>5</sup> Каменева З. В. Диффамация и ее признаки / З. В. Каменева // Адвокат. – 2014. – № 7.

<sup>6</sup> Габдулин Р. Уголовная ответственность за клевету – блажь или... / Р. Габдулин : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.proza.ru/2012/07/17/58>

<sup>7</sup> Проблемы ответственности за диффамацию: зарубежный опыт и международные стандарты : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.hrighs.ru/text/b25/Chapter34.htm>

<sup>8</sup> Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда в России и за рубежом / А. М. Эрделевский. – М. : ФОРУМ; ИНФРА-М, 1997. – 240 с.

<sup>9</sup> Стисло про дифамацію: Основні концепції законодавства про захист репутації. – 2008 // Медіа-бібліотека : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.media.parliament.org.ua/uploads/docs/Defamation\\_1.pdf](http://www.media.parliament.org.ua/uploads/docs/Defamation_1.pdf)

<sup>10</sup> Луспенник Д. Д. Інститут дифамації і українське законодавство щодо захисту честі, гідності та ділової репутації / Д. Д. Луспенник // Право України. – 2006. – № 2. – С. 62–65.

<sup>11</sup> Кузьмін Р. Дифамація як засіб незаконного впливу на суд і слідство в кримінальному процесі України / Р. Кузьмін // Закон і бізнес. – 2013. – № 11.

<sup>12</sup> Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда в России и за рубежом / А. М. Эрделевский. – М. : ФОРУМ; ИНФРА-М, 1997. – 240 с.

<sup>13</sup> Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи : постанова Пленуму Верховного Суду України від 27 лютого 2009 р. № 1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v\\_001700-09](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09)

### Резюме

**Тутко А. В. Концептуальні підходи до визначення «дифамації» в загальній доктрині права.**

У статті автором зроблено спробу дослідження питання дифамації в контексті можливості запровадження цього інституту в Україні на основі аналізу розвитку закордонних тенденцій цієї галузі права.

**Ключові слова:** дифамація, недостовірні відомості, інформація, наклеп, образа, ділова репутація.

### Резюме

**Тутко А. В. Концептуальные подходы к определению «диффамации» в общей доктрине права.**

В статье автором предпринята попытка исследовать вопрос диффамации в контексте возможности введения этого института в Украине на основе анализа развития зарубежных тенденций этой отрасли права.

**Ключевые слова:** диффамация, недостоверные сведения, информация, клевета, оскорбление, деловая репутация.

### Summary

**Tutko A. Conceptual approaches to the definition of “defamation” in the common law doctrine**

In the article the author made an attempt to study the question of defamation in the context of the establishing this institution in Ukraine based on the analysis of trends in this sector of foreign law.

**Key words:** defamation, false information, information, slander, insult, business reputation.

**Д. В. ГОНЧАР**

*Денис Васильович Гончар, аспірант Інституту  
держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

**МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ  
ТА ЇХ ВПЛИВ НА НАЦІОНАЛЬНИЙ ПРАВОПОРЯДОК**

На міжнародному рівні вироблено низку стандартів надання безоплатної правової допомоги, модель якої держави прагнуть втілити в національних правових системах. Проте, не зважаючи на досить широке вживання терміна «стандарти прав людини», до цього часу не вироблено єдиного визначення і ознак стандарту як правового явища. Так, П. Рабінович, аналізуючи міжнародні стандарти прав людини, дає наступне визначення: «міжнародні стандарти прав людини – це закріплені у міжнародних актах і документах, текстуально уніфіковані й функціонально універсальні (для певних міжнародних об'єднань держав) принципи та норми, які за посередництвом вельми абстрактних, здебільшого оціночних, терміно-понять фіксують мінімально необхідний або бажаний зміст і/чи обсяг прав людини, зумовлювані досягнутим рівнем соціального розвитку та його динамікою, а також встановлюють позитивні обов'язки держав щодо їх забезпечення, охорони й захисту та передбачають за їх порушення санкції юридичного чи політичного характеру<sup>1</sup>. Такої ж думки дотримується і Т. Дудаш<sup>2</sup>.

Звісно, стандарти прав людини є комплексною категорією, яка відображає мінімальний набір прав і свобод людини, а також особливостей їх реалізації, що є орієнтиром для держав у правотворчості й правозастосуванні. Так, міжнародні стандарти прав людини виводяться зі змісту міжнародно-правових актів, відображають у собі загальнолюдські цінності, як правило, не мають обов'язкової юридичної сили, але водночас значущі в контексті визнання їх на міжнародному рівні більшістю держав світу. З таких позицій хибним є віднесення до стандартів правових норм і юридичних фактів, а тим більше – нормативно-правових документів, оскільки «стандарти прав людини» лише отримують в них своє відображення. Більш того, будучи вираженими на міжнародному рівні в найбільш загальному вигляді, стандарти в тій чи іншій галузі можуть бути по-різному реалізовані державою. Теоретично є неможливою ситуація, коли будь-яке з положень, що входить до «стандарту», формально закріплене, але на практиці не застосоване, відповідно, й не визнане державами.

Не вдаючись до дискусії щодо поняття «міжнародний стандарт прав людини», зазначимо, що в даній статті при аналізі правової допомоги будуть розглядатися міжнародні документи, які встановлюють правила надання безоплатної правової допомоги і є обов'язковими для застосування в Україні.

Зазначимо, що більшість міжнародно-правових документів, в яких згадується безоплатна правова допомога, обмежуються констатацією необхідності надання такої допомоги в певних випадках. Зокрема, ст. 2 Конвенції СНД про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах свідчить про те, що громадяни кожної з договірних сторін та інші особи, які проживають на її території, користуються безоплатною правовою допомогою на територіях інших договірних сторін на тих самих умовах, що й громадяни<sup>3</sup>. Положення аналогічного характеру включено в ряд двосторонніх договорів України з іншими країнами.

Конвенція з питань цивільного процесу, укладена в Гаазі в 1954 р., також містить положення про надання безоплатної правової допомоги громадянам країн-учасниць на тих умовах, що й громадянам, а також конкретизує процедуру перевірки потреби особи в безоплатній правовій допомозі<sup>4</sup>. Основні принципи, прийняті восьмим Конгресом ООН, що стосуються ролі юристів, акцентують увагу на необхідності забезпечити наявність достатніх фінансових та інших засобів для надання юридичних послуг бідним і, в разі необхідності, іншим особам, які перебувають у скрутному матеріальному становищі. У рамках Ради Європи діють рекомендаційні документи, які регламентують окремі аспекти правової допомоги. Наприклад, Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи № R (93) 1 «Про ефективний доступ до права і правосуддя малозабезпечених верств населення» закликає сприяти ефективному доступу найбідніших верств населення до судів, особливо шляхом ... надання юридичної або будь-яких інших форм допомоги у всіх судових інстанціях (цивільних, кримінальних)<sup>5</sup>.

Найбільш повне розкриття природи права на безоплатну правову допомогу отримало в рішеннях Європейського суду з прав людини. Проте, незважаючи на те, що Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод не згадує право на отримання безоплатної правової допомоги, це право виводиться зі змісту права на справедливий судовий розгляд у контексті концепції доступності правосуддя (ст. 6 Конвенції). Щодо випадків, коли держава зобов'язується надати безоплатну правову допомогу, Європейським судом з прав людини було виведено кілька критеріїв, які повинні при цьому враховуватися: 1) потенційні наслідки вирішення правового питання, з якими зіткнеться заявник; 2) складність правового питання або процедури його розгляду, особливо в тих випадках, коли представництво в суді є обов'язковим відповідно до закону;

3) можливість заявника ефективно представити свою справу в суді; 4) перспективи виграшу справи в судовому порядку. При цьому в якості основної ідеї висувалася ідея рівності засобів і можливостей між сторонами. З цих підстав Європейський суд з прав людини зазначив, що надання безоплатної правової допомоги, виходячи з фінансової ситуації заявника та перспектив «виграшу» справи, не порушує права людини на справедливий судовий розгляд. Більш того, було зазначено, що не є обов'язком держави використовувати певні засоби на забезпечення абсолютної рівності між особою, яка отримує допомогу, і протилежною стороною. Навпаки, необхідно, щоб кожна сторона була наділена розумною можливістю представляти свою справу за умови, що це не поставить її у невідгідне становище щодо протилежної сторони. При цьому рішення про надання безоплатної правової допомоги не повинно бути довільним або упередженим. Відмова в наданні допомоги не є довільною, якщо діюча схема надання такої допомоги встановлює реальні гарантії цього права (справа *Del Sol v. France*)<sup>6</sup>.

Так, Європейський суд з прав людини дійшов висновку, що французька модель забезпечує реальні гарантії проти необгрунтованої відмови в наданні безоплатної правової допомоги. Органи, відповідальні за вирішення питання про надання правової допомоги, повинні своєчасно повідомляти про своє рішення заявнику. В одній із справ, яка стосується сфери кримінального судочинства, Європейський суд з прав людини зазначив, що хоча ст. 6 Конвенції не застосовується до рішень щодо заяв про надання правової допомоги, недоліки у визначенні права на отримання такої допомоги можуть викликати проблеми, пов'язані з доступністю правосуддя. Так, у справі *Tabog v. Poland* заявнику було відмовлено в наданні безоплатної правової допомоги при зверненні до суду касаційної інстанції. Європейський суд з прав людини знайшов порушення ч. 1 ст. 6 Конвенції в тому, що національний суд не повідомив причини відмови, і в цьому значенні відмова була необгрунтованою, а також у тому, що рішення було доведено до заявника через місяць після закінчення терміну на подачу скарги, що позбавило його можливості реалізувати своє право на оскарження такого рішення<sup>7</sup>.

У цілому щодо надання правової допомоги Європейський суд з прав людини зазначає, що право на безоплатну правову допомогу застосовується у всіх інстанціях у межах національної системи залежно від її специфічних особливостей та ролі апеляційного і касаційного судів. У справі *Delcourt v. Belgium* Європейський суд з прав людини встановив, що хоча Конвенція не примушує держави створювати апеляційні чи касаційні суди, держава має забезпечити, щоб особа, яка звернулася до суду, могла користуватися всіма юридичними гарантіями, що містяться у ст. 6 Конвенції<sup>8</sup>.

Водночас у ряді рішень Європейським судом з прав людини було сформульовано вимогу про ефективність наданої правової допомоги. Так, наприклад, у справі *Bertuzzi v. France* Суд зазначив, що в порушення ч. 1 ст. 6 Конвенції заявник не мав ефективного доступу до суду в зв'язку з тим, що, виступаючи в справі проти професійного юриста, був позбавлений професійного представника (кілька призначених у справі юристів відмовилися представляти його інтереси, посилаючись на особисті зв'язки з відповідачем). Сама по собі Конвенція гарантує права, які є реальними, а не теоретичними й ілюзорними. Так, у справі *Artico v. Italy* Європейський Суд з прав людини констатував, що формальне призначення захисника не відповідає ст. 6 Конвенції, якщо його діяльність неефективна. Держава повинна вчинити фактичні дії, тим самим гарантуючи, що право на правову допомогу буде реалізоване належним чином<sup>9</sup>.

Узагальнюючи позицію Європейського суду з прав людини, можна констатувати наступне:

- у практиці вироблено критерії визначення категорій справ, де вимагається надання безоплатної правової допомоги;
- коло отримувачів правової допомоги може бути обмежене, виходячи з фінансової ситуації заявника;
- рішення про надання правової допомоги не повинно бути довільним або упередженим. Для цього схема надання допомоги має містити реальні гарантії проти свавілля (вмотивованість відповіді, можливість оскаржити рішення про відмову в наданні безоплатної правової допомоги тощо);
- рішення про надання / відмову в наданні безоплатної правової допомоги має бути доведено до заявника своєчасно, з метою не позбавити його можливих засобів захисту;
- при розгляді справи у вищих інстанціях (за наявності таких у національній судовій системі) особа повинна користуватися всіма фундаментальними гарантіями, що містяться у ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основних свобод (з урахуванням особливостей розгляду справи в суді вищої інстанції);
- надана правова допомога повинна бути ефективною (якісно наданою).

Отже, вироблені Європейським судом з прав людини міжнародні стандарти, безумовно, значущі для правової системи України. По-перше, у зв'язку з тим, що виходячи з тлумачення правової допомоги Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, а саме з огляду на зміст права на доступ до суду, держава зобов'язана забезпечити механізм реалізації права на отримання кваліфікованої правової допомоги (у тому числі безоплатної). По-друге, даний механізм повинен сприяти досягненню цілей його імплементації в національну правову систему, що передбачає визначення суб'єктів, які надаватимуть безоплатну правову допомогу, забезпечення належного моніторингу та фінансування їх діяльності. По-третє, обмеження на отримання безоплатної правової допомоги (за суб'єктами, за предметом, за стадіями розгляду справи тощо) повинні співвідноситися з тими стандартами, які вироблені на міжнародному рівні.

<sup>1</sup> Рабінович П. М. Міжнародні стандарти прав людини: властивості, загальне поняття, класифікація / П. М. Рабінович // Вісник Національної академії правових наук України. – 2016. – № 1 (84). – С. 24.

<sup>2</sup> Дудаш Т. І. Практика Європейського суду з прав людини: навч. посіб. / Т. І. Дудаш. – 3-тє вид., стереотипне. – К. : Алерта, 2016. – С. 16.

<sup>3</sup> Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах [...] СНД, Білорусь, Вірменія [...]; Конвенція, Міжнародний документ від 22 січня 1993 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/997\\_009](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/997_009)

<sup>4</sup> Конвенція з питань цивільного процесу ООН; Конвенція, Міжнародний документ від 1 березня 1954 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_083](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_083)

<sup>5</sup> Ягунов Д. В. Практика Європейського суду з прав людини (питання кримінального судочинства) / Д. В. Ягунов ; зі вступ. словом Н. І. Севостьянової; за ред. та зі вступ. словом Й. Л. Бронза. – 2-е вид., перероб. і доп. – Одеса : Фенікс, 2015. – С. 218.

<sup>6</sup> Рішення по справі Del Sol v. France, № 468000/99, 2002 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>

<sup>7</sup> Рішення по справі Tabor v. Poland, № 12825/02, 2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>

<sup>8</sup> Рішення по справі Delcourt v. Belgium, № 2689/65, 1970 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>

<sup>9</sup> Рішення по справі Artico v. Italy, № 6694/74, 1980 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>

#### Резюме

**Гончар Д. В. Міжнародні стандарти надання безоплатної правової допомоги та їх вплив на національний правопорядок.**

Стаття присвячена дослідженню міжнародним стандартам надання безоплатної правової допомоги та їх впливу на національний правопорядок. Зауважено, що вироблені Європейським судом з прав людини міжнародні стандарти значущі для правової системи України. По-перше, у зв'язку з тим, що виходячи з тлумачення правової допомоги Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, а саме з огляду на зміст права на доступ до суду, держава зобов'язана забезпечити механізм реалізації права на отримання кваліфікованої правової допомоги (у тому числі безоплатної). По-друге, даний механізм повинен сприяти досягненню цілей його імплементації в національну правову систему, що передбачає визначення суб'єктів, які надаватимуть безоплатну правову допомогу, забезпечення належного моніторингу та фінансування їх діяльності. По-третє, обмеження на отримання безоплатної правової допомоги (за суб'єктами, за предметом, за стадіями розгляду справи тощо) повинні співвідноситися з тими стандартами, які вироблені на міжнародному рівні.

**Ключові слова:** безоплатна правова допомога, права людини, міжнародні стандарти прав людини, гарантії реалізації права на правову допомогу, доступність правосуддя, Європейський суд з прав людини.

#### Резюме

**Гончар Д. В. Международные стандарты оказания бесплатной правовой помощи и их влияние на национальный правопорядок.**

Статья посвящена исследованию международных стандартов оказания бесплатной правовой помощи и их влияния на национальный правопорядок. Отмечено, что выработанные Европейским судом по правам человека международные стандарты значимые для правовой системы Украины. Во-первых, в связи с тем, что исходя из толкования правовой помощи Европейской конвенцией о защите прав человека и основоположных свобод, а именно учитывая содержание права на доступ к правосудию, государство обязано обеспечить механизм реализации права на получение квалифицированной правовой помощи (в том числе бесплатной). Во-вторых, данный механизм должен способствовать достижению целей его имплементации в национальную правовую систему, предусматривающую определение субъектов, которые будут оказывать бесплатную правовую помощь, обеспечение надлежащего мониторинга и финансирования их деятельности. В-третьих, ограничение на получение бесплатной правовой помощи (по субъектам, по предмету, по стадиям рассмотрения дела и т.п.) должны соотноситься с теми стандартами, которые регламентированы на международном уровне.

**Ключевые слова:** бесплатная правовая помощь, права человека, международные стандарты прав человека, гарантии реализации права на правовую помощь, доступность правосудия, Европейский суд по правам человека.

#### Summary

**Gonchar D. V. International standards for legal aid and its impact on the national order.**

The article investigates international standards for legal aid and its impact on the national order. Observations made by the European Court of Human Rights international standards important for the legal system of Ukraine. Firstly, due to the fact that based on the interpretation of legal aid by the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, in particular with regard to the content of the right of access to a court, the state must provide the right mechanism for qualified legal aid (including free). Secondly, this mechanism should contribute to the achievement of its implementation in the national legal system, which includes identifying subjects who provide free legal assistance to ensure proper monitoring and financing their activities. Thirdly, the limitation for legal aid (on the subject by subject, the stages of the proceedings, etc.) should relate to those standards that are developed internationally.

**Key words:** legal aid, human rights, international human rights standards, guarantees the right to legal aid, access to justice, the European Court of Human Rights.



УДК 342.32

**В. О. ДЕМИДЕНКО**

*Володимир Олексійович Демиденко, кандидат  
юридичних наук, доцент, професор Національної  
академії внутрішніх справ*

### **ПРИНЦИПИ МУНІЦИПАЛЬНОГО ПРАВА ЯК ФУНДАМЕНТАЛЬНА ОСНОВА МУНІЦИПАЛЬНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ**

Нині в Україні триває муніципальна реформа, завданням якої є посилення правової, матеріальної, фінансової основи місцевого самоврядування, подальша децентралізація державної влади, створення спроможних територіальних громад, розширення повноважень органів і посадових осіб місцевого самоврядування, максимальне наближення діяльності органів та посадових осіб місцевого самоврядування до потреб і запитів територіальних громад, втілення в національне правове поле принципів Європейської хартії місцевого самоврядування та багато інших завдань.

Разом із тим видається, що ефективність досягнення наведених вище амбітних завдань сучасної муніципальної реформи в Україні багато в чому залежить від рівня наукового дослідження, правового відображення та практики реалізації принципів муніципального права.

Очевидно, розкриття проблематики принципів муніципального права України тісно пов'язано з питаннями загальних принципів права, принципів місцевого самоврядування, принципів служби в органах місцевого самоврядування, принципів муніципального управління та міського й регіонального розвитку тощо.

З огляду на наведене науково-теоретична основа цієї публікації найперше включає праці, присвячені проблематиці принципів права. Це роботи В. Б. Авер'янова, С. С. Алексеева, Б. К. Бабаєва, Г. А. Борисова, Є. В. Додіна, О. В. Зайчука, М. І. Козюбри, А. М. Колодія, В. В. Копейчикова, В. О. Котюка, Л. А. Луць, П. О. Недбайла, П. М. Рабіновича, О. Ф. Скакун, Т. І. Фулей, Ю. С. Шемшученка, М. В. Цвіка, Г. Г. Шмельової та ін.

Водночас висвітлення принципів муніципального права ґрунтується на дослідженнях щодо права на місцеве самоврядування, принципів його організації, функціонування та гарантування. Вагомий внесок у розкриття цієї проблематики зробили такі вчені, як: О. В. Батанов, М. О. Баймуратов, В. І. Борденюк, І. А. Галіахметов, Р. К. Давидов, В. М. Кампо, Б. В. Калиновський, М. І. Корнієнко, В. В. Кравченко, В. С. Куйбіда, П. М. Любченко, О. Г. Мурашин, Б. І. Ольховський, М. П. Орзіх, Г. В. Падалко, М. В. Пітцик, В. Ф. Погорілко, М. О. Пухтинський, В. П. Рубцов, О. М. Солоненко, А. О. Селіванов, Ю. М. Тодика, О. Ф. Фрицький, О. О. Фролов, В. М. Шаповал та ін.

**Метою цієї статті** є розкриття принципів муніципального права, висвітлення їх взаємозв'язку із загальними принципами права та принципами місцевого самоврядування, встановлення їх фундаментального значення як основи для проведення муніципальної реформи в Україні.

Варто наголосити, що правові принципи пронизують правову матерію і насамперед – правові ідеї. Принципи – це передусім ідеї. Елемент узагальнення, піднесений над конкретикою, що властивий ідеї, досить чітко простежується і в принципах права. Потім принципи перетворюються на норми, втілюються у них. Принципи права концентрують результат розвитку права, у них втілюється нерозривний зв'язок минулого, сучасного та майбутнього<sup>1</sup>.

У цьому зв'язку доктринальне усвідомлення принципів муніципального права, їх всебічне втілення в процесі муніципально-правового регулювання створить можливість проводити муніципальну реформу в Україні цілеспрямовано, комплексно, послідовно, системно та, до певної міри, мінімізувавши політичну складову її проведення. Адже повноцінна реалізація принципів муніципального права зменшить залежність муніципальної реформи від політичної кон'юнктури. Принципи муніципального права створюють передумови для проведення муніципальної реформи в нашій країні в інтересах народу України, територіальних громад, а не певної політичної партії, фінансово-промислової групи, окремого політика з їх ситуативними

меркантильними інтересами. Принципи муніципального права виступають своєрідним вектором розвитку муніципального права держави.

Як наслідок, цінність принципів муніципального права полягає в тому, що вони, найперше, відображають саме інтереси людини, територіальних громад та органів і посадових осіб місцевого самоврядування, які здійснюють муніципальну владу від їх імені.

При цьому виникнення та формування принципів муніципального права триває довго. Спочатку вони зароджуються як певні ідеї, уявлення, що відображають демократичні цінності в сфері реалізації права на місцеве самоврядування. Далі ці ідеї знаходять своє нормативно-правове закріплення в різноманітних нормативно-правових актах як на міжнародному, так і національному рівнях. У свою чергу, принципи муніципального права, що знайшли своє нормативно-правове відображення, відбиваються в муніципально-правових відносинах. Практика реалізації принципів муніципального права зумовлює їх удосконалення, певну модифікацію, динаміка якої, на наш погляд, залежить найперше від рівня соціально-економічного розвитку суспільства.

Варто наголосити на тому, що сьогодні відбувається черговий етап становлення такої окремої галузі національного права, як муніципальне право України. Це пов'язано з тим, що подальший динамічний прогресивний поступ Української держави за сучасних умов триваючої гібридної війни, розбудова України як суверенної і незалежної, єдиної і соборної, правової й демократичної, соціальної держави прямо залежить від ефективності муніципальної влади, міцності регіонів, розумного поєднання централізації та децентралізації публічної влади.

Першоосновою досягнення цього є належне науково-теоретичне дослідження принципів муніципального права, інших елементів системи муніципального права. Проте, на жаль, не зважаючи на значний інтерес науковців, експертів, політиків до цієї проблематики маємо значні прогалини в дослідженні означених питань. Водночас рівень дослідження принципів муніципального права України до певної міри залежить від ступеня розкриття принципів права загалом, де не спостерігається однастайності щодо поняття, сутності, класифікації тощо.

Зокрема, А. М. Колодій визначає принципи права як відправні ідеї його буття, які виражають найважливіші закономірності й підвалини даного типу держави і права, є однопорядковими з сутністю права та являють собою його головні риси, відрізняються універсальністю, вищою імперативністю й загальнозначимістю<sup>2</sup>.

Ю. А. Ведерніков та А. В. Папірна зауважують, що принципи права – це керівні ідеї, положення, провідні засади, на основі яких визначаються зміст і спрямованість правового регулювання суспільних відносин<sup>3</sup>.

У свою чергу, М. В. Цвік та О. В. Петришин характеризують принципи як вихідні керівні засади, відправні установлення, що виражають сутність права і впливають з ідей справедливості та свободи, визначають загальну спрямованість та найістотніші риси чинної правової системи<sup>4</sup>.

О. В. Зайчук вказує, що принципи права – це вихідні, визначальні ідеї, положення, установки, які становлять моральну та організаційну основу виникнення, розвитку й функціонування права<sup>5</sup>.

Водночас Т. І. Фулей загальнонародські принципи права розкриває як зафіксовані у позитивному праві його універсальні нормативні засади, напрацьовані людством як глобальною макроцивілізаційною системою, що об'єктивно зумовлені потребами й рівнем розвитку людської цивілізації та втілюють її найкращі здобутки у правовій сфері, визначають сутність і спрямованість правового регулювання й придатні до застосування у будь-якій системі права<sup>6</sup>.

Можна навести ще значний перелік дефініцій принципів права. Їх розмаїтість зумовлюється тим, що принципи права – неодноманітне і неоднозначне явище, до дослідження якого можна і треба підходити з різних боків. Проте слушною є думка А. М. Колодія, що бажано внести в поняття і визначення принципів, які діють у правовій сфері, якусь одноманітність тією мірою, якою загалом вона можлива в юридичній науці<sup>7</sup>.

Очевидно, що ця різноплановість поглядів щодо поняття принципів права має наслідком ще більшу розмаїтість поглядів науковців стосовно принципів муніципального права. При цьому дослідники окрім принципів муніципального права оперують такими категоріями: принципи місцевого самоврядування, принципи муніципального управління, засади місцевого самоврядування, принципи міського або регіонального розвитку, іноді ставлячи між окремими з цих категорій знак рівності. Окрім того, ці питання досліджуються та тісно взаємопов'язані із проблематикою принципів Європейської хартії місцевого самоврядування, принципів служби в органах місцевого самоврядування тощо. У зв'язку з цим актуалізується завдання формування понятійно-категоріального апарату та співвідношення цих дефініцій.

На погляд О. В. Батанова, сутність та зміст принципів муніципального права та класичного муніципалізму необхідно розглядати й розуміти насамперед з позицій муніципальної аксіології, яка розкриває ціннісний потенціал феномена муніципалізму як політико-правової ідеології, що являє собою систему ідеалів та ідей про фундаментальні цінності муніципальної демократії та прав людини (їх генезис, систему, форми вираження, методи та ступінь реалізації і захисту)<sup>8</sup>.

На думку І. А. Галіахметова, принципи муніципального права – це у більшості соціальні принципи, що отримали юридичне оформлення, це форма прихованого в них соціального змісту організації життєво необхідних основ буття людини і суспільства в межах територіальних громад<sup>9</sup>.

На переконання Г. В. Падалка, у концептуальному плані принципи муніципального права мають низку ознак, які свідчать про їх особливу значущість і роль у процесі муніципально-правового регулювання, бо вони

є: а) загально визначеними ідеями й ідеалами муніципалізму; б) узагальненим і концентрованим вираженням зазначених ідеалів, тобто духовних (ідеологічних) цінностей муніципальної демократії та прав людини; в) втілюють найважливіші ідеї муніципально-правової думки, виражені в ідеях, теоріях, концепціях, доктринах; г) визначають суть і зміст, спрямованість та форми муніципально-правового регулювання; г) характеризуються системністю, тобто справляють могутній, цілеспрямований і мультиплікативний вплив на всю систему суспільних відносин, що виникають у процесі взаємодії особи, територіальної громади й держави тощо<sup>10</sup>.

Разом із тим варто зауважити, що в юридичній науці поряд із дослідженнями принципів муніципально-громадянського права наявні праці стосовно принципів місцевого самоврядування, які в кількісному співвідношенні значно домінують.

Так, П. М. Любченко визначає принципи місцевого самоврядування як обумовлені природою публічної влади відправні засади, ідеї й вимоги, які лежать в основі організації та функціонування місцевого самоврядування, регламентації соціальних зв'язків, визначають форми й методи діяльності суб'єктів місцевого самоврядування<sup>11</sup>.

Б. В. Калиновський вважає, що конституційні принципи місцевого самоврядування – це система основоположних витокув та ідей, які закріплені чи впливають зі змісту Конституції та законів України і визначають організацію та діяльність громади, органів, що формуються громадянами та самостійно управляють місцевими справами в інтересах територіальної громади<sup>12</sup>. Принципи місцевого самоврядування – це соціальні явища як за джерелом виникнення, так і за змістом: їх виникнення зумовлюється потребами суспільного розвитку і тому в них відображаються закономірності суспільного життя<sup>13</sup>.

Важливою ознакою принципів місцевого самоврядування виступає об'єктивна обумовленість, що передбачає їх відповідність характеру та існуючому стану розвитку суспільних відносин, а також економічним, політичним, ідеологічним процесам, які реально існують у суспільстві. Принципи мають установчий характер, тобто покликані створити умови для функціонування й розвитку всіх суб'єктів місцевого самоврядування. Вони інтегрують, об'єднують і уможливають існування інших муніципально-правових інститутів<sup>14</sup>.

На думку В. В. Кравченка і М. В. Пітцика, принципи місцевого самоврядування – це обумовлені завданнями та функціями місцевого самоврядування вихідні начала, що покладені в основу його організації і функціонування та які визначають риси й ознаки місцевого самоврядування<sup>15</sup>.

Основні принципи місцевого самоврядування обумовлюють характер його системи, територіальної, організаційно-правової та матеріально-фінансової основ, особливості правового статусу територіальних громад, органів і посадових осіб<sup>16</sup>. М. І. Корнієнко слушно пропонує основні принципи місцевого самоврядування умовно поділити на дві групи: а) ті, що є універсальними, тобто властивими як місцевому самоврядуванню та його органам, так і державному управлінню та його органам, іншим органам державної влади (народовладдя, законність, гласність, колегіальність, виборність); б) ті, що властиві лише місцевому самоврядуванню та його органам<sup>17</sup>.

З огляду на наведені вище позиції варто наголосити, що принципи муніципального права та принципи місцевого самоврядування не є тотожними, ідентичними категоріями. Так, беззаперечно, принципи муніципального права та принципи місцевого самоврядування багато в чому взаємопов'язані, оскільки мають окремі спільні об'єкти впливу – систему органів і посадових осіб місцевого самоврядування. Проте принципи муніципального права та принципи місцевого самоврядування співвідносяться між собою як керівні ідеї, з одного боку, – окремої галузі національного права та, з іншого, – окремої форми публічної влади.

Таким чином, принципи муніципального права концентровано відображають фундаментальні начала муніципально-правового регулювання суспільних відносин, що становлять предмет муніципального права. Принципи місцевого самоврядування являють собою систему вихідних ідей щодо організації і здійснення такої форми публічної влади, як місцеве самоврядування.

Водночас доцільно зауважити, що принципи муніципального права не знайшли свого комплексного відображення в юридичній науці. Наявні лише поодинокі спроби розкрити їх сутність, значення та здійснити диференціацію.

Так, на погляд І. А. Галіахметова, система принципів муніципального права України як правової галузі може складатися із наступних інститутів, зокрема: 1) принципи системи взаємозв'язку конституційного права і муніципального права; 2) науково-теоретичні принципи формування галузі муніципального права та законодавства України; 3) принципи організації та визначення компетенції у сфері муніципальної правотворчості; 4) принципи процесуальної діяльності у сфері муніципальної правотворчості; 5) принципи побудови системи муніципальних правових актів; 6) принципи становлення муніципальних прав територіальної громади; 7) принципи становлення муніципальних прав особи; 8) принципи муніципального права, що зумовлюють систему самоврядування територіальної громади; 9) принципи муніципального права, що зумовлюють відносини з соціально-політичної організації самоврядування територіальної громади; 10) принципи муніципального права, що обумовлюють організацію управління об'єктами комунальної власності та іншими майновими правами територіальної громади; 11) принципи муніципального права, що зумовлюють процес формування й розподілу бюджетних та позабюджетних коштів місцевого самоврядування; 12) принципи муніципального права, що зумовлюють побудову особистих немайнових відносин та статус людини (особи) в системі місцевого самоврядування; 13) принципи публічно-правових засад територіальної організації (устрою) публічної влади; 14) принципи становлення публічної самоврядної (муніципальної) влади; 15) принципи побудови режиму муніципально-правового регулювання; 16) принципи відповідальності орга-

нів місцевого самоврядування та посадових осіб місцевого самоврядування; 17) принципи контролю та нагляду за діяльністю органів місцевого самоврядування<sup>18</sup>.

Звичайно, наведена вище позиція потребує аргументації та є доволі дискусійною. Відповідно не зі всіма її положеннями можна погодитися беззаперечно. Зокрема, видається спірним формулювання таких принципів, як: п. 6) принципи становлення муніципальних прав територіальної громади; п. 7) принципи становлення муніципальних прав особи. Ймовірно, вказана група принципів має відображати не лише етап становлення, а й реалізації муніципальних прав особи та територіальної громади.

Водночас, беручи до уваги євроінтеграційні прагнення Української держави та народу, методологічно правильним підходом при пошуку та розкритті галузевих принципів муніципального права доцільно продемонструвати їх взаємозв'язок із загальнонародськими, загальноцивілізаційними принципами права (юридичної рівності однойменних суб'єктів; демократизму; справедливості; поваги і захисту основних прав людини тощо) та загальними принципами права.

Загалом принципи муніципального права яскраво та концентровано відображають зміст цієї галузі національного права, виходячи з багатогранності предмета правового регулювання (значного спектру суспільних відносин, що регулюються та охороняються муніципальним правом).

Під принципами муніципального права доречно розуміти загальні, основоположні, інтегровані, керівні начала муніципально-правового регулювання суспільних відносин, що становлять предмет муніципального права. Принципи муніципального права виступають певними ідеалами, еталонами та керівними ідеями проведення муніципальної реформи в Україні. Реалізація муніципальної реформи має здійснюватися на єдиних началах, якими виступають принципи муніципального права. Саме в такий спосіб буде забезпечено узгодженість, системність, комплексність та максимальну ефективність реформування місцевого самоврядування в Україні.

Принципи муніципального права в контексті сучасної муніципальної реформи мають вагоме значення, оскільки останні чітко демонструють, наскільки організація та здійснення місцевого самоврядування відповідає певним стандартам. Адже при дослідженні принципів муніципального права увага спрямовується не лише на формально-юридичний аспект їх закріплення – як норм права, але й стосовно правосвідомості та муніципально-правових відносин. При цьому муніципально-правові відносини демонструють наявність або навпаки – відсутність у реальному житті принципів муніципального права та їх ефективність.

<sup>1</sup> Зайчук О. В. Принципи права в контексті розвитку загальної теорії держави і права / О. В. Зайчук // Альманах права. Основоположні принципи права як його ціннісні виміри. Науково-практичний юридичний журнал. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2012. – Вип. 3. – С. 22–28. – С. 25.

<sup>2</sup> Колодій А. М. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / А. М. Колодій; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 1999. – 39 с. – С. 19.

<sup>3</sup> Ведерніков Ю. А. Теорія держави і права: навч. посіб. / Ю. А. Ведерніков, А. В. Папірна. – К.: Знання, 2008. – 333 с. – С. 91.

<sup>4</sup> Загальна теорія держави і права: підруч. / 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. – 584 с. – С. 91.

<sup>5</sup> Зайчук О. В. Вказана праця. – С. 23.

<sup>6</sup> Фулей Т. І. Сучасні загальнонародські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Т. І. Фулей; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2003. – 16 с. – С. 8.

<sup>7</sup> Колодій А. М. Принципи права: генеза, поняття, класифікація та реалізація / А. М. Колодій // Альманах права. Основоположні принципи права як його ціннісні виміри. Науково-практичний юридичний журнал. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2012. – Вип. 3. – С. 42–46. – С. 42.

<sup>8</sup> Батанов О. В. Принципи місцевого самоврядування як ціннісний вимір муніципального права та сучасного муніципалізму в Україні / О. В. Батанов // Вісник Дніпропетровського університету імені Альфреда Нобеля. – 2012. – № 1. – С. 61–66. – С. 63. – (Серія: «Юридичні науки»).

<sup>9</sup> Галіахметов І. А. Принципи муніципального права: проблеми теорії та практики / І. А. Галіахметов // Науковий вісник Академії муніципального управління. – 2011. – Вип. 2. – С. 92–98. – С. 94. – (Серія: «Право»).

<sup>10</sup> Падалко Г. В. Принципи місцевого самоврядування, принципи муніципального права та принципи служби в органах місцевого самоврядування в Україні: проблеми співвідношення та взаємодії / Г. В. Падалко // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 420–423. – С. 421.

<sup>11</sup> Любченко П. М. Конституційно-правові основи розвитку місцевого самоврядування як інституту громадянського суспільства: моногр. / П. М. Любченко. – Х.: Одиссей, 2006. – 352 с. – С. 102.

<sup>12</sup> Калиновський Б. В. Конституційні принципи місцевого самоврядування в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Б. В. Калиновський; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2004. – 23 с. – С. 6.

<sup>13</sup> Калиновський Б. В. Конституційні принципи місцевого самоврядування в Україні: моногр. / Б. В. Калиновський. – Кременчук: Вид-во ПП Щербатих О. В., 2010. – 184 с. – С. 8.

<sup>14</sup> Фролов О. О. Сутність принципів місцевого самоврядування / О. О. Фролов // Право та інновації. – 2015. – № 4. – С. 164–168. – С. 166.

<sup>15</sup> Кравченко В. В. Муніципальне право України: підруч. / В. В. Кравченко, М. В. Пітчик. – К.: Атіка, 2003. – 672 с. – С. 66.

<sup>16</sup> Муніципальне право України: підруч. / В. Ф. Погорілко, М. О. Баймуратов, Ю. Ю. Бальцій та ін.; за ред. М. О. Баймуратова – 2-ге вид. доп. – К.: Правова єдність, 2009. – 720 с. – С. 189.

<sup>17</sup> Там само. – С. 189–190.

<sup>18</sup> Галіахметов І. А. Вказана праця. – С. 98.



### Резюме

*Демиденко В. О. Принципи муніципального права як фундаментальна основа муніципальної реформи в Україні.*

Статтю присвячено принципам муніципального права, їх взаємозв'язку із загальними принципами права та принципами місцевого самоврядування. Досліджено фундаментальне значення принципів муніципального права як основи муніципальної реформи в Україні.

**Ключові слова:** принципи муніципального права, принципи місцевого самоврядування, муніципальна реформа в Україні.

### Резюме

*Демиденко В. А. Принципы муниципального права как фундаментальная основа муниципальной реформы в Украине.*

Статья посвящена принципам муниципального права, их взаимосвязи с общими принципами права и принципами местного самоуправления. Исследовано фундаментальное значение принципов муниципального права как основы муниципальной реформы в Украине.

**Ключевые слова:** принципы муниципального права, принципы местного самоуправления, муниципальная реформа в Украине.

### Summary

*Demidenko V. Principles of municipal right as fundamental basis of municipal reform in Ukraine.*

The article is dedicated to principles of municipal right, their intercommunication with general principles of right and principles of local self-government. Studied fundamental principles of municipal law as the basis of municipal reform in Ukraine.

**Key words:** principles of municipal law, the principles of local self-government, municipal reform in Ukraine.

УДК 342.724

### Г. С. ЖУРАВЛЬОВА

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

## КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРИНЦИП ЗАБОРОНИ ДИСКРИМІНАЦІЇ ТА ОБҐРУНТОВАНІСТЬ ВІДМІННОГО СТАВЛЕННЯ ДО ОСОБИ

Заборона дискримінації як конституційний принцип визначається тим, що він ґрунтується на забезпеченні рівності можливостей у реалізації прав і свобод людини. Водночас ідея вирівнювання у правах є складною за природою. Визнається, що вона може втілюватися по-різному у відмінних суспільствах за висловом Майкла Волцера: «Кожне змістовне вираження дистрибутивної справедливості є партикуляристським»<sup>1</sup>. На цьому, власне, і будується доктрина свободи розсуду національних держав у забезпеченні рівності та недопущенні дискримінації. Якщо ми розглядаємо права людини з точки зору їх носія, то існують права, які здійснюються незалежно від волі держави, у силу чого їх і характеризують як негативні права, а є група прав позитивних за природою, оскільки їхнє здійснення залежить також і від певної активності держави. Однак із точки зору діяльності держави, незалежно від негативної чи позитивної природи прав людини, держава завжди покликана здійснювати як негативні, так і позитивні обов'язки. За будь-яких умов держава має гарантувати право на справедливий суд, рівне ставлення до кожного, захист безпеки тощо.

З огляду на зазначене **метою** цієї роботи є визначення позитивних обов'язків державою при застосуванні заходів, спрямованих на запобігання дискримінації, а також встановлення основних критеріїв обґрунтованого ставлення до окремих категорій осіб з боку держави як критерію правомірності її позитивних дій. Такі проблеми розглядатимуться тут з урахуванням сучасної правової доктрини та у співвідношенні положень конституційного й міжнародного права.

Відмінність у ставленні до особи, якщо вона не є виправданою з точки зору законності та заборони неправомірного втручання у приватну автономію особи, завжди є предметом дебатів, оскільки зачіпає питання співвідношення між рівністю і заборонаю дискримінації. Загалом ця проблема буде розглядатися крізь призму позитивних обов'язків держави, хоча ідея свободи ґрунтується на невтручанні держави у вибір особи щодо форм і засобів здійснення своїх прав. З цього приводу Генрі Шу пише так: «Теза про необхідність позитивних обов'язків може бути висунута цілком незалежно від тези, згідно з якою права з позитивним змістом мають центральне значення. Насправді... навіть якби, всупереч фактам, не існувало прав з позитивним змістом, усе одно існували б дійсно позитивні обов'язки. Без позитивних обов'язків, таких як обов'язок захищати людей від порушення їхніх прав, немислима жодна адекватна правова структура абсолютно незалежно від змісту відповідних прав. Позитивні обов'язки закладені в структуру кожної правової норми»<sup>2</sup>.

На основі аналізу положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини Г. Христова також дійшла висновку, що сьогодні існує доктрина позитивних обов'язків держави щодо заборони дискримінації. У найбільш загальному вигляді позитивні зобов'язання держави вимагають від національних органів влади запровадити та вжити всіх прийнятних (розумних) та належних заходів (англ. *reasonable and appropriate measures*) для гарантування прав людини, їх забезпечення, захисту та сприяння реалізації в кожному конкретному випадку<sup>3</sup>.

Досліджуючи проблему співвідношення принципів справедливості і рівності, Н. Дрьоміна-Волок відзначає витoki виникнення расизму якраз у період великих географічних відкриттів. Європейці не вперше в своїй історії зустрілися з людьми, що мають зовнішні відмінності від них. У ході військової експансії греко-римської імперії до Африки, в умовах зростання знань про географічну протяжність населених людьми земель, у греко-римській філософії почала розвиватися ідея єдності людського роду. Концепція різноманіття людства, розсіяного в просторі, але об'єднаного загальними властивостями, що відрізняють людські істоти від богів і тварин, існувала і різним чином трансформувалася протягом п'яти сторіч. Африканців розрізняли за певними зовнішніми рисами, насамперед за кольором шкіри. Проте чорна шкіра африканців не слугувала для створення негативного стереотипу або виправдання їх рабства. Навпаки, африканці були відомі як люди, що особливо люблять свободу і справедливість, благочестиві та мудрі. Їх поважали як воїнів і, хоча деякі письменники вважали білу шкіру за неодмінну ознаку краси, деякі захоплювалися темною шкірою. Передбачалося, що колір шкіри і тип волосся африканців – результат постійного перебування на жаркому сонці, тоді як на зовнішність північних народів впливає його відсутність. Разом із тим деякі дослідники, безумовно, мають рацію в тому, що політику колонізаторів з XV по XVIII ст.ст. можна позначити сучасним терміном «геноцид». Расизм виступив як ідеологія колонізації, як «теорія», що додавала колоніалізму легітимність. Тому і розпочали поділяти людство на групи, одні з яких призначені до панування, інші – до підпорядкування<sup>4</sup>.

Загалом заборона рабства та работоргівлі міжнародним співтовариством є вкрай важливою з точки зору встановлення всезагальної думки про рівність усіх людських істот, незалежно від їхньої раси, національності, етнічного походження або інших ознак. Крім того, перші конвенції про зобов'язання дотримуватись певних прав людини, які умовно можна назвати «самообмежуваними», започаткували саме міжнародну трансформацію інституту прав людини. Слід лише нагадати, що расова сегрегація становила протягом тривалого часу значну проблему в американській правовій системі.

Заборона расової дискримінації визнається як *jus cogens* в міжнародному праві. Серед цих документів особливе місце посідає Загальна Декларація прав людини, яку було прийнято Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р., що закріплює принцип рівності й недискримінації. Особливо значну роль у підтвердженні імперативного статусу заборони расової дискримінації відіграла Міжнародна конвенція ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1965 року. Важливим кроком у закріпленні імперативного характеру міжнародно-правової заборони расової дискримінації стало прийняття Міжнародного пакту ООН про громадянські і політичні права та Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 р., які разом із Загальною Декларацією створили так звані «Міжнародний Біль про права». Найбільш важким проявом расової дискримінації – злочином за загальним міжнародним правом – є геноцид. Особливого значення у формуванні міжнародно-правової заборони расової дискримінації та кримінальної відповідальності за її прояви набула Конвенція про запобігання злочину геноциду і покарання за нього, яка підтвердила існування міжнародно-правової заборони на акти геноциду. Загально визнано, що в Конвенції сформульована імперативна норма загального права (*jus cogens*). В якості аргументу як норми загального права, тобто норми *jus cogens*, доцільно звертатись до праць авторитетних вчених, рішень міжнародних судових установ, насамперед Міжнародного Суду ООН, а також до рішень національних судів як прояву практики держав та *opinio juris*<sup>5</sup>.

Це цілком підтвердилося в подальшій діяльності інститутів ООН щодо заборони расової дискримінації. Зокрема, у прийнятій 19 грудня 2011 р. Резолюції 66/144 «Глобальні зусилля, що спрямовані на повну ліквідацію расизму, расової дискримінації, ксенофобії та пов'язаної з ними нетерпимості та всеосяжне здійснення й прийняття подальших заходів н з виконання Дурбанської декларації та Програми дій», Генеральна Асамблея ООН назвала глобальну боротьбу з расовою дискримінацією у всіх її проявах «першочерговим завданням усього міжнародного співтовариства» та визнала, що «відступ від дотримання заборони расової дискримінації, геноциду, злочину апартеїду або рабства не допускається...»<sup>6</sup>.

Як зазначає Дж. Олока-Оньяно: «Заборона расової дискримінації вважається однією з найважливіших норм міжнародного права у сфері прав людини, яка має статус *jus cogens*, тобто імперативних норм міжнародного права, відступ від яких не допускається... Процеси глобалізації в деяких стосунках не забезпечують дотримання цієї основоположної вимоги недискримінації...»<sup>7</sup>.

Наприклад, стандарт заборони дискримінації є невід'ємним елементом принципу корпоративної соціальної відповідальності у стандарті SA8000 «Соціальна відповідальність»<sup>8</sup>. Із такої вимоги випливає принцип однакового ставлення роботодавця до своїх працівників та забезпечення їх гідним рівнем оплати праці та соціального захисту. Відповідно до цих вимог також визначаються конкурентоспроможність роботодавця на ринку праці, а також система контролю за додержанням роботодавцями своїх зобов'язань перед працівниками.

Н. Дрьоміна-Волок підкреслює, що заборона дискримінації поступово набрала характеру універсального принципу, який у міжнародному праві має характер *erga omnes*, тобто обов'язкового для всіх держав. Зокрема, наводиться приклад, коли у справі *Barcelona Traction* Міжнародний Суд ООН встановив, що існує суттєва відмінність між зобов'язаннями стосовно усього міжнародного співтовариства та окремої держави.

Перші за своєю природою зачіпають інтереси всіх держав, отже, всі держави мають право на правовий захист при їх порушенні<sup>9</sup>. Суд у рішенні з цієї справи сформулював думку, згідно з якою зобов'язання держав характеру *erga omnes* «впливають із заборони актів агресії і геноциду, а також із принципів і норм, що стосуються основних прав людини, включаючи захист від рабства та расової дискримінації. Деякі з відповідних прав на захист стали частиною загального міжнародного права (Застереження до Конвенції про запобігання та покарання злочину геноциду, консультативний висновок, I.C.J. Reports 1951, с. 23), іншим було надано міжнародними документами універсального або квазіуніверсального характеру»<sup>10</sup>.

Таким чином, держава у силу взаємодії міжнародного і конституційного механізмів захисту прав людини несе позитивні обов'язки стосовно недопущення та заборони дискримінації. Запобігання та вжиття заходів щодо недопущення дискримінації визнається фундаментальною основою правової системи. Хоча на практиці в Україні вона пов'язана із низкою проблем, які полягають не стільки в недоліках законодавства, скільки у доволі сумнівній адміністративній та судовій практиці. Тому пропонується у випадках нерівності сторін у правовідносинах, зокрема між споживачами та виробниками продукції, товарів чи послуг, послуговуватися колективними позовами<sup>11</sup>. Груповий позов розглядається як процесуальний засіб захисту прав та інтересів групи осіб, що дозволяє об'єднати позовні вимоги в одному процесі, якщо питання факту і права є загальними для групи осіб, з метою захисту значної групи населення, а реалізація його одноособова є занадто затратною для цієї особи. У такий спосіб менш захищена група отримує можливість дещо вирівняти положення стосовно протилежної сторони, яка у правовідносинах посідає фактично положення монополіста (наприклад виробник товару масового споживання щодо споживачів).

Доволі широко розуміються позитивні обов'язки з усунення дискримінації у діяльності Європейського Союзу шляхом вжиття системи заходів щодо усунення нерівномірного розвитку регіонів. Так, всередині 2000-х років інститути ЄС вживали такі заходи щодо сприяння у вирівнюванні розвитку регіонів: 1) регіонам, де душевий ВВП становить менше 75 % середнього по ЄС або є інші специфічні причини відсталості; 2) регіонам, які зазнають структурної кризи, із загальним і промисловим безробіттям вище середнього по ЄС; 3) регіонам із застійним безробіттям, передусім серед молоді; 4) регіонам з технологічним безробіттям; 5а) сільським районам (районам рибальства), які страждають від структурних змін у виробництві; 5б) сільським районам з високим безробіттям, низькими доходами і відтоком населення; 6) регіонам з густотою населення менше 8 осіб на 1 кв. км<sup>12</sup>.

Політика забезпечення вирівнювання розвитку регіонів притаманна ЄС, оскільки це сприяє поглибленню інтеграції та вирівнюванню можливостей громадян країн-членів щодо реалізації належних їм прав і свобод. Зокрема, такі позитивні обов'язки щодо вирівнювання розвитку громад лежить і на державі. У цьому процесі децентралізація стає ключовою для реформування публічної адміністрації в Україні, оскільки передбачає визначення повноважень за місцевими органами публічної влади з передачею відповідних матеріальних і фінансових ресурсів на місця. Справедливу дистрибуцію ресурсів у системі публічної адміністрації сьогодні складно уявити без запровадження електронного урядування<sup>13</sup>. Такі заходи сприяють зокрема й усуненню чинників, які мають дискримінаційну підставу та лежать в основі необґрунтованої різниці у ставленні до певних категорій людей.

Згідно з практикою Європейського суду з прав людини держави мають такі зобов'язання у сфері протидії дискримінації:

1) негативний обов'язок держави «не дискримінувати», тобто не піддавати громадян дискримінації у своїх офіційних актах, державній політиці, правозастосовній та іншій діяльності уповноважених суб'єктів держави;

2) позитивний обов'язок держави забезпечувати дієве користування прав людини і основоположних свобод, передбачених Європейською конвенцією чи національними законами без дискримінації;

3) позитивний обов'язок держави щодо вжиття заходів з метою захисту громадян від дискримінаційних дій із боку приватних осіб (на робочому місці, у приватних навчальних закладах та ін.);

4) позитивний обов'язок держави забезпечити «застосування різного права за різних обставин»<sup>14</sup>.

Українське законодавство виділяє такі складові принципи недискримінації:

а) однакове поводження з особою або групою осіб, яка попри свої захищені ознаки перебуває в аналогічному становищі з іншою особою або групою осіб;

б) різне поводження з особою або групою осіб, яка через свої захищені ознаки перебуває у відмінному становищі від іншої особи або групи осіб;

в) відсутність негативних наслідків застосування правових норм, правил або критеріїв, зокрема нейтрально сформульованих, для осіб або груп осіб у зв'язку з їхніми захищеними ознаками та порівняно з іншою особами або групами осіб<sup>15</sup>.

Позитивний обов'язок держави щодо недопущення дискримінації був підтверджений ЄСПЛ судом у справі *Oruz v. Turkey*, в якій виявилось вбивство жінки її колишнім чоловіком у результаті тривалих погроз та переслідування. У цій справі уперше домашнє насильство було визнане дискримінацією за ознакою статі. На сьогодні такий обов'язок однозначно впливає з п. 1 ст. 1 Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Суд постановив, що виконуючи обов'язок щодо протидії дискримінації з боку приватних осіб, держава передовсім має ухвалити належне законодавство, в якому передбачити ефективні засоби правового захисту від дискримінації на національному рівні, запровадити систему органів та установ протидії дискримінації, запобігти дискримінації з боку приватних осіб, про випадки якої достемен-



но відомо представникам держави, зрештою, притягнути винних у дискримінаційних діях до відповідальності та забезпечити компенсацію жертвам дискримінації<sup>16</sup>.

Для того, щоб встановити наявність або відсутність дискримінації, при узагальненні практики Європейського суду з прав людини виокремлюють чотири необхідні елементи: 1) відмінне поводження; 2) схожі обставини (аналогічні умови, схожі ситуації – comparability test); 3) наявність об'єктивного і достатнього обґрунтування (justification test); 4) пропорційність використовуваних засобів і мети, на яку вони спрямовані («законна мета», proportionality test). Ці елементи закріплені чималою практикою ЄСПЛ, починаючи зі справи Belgian Linguistics<sup>17</sup>.

Зокрема, як діє цей тест продемонстровано у справі Расмуссен проти Данії<sup>18</sup>, в якій батько дитини скаржився на порушення своїх прав через законодавче обмеження строку, протягом якого він може оскаржити батьківство. ЄСПЛ визнав це відмінним ставленням за ознакою статі, однак виправдав його застосування. Це обмеження має легітимну мету - гарантувати безпеку та певність дитини щодо власного статусу шляхом недопущення можливості батьків зловживати своїм правом на оскарження батьківства протягом наступних років життя дитини. Оскільки серед держав-учасниць Конвенції немає єдиного підходу до цієї проблеми, ЄСПЛ визнав за державою широку свободу розсуду і ствердив відмінність у ставленні такою, що виправдовує свою легітимну мету.

У справі Карсон проти Сполученого Королівства<sup>19</sup> ЄСПЛ визнав, що національна держава краще знає місцеві особливості щодо застосування свободи розсуду, на якому базується різниця у ставленні до певних категорій осіб:

«61. Держави-учасниці користуються свободою розсуду при оцінці того, чи виправдовують і якою мірою відмінності у відносно схожих ситуаціях різницю у ставленні. Обсяг розсуду буде відрізнятися залежно від обставин, предмета та загальних підстав. Широка свобода розсуду зазвичай дозволена Державам згідно з Конвенцією, коли йдеться про загальні заходи економічного чи соціального життя. Безпосереднє знання власного суспільства та його потреб надає національним органам влади кращу спроможність, ніж це зробив би міжнародний суд, для оцінки того, чи має місце публічний інтерес, який ґрунтується на соціальних або економічних підставах, і Суд буде загалом поважати обрану законодавчу політику, якщо вона не є «явно необґрунтованою»».

Приклад спроби застосування таких підходів ми знаходимо у практиці Конституційного Суду України<sup>20</sup>, однак вона є суперечливою з точки зору розуміння принципу пропорційності, крізь призму якого визначається правомірність законодавчих заходів. Зокрема, Суд зазначив, що право на соціальний захист треба розуміти так, що однією з ознак України як соціальної держави є забезпечення загальносуспільних потреб у сфері соціального захисту за рахунок коштів Державного бюджету України виходячи з фінансових можливостей держави, яка зобов'язана справедливо і неупереджено розподіляти суспільне багатство між громадянами і територіальними громадами та прагнути до збалансованості бюджету України. При цьому рівень державних гарантій права на соціальний захист має відповідати Конституції України, а мета і засоби зміни механізму нарахування соціальних виплат та допомоги – принципам пропорційності й справедливості.

Однак далі Суд всупереч принципу верховенства Конституції та пропорційності, згідно з якими обмеження прав людини допускається виключно на основі Конституції та відповідно до закону, допускає таку можливість у формі правового акту Кабінету Міністрів. Виходячи із цього неправильного трактування Суд дійшов висновку, що повноваження Кабінету Міністрів України щодо розробки проекту закону про Державний бюджет України та забезпечення виконання відповідного закону пов'язані з його функціями, в тому числі щодо реалізації політики у сфері соціального захисту та в інших сферах. Кабінет Міністрів України регулює порядок та розміри соціальних виплат і допомоги, які фінансуються за рахунок коштів Державного бюджету України, відповідно до Конституції та законів України. Далі Суд ще більше поглибив свої висновки, підкресливши: «Суди під час вирішення справ про соціальний захист громадян керуються, зокрема, принципом законності. Цей принцип передбачає застосування судами законів України, а також нормативно-правових актів відповідних органів державної влади, виданих на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, у тому числі нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України, виданих у межах його компетенції, на основі і на виконання Бюджетного кодексу України, закону про Державний бюджет України на відповідний рік та інших законів України».

Такі позиції Конституційного Суду породили формальні підстави для уряду скорочувати соціальні видатки із Державного бюджету, всупереч конституційних гарантій захисту права на соціальний захист. На цьому прикладі чітко видно недотримання державою своїх позитивних обов'язків щодо забезпечення захисту соціально вразливих верств населення, що входить у свободу розсуду держави відповідно до положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Є сподівання, що Конституційний Суд незабаром змінить ці підходи, зважаючи, що низка справ із соціальної тематики на сьогодні є у його провадженні.

Як бачимо, з наведеного аналізу забезпечення рівності можливостей у розвитку особи як вільного індивіда та недопущення дискримінації можемо зробити висновок, що на державу покладається низка позитивних обов'язків. Такі обов'язки держави випливають насамперед із вимоги забезпечення безпеки індивіда, гарантій правової певності у здійсненні конкретних прав і свобод особою. Як правило, не лише законодавчі заходи, а й адміністративна та судова практика є вирішальними для належного виконання державою обов'язків щодо заборони дискримінації. Такі питання стають ще більш гострими, коли йдеться про усунення дискримінаційних практик у горизонтальних відносинах, тобто у відносинах між приватними особами. І тут держава також



має гарантувати рівне ставлення, оскільки у разі зволікання слабкіша сторона у правовідносинах буде зазнавати утисків та надмірних обтяжень. Так само держава покликана забезпечувати права меншин, що являє собою окрему проблематику стверджувальних дій держави, яка ще потребує свого дослідження.

<sup>1</sup> Walzer M. Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality / Michael Walzer. – New York: Basic Books, 1983. – S. 314.

<sup>2</sup> Шу Г. Права людини та культурні відмінності / Генрі Шу // Філософія прав людини / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна; пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої. – К. : Ніка-Центр, 2008. – С. 254–281. – С. 268.

<sup>3</sup> Христова Г. Позитивні обов'язки держави у сфері протидії дискримінації / Г. Христова // Вісник Національної академії правових наук України. – 2013. – № 4 (75). – С. 11–20. – С. 12.

<sup>4</sup> Дрьоміна-Волок Н. В. Рівність та справедливість: природно-правові витоки заборони расової дискримінації як норми jus cogens / Н. В. Дрьоміна-Волок // Альманах міжнародного права. – 2010. – Вып. 2. – С. 48–69. – С. 56.

<sup>5</sup> Дрьоміна-Волок Н. В. Вказана праця. – С. 66.

<sup>6</sup> UN. Doc. A/RES/66/144.

<sup>7</sup> Организация Объединенных Наций. Экономический и Социальный Совет. Комиссия по правам человека. Подкомиссия по предупреждению дискриминации и защите меньшинств. Пятдесят первая сессия. Всеобъемлющее рассмотрение тематических вопросов, касающихся ликвидации расовой дискриминации. Глобализация в контексте увеличения числа случаев расизма, расовой дискриминации и ксенофобии. Рабочий документ, представленный г-ном Дж. Олока-Оньянго в соответствии с решением 1998/104 Подкомиссии 22 июня 1999. – UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1999. – П. 32.

<sup>8</sup> Олійник О. О. Соціологічне дослідження корпоративної соціальної відповідальності в регулюванні ризиків у соціально-трудових відносинах / О. О. Олійник // Український соціум. – 2012. – № 2 (41). – С. 107–120. – С. 108.

<sup>9</sup> Дрьоміна-Волок Н. В. Глобальна боротьба з расовою дискримінацією та імперативізація міжнародного права / Н. В. Дрьоміна-Волок // Актуальні проблеми держави і права. – 2012. – № 2. – С. 154–162. – С. 159.

<sup>10</sup> Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (1962–1970), Second Phase, Judgment. – I.C.J. Reports, 1970. – Paras. 33–34.

<sup>11</sup> Білоусов Ю. В. Груповий позов: зарубіжний досвід та перспективи його використання в Україні / Ю. В. Білоусов // Університетські наукові записки. – 2012. – № 1 (41). – С. 295–309.

<sup>12</sup> Яковюк І. В. Європейський регіоналізм у контексті розбудови Європейського Союзу / І. В. Яковюк // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2004. – № 8. – С. 57–68. – С. 62.

<sup>13</sup> Упровадження децентралізації публічної влади в Україні: національний і міжнародний аспекти / Г. Г. Динис, Т. О. Карабін, Я. В. Лазур, М. В. Менджул, Р. П. Натуркач, О. Я. Рогач, М. В. Савчин, І. С. Сухан, П. А. Трачук, І. В. Хохлова; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. М. В. Савчина. – Ужгород : ТИМПАНИ, 2015. – 216 с. – С. 92.

<sup>14</sup> Thlimmenos v. Greece, Appl. No 34369/97, Judgment 6 April 2000, 31 EHRR 15.

<sup>15</sup> Пономарьов С. Ю. Запобігання та протидія дискримінації в Україні : посіб. для працівників органів державної влади та місцевого самоврядування / С. Ю. Пономарьов, І. О. Федорович. – К. : Міжнародна організація з міграції, Представництво в Україні, 2014. – 74 с. – С. 7.

<sup>16</sup> Oruz v. Turkey, Appl. No 33401/02, Judgment 9 June 2009.

<sup>17</sup> Дрьоміна-Волок Н. В. Принцип недискримінації в практиці Європейського суду з прав людини / Н. В. Дрьоміна-Волок // Наукові праці НУ ОЮА. – 2013. – № 13 (34). – С. 321–332. – С. 325.

<sup>18</sup> Rasmussen v. Denmark, Appl. № 8777/79, 28 November 1984.

<sup>19</sup> Carson and Others v. UK [GC], Appl. No. 42184/05, 16 March 2010.

<sup>20</sup> Рішення КСУ № 20-рп/2011 від 26.12.2011 р. та № 3-рп/2012 від 25.01.2012.

### Резюме

**Журавльова Г. С. Конституційний принцип заборони дискримінації та обґрунтованість відмінного ставлення до особи.**

У статті розкривається зміст конституційного принципу заборони дискримінації з точки зору здійснення державою позитивних обов'язків захисту прав людини. Відмінне ставлення до особи засновано на принципі пропорційності й спрямовано на захист слабкої сторони у правовідносинах.

**Ключові слова:** заборона дискримінації, законні очікування, позитивні обов'язки держави, права людини, принцип пропорційності.

### Резюме

**Журавлева А. С. Конституционный принцип запрета дискриминации и обоснованность различного отношения к лицу.**

В статье раскрывается содержание конституционного принципа запрета дискриминации с точки зрения осуществления государством позитивных обязанностей по защите прав человека. Различное отношение к лицу основано на принципе пропорциональности и направлено на защиту слабой стороны в правоотношениях.

**Ключевые слова:** законные ожидания, запрет дискриминации, позитивные обязанности государства, права человека, принцип пропорциональности.

### Summary

**Zhuravlyova H. The constitutional principle of non-discrimination and reasonableness different attitude to the person.**

The article reveals the content of the constitutional principle of non-discrimination in terms of implementation of the state positive obligations of human rights. Different attitude to the person based on the principle of proportionality and is aimed at protecting the weaker party in the legal relationship.

**Key words:** human rights, legitimate expectations, positive obligations of the state, the principle of proportionality, prohibition of discrimination.

**П. С. КОРНІЄНКО**

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

**ПРАВОЗАХИСНА ДІЯЛЬНІСТЬ АДВОКАТУРИ ЯК ЕФЕКТИВНИЙ СПОСІБ  
ЗАПОБІГАННЯ СВАВІЛЛЮ ДЕРЖАВИ**

Виникнувши як фундаментальний інструмент забезпечення універсальних потреб людини, держава самим фактом своєї появи створює основи для існування позадержавних інститутів, які також покликані задовольняти ці потреби. Серед таких суб'єктів важливе місце належить адвокатурі як одному з найважливіших правових інститутів правозахисної діяльності, основним завданням якої є забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги. Тому не дивно, чому стан адвокатури й ставлення до неї держави є важливим мірилом демократичності держави.

Про важливість права на кваліфіковану правничу допомогу свідчать численні міжнародно-правові документи. Так, у «Міжнародному пакті про громадянські і політичні права» 16 грудня 1966 р., ратифікованому Указом Президії Верховної Ради УРСР від 19 жовтня 1973 р., зазначено, що держава повинна гарантувати кожному, чий права і свободи порушено, ефективний засіб правового захисту, таке право повинен встановлювати суд або будь-який інший компетентний орган, передбачений правовою системою держави (ст. 2), і можливість вільного вибору обвинувачення захисника (п. 3 ст. 14)<sup>1</sup>.

Пункт с) ч. 3 ст. 6 «Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод», що була ратифікована Верховною Радою України 17 липня 1997 р., передбачає право кожного обвинуваченого захищати себе особисто або використовувати правову допомогу захисника обраного на власний розсуд<sup>2</sup>.

Також «Основні принципи, що стосуються ролі юриста», прийняті 8 Конгресом ООН, встановлюють: кожна людина має право звернутися до будь-якого юриста за допомогою для захисту і відстоювання своїх прав та захисту їх на усіх стадіях кримінального судочинства (Принцип 1); жоден суд чи адміністративний орган, в якому допускається участь адвоката, не відмовляється визнавати права юриста відстоювати в суді інтереси свого клієнта, за винятком, якщо юристу було відмовлено в праві виконувати професійні обов'язки відповідно до національного права і практики та цих принципів (Принцип 19)<sup>3</sup>.

У свою чергу, Конституційний Суд України Рішенням від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 постановив наступне: положення ч. 1 ст. 59 Конституції України про те, що «кожен є вільним у виборі захисника своїх прав» треба розуміти як конституційне право підозрюваного, обвинуваченого і підсудного при захисті від обвинувачення й особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, з метою отримання правової допомоги обирати захисником своїх прав особу, котра є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто або за дорученням юридичної особи<sup>4</sup>.

Престижність роботи адвокатури та її членів, ефективність їх діяльності безпосередньо пов'язані зі становищем людини в суспільстві й державі, від ставлення до фундаментальних принципів демократії, законності, верховенства права, наявності ефективних гарантій захисту прав людини та відповідно якісної правозахисної діяльності. Роль адвоката у процесі становлення прав людини, утвердження можливості їх захисту та відновлення є неперервною у будь-якій державі, у будь-якому правовому суспільстві. Він має діяти не тільки в інтересах конкретної особи – клієнта, а й у інтересах права загалом.

Основні положення про роль адвокатів, прийняті на VIII Конгресі ООН із запобігання злочинам, що відбувся в серпні 1990 р., проголошують особливість адвокатської діяльності в суспільстві, яку має визнавати, поважати й гарантувати держава на стадії як розробки та прийняття національного законодавства, так і у процесі правозастосування безпосередньо органами, адвокатами, суддями, прокурорами, членами законодавчої та виконавчої влади й суспільством у цілому<sup>5</sup>.

Адвокатура, без сумніву, виступає важливим елементом громадянського суспільства, представляючи інтереси кожного члена цього суспільства як перед ним самим, так і перед державою. Метою адвокатури є взаємодія з державою і водночас правове опозиціонування їй в межах розгляду питань захисту прав та свобод людини і громадянина. Зрештою, адвокатура є певним об'єднанням, що згуртовує довкола себе професіоналів-юристів зі спеціальним статусом, яке діє на засадах самоврядування і через яку реалізуються права юриста на зайняття адвокатською діяльністю.

Здобуття Україною незалежності започаткувало низку докорінних трансформацій державних та громадських інституцій, що в цілому формують ефективне забезпечення функціонування конституційної держави. Тому майже одразу було зроблено перші законодавчі кроки з метою створення самостійної, незалежної адвокатури. 19 грудня 1992 р. був прийнятий Закон України «Про адвокатуру»<sup>6</sup>, відповідно до якого адвокатуру в Україні визначено як добровільне професійне громадське об'єднання, покликане згідно з Конституці-

єю України сприяти захистові прав, свобод і представляти законні інтереси громадян, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, подавати їм іншу юридичну допомогу (ст. 1 Закону).

З метою удосконалення діяльності адвокатури в цілому та кожного адвоката зокрема, покращення становлення високого професійного рівня надання послуг у сфері правової допомоги, поряд із Законом України «Про адвокатуру» було затверджено та схвалено Правила адвокатської етики (схвалені Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при Кабінеті Міністрів України 1 жовтня 1999 р.), якими чітко регламентовано права й обов'язки адвоката<sup>7</sup>.

У 2012 р. набрав чинності новий Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»<sup>8</sup>. Разом із новим Кримінальним процесуальним кодексом України<sup>9</sup> та Законом України «Про безоплатну правову допомогу»<sup>10</sup> він створює підґрунтя для здійснення професійної правозахисної діяльності в Україні. Закон регулює питання адвокатської діяльності повніше, ширше й глибше. Він визначає правові засади організації та роботи адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні.

Адвокатська діяльність здійснюється на принципах верховенства права, законності, незалежності, конфіденційності та уникнення конфлікту інтересів. (ст. 4 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Принципи адвокатської діяльності глибше розкрито в Правилах адвокатської етики.

Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачає дотримання Правил адвокатської етики як одного з основних професійних обов'язків адвоката. Нові та чинні на сьогодні Правила адвокатської етики затверджені Установчим З'їздом адвокатів України від 17 листопада 2012 р.<sup>11</sup>, які розкривають роль, місце та значення діяльності адвоката і адвокатури загалом.

Надзвичайна важливість функціонального навантаження адвокатури вимагає від адвокатів слідування високим етичним стандартам поведінки. При цьому специфіка, комплексний характер обов'язків, що покладено на адвокатуру, обумовлюють необхідність збалансування засад служіння адвоката інтересам окремого клієнта та інтересам суспільства в цілому, дотримання принципів законності й верховенства права.

Протягом століть, відколи існує адвокатура, ведуться пошуки моральних критеріїв оцінки її діяльності, вироблення і встановлення стандартів професійної діяльності адвокатури. З одного боку, це обумовлено особливим правовим і соціальним статусом адвокатури, з іншого, – усвідомленням необхідності підтримки високої суспільної довіри для функціонування самого інституту адвокатури.

У юридичному середовищі досить довго тривали дискусії про роль і місце інституту адвокатури в механізмі держави. Цікавою у даному плані є думка Л. В. Тацій, яка в своєму дисертаційному дослідженні обґрунтувала позицію про недоцільність віднесення інституту адвокатури ні до системи органів юстиції, ні до державних установ, ні до політичної системи, оскільки це суперечило б принципу незалежності. Адвокатура, на її думку, вважається інститутом громадянського суспільства, який є не лише об'єднанням професіоналів-юристів, а й правозахисною інституцією, що реалізує свої повноваження у тісній взаємодії з органами юстиції, а також іншими органами правозахисної дії – судовими органами, нотаріатом, органами реєстрації актів громадянського стану, державної виконавчої служби, судово-експертними установами та іншими державними і недержавними установами, а також інститутами громадянського суспільства. Подібне віднесення адвокатури до інституцій громадянського суспільства покладає на останню додаткові функції щодо захисту прав і свобод людини і громадянина в такому суспільстві<sup>12</sup>.

Визнаючи адвокатуру як інститут громадянського суспільства, це сприяє зміцненню її інституційної незалежності, ефективній реалізації основних прав громадян і їх об'єднань, які багато в чому залежать, в тому числі, і від правильної організації інституту адвокатури. Організація адвокатури повинна задовольняти потребам і завданням, які породжуються основними правами громадян і їх об'єднаннями. Від адвокатури вимагається насамперед прояв загальної волі щодо їх дотримання. Адвокатура має розглядати їх як мету й міру, підпорядковувати свою діяльність цим принципам, виправляти будь-які відхилення від закріплених і гарантованих прав та свобод. Реально «творити» заходи, спрямовані на захист прав і свобод людини і громадянина.

Важливо підкреслити, що сучасна складова характеристики вітчизняного інституту адвокатури безпосередньо пов'язана з перенаправленістю вектора його покращення не тільки у сфері вдосконалення судової системи, а й як самостійного інституту громадянського суспільства, що формується в Україні. Пріоритетними напрямками вдосконалення адвокатури є організаційна незалежність, професійна компетентність, самоврядність, невід'ємність адвокатури від правосуддя і від ефективного захисту прав і свобод людини.

Одночасно із питаннями надання адвокатури високого статусу та завоювання довіри постає питання про надання адвокатури повної незалежності від державних органів, що має подвійну оцінку. З першого погляду, відмова від детальної регламентації адвокатської діяльності та невтручання держави в процес здійснення професійних функцій адвокатури може забезпечити їй найбільш ефективне розв'язання покладених на неї завдань, як на рівні індивідуальної діяльності адвоката, так і на рівні адвокатури як колективного об'єднання, самоврядного об'єднання професіоналів.

Водночас за своєю сутністю адвокатська діяльність є правозахисною, спрямованою на захист прав і свобод людини і громадянина. Враховуючи це, стає очевидним, що адвокат постійно взаємодіє з державою, а сама адвокатура як відповідне об'єднання неможливе без закріплення у відповідних нормах. Це наповнює адвокатську діяльність важливим змістом не тільки організаційного чи правового характеру, а й етичного чи морального та додатково свідчить про важливість і її високий статус. Разом із тим зберігаючи відповідно незалежність від держави<sup>13</sup>.

Ще одним важливим аспектом реалізації права на правосуддя є незалежність адвокатів, оскільки людина, яка бажає скористатися своїми конституційними правами – правом на судовий захист, повною мірою може скористатися цим правом тільки в тому випадку, якщо вона користується юридичною допомогою консультанта, обізнаного в питаннях права, який не піддається сторонньому впливу.

Якщо право на доступ до судового захисту, або право бути заслуханим в суді, або право на справедливий судовий розгляд і тим самим закріплене в конституції право людини на правову допомогу не може бути реалізоване через незалежну, професійну юридичну допомогу, то без такої юридичної допомоги постійно існувала б небезпека порушення прав людини, що в силу своєї необізнаності робитиме неправильні кроки в судовому процесі, необдуманими висловлюваннями заподіє собі шкоду або позбудеться будь-яких прав, не скориставшись відповідними можливостями вчасно, згідно з процесуальним порядком.

Все це означало б, що гарантований конституцією правовий захист є правовою фікцією. Але право на захист і правову (юридичну, правничу) допомогу, як і інститут адвокатури, мають безпосереднє конституційне закріплення. Поняття «юридична допомога» утворює сукупність наступних істотних ознак:

- вплив на елементи життєдіяльності конкретної фізичної або юридичної особи несприятливих факторів викликають загрозу природному здійсненню правового статусу, охоронюваним інтересам, подолання або досягнення яких неможливе без звернення до певного спеціаліста – адвоката;

- активна професійна діяльність адвоката, яка спрямована на з'ясування умов певної конфліктної ситуації, і вжиття заходів щодо попередження або захисту порушених прав і свобод; вироблення рекомендацій довірителя щодо реалізації його правоохоронюваних інтересів;

- укладення угоди на надання юридичної допомоги;

- співпраця особи, яка потребує юридичної допомоги (позивача, відповідача, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого і т.д.), з обраним ним юристом, спрямована на повідомлення необхідної для надання допомоги інформації, передачу документів, речових та інших доказів;

- професійна таємниця як обов'язковий елемент довіри між адвокатом і особою, яка потребує юридичної допомоги;

- незалежність адвоката, який надає юридичну допомогу, від інших фізичних і юридичних осіб;

- пріоритет інтересів клієнта над своїми особистими інтересами;

- наявність особливих (у більшості випадків регулюються законодавством) методів і способів надання юридичної допомоги, корпоративних правил професійної діяльності та етики;

- неможливість гарантування позитивного результату при наданні юридичної допомоги<sup>14</sup>.

Право на юридичну допомогу було чітко встановлено в Конституції США, поправка VI якої встановлювала правило, згідно з яким «в усіх кримінальних справах обвинувачений повинен мати право на швидкий і відкритий суд безсторонніх присяжних зі штату чи округу, де скоєно злочин, і то ці округи закон має попередньо визначати. Обвинуваченого треба повідомляти про зміст і причину обвинувачень, право мати зводни зі свідками позивача, за обов'язковою для усіх процедурою ставити свідків на свою користь і вдаватися до допомоги адвоката для свого захисту»<sup>15</sup>.

Саме з положення «вдаватися до допомоги адвоката для своєї оборони» і починається історія подальшого конституційного закріплення інституту адвокатури.

У сучасній теорії конституційного права право на юридичну допомогу належить до конституційних гарантій права і свобод людини, у тому числі й гарантіям правосуддя. Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод 1950 р. поділяє право на юридичне представництво, що гарантується п. 1 ст. 6, і право на захист, що гарантується п. 2 ст. 6, і п'ятьма підпунктами п. 3 ст. 6 Конвенції. Право на юридичне представництво насамперед стосується сфери дії цивільних прав та обов'язків (п. 1 ст. 6), а право на захист – гарантії презумпції невинуватості (п. 2 ст. 6) і мінімального процедурного захисту відповідно до п. 3 ст. 6.

Таким чином, враховуючи високий статус адвокатури у правовій державі, даний інститут покликаний не тільки виконувати правозахисну функцію, а й забезпечувати пріоритетність дії норм Основного Закону в цілому, адже захист прав особи прямо пов'язаний з повноваженнями адвокатів щодо забезпечення верховенства Конституції, її головних цілей та принципів. Додатково варто звернути увагу, що адвокатура є основним органом, який забезпечує та реально здійснює проголошене в ст. 63 Конституції України право на захист підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, оскільки саме цей елемент громадянського суспільства спроможний найбільш ефективно та організовано забезпечити реалізацію цієї конституційної норми.

Адвокатура – унікальне юридичне явище, це єдина організація, яка виконує державну (публічно-правову) функцію і не є при цьому державним органом.

Також серед науковців поширена думка, згідно з якою діяльність адвокатури при наданні кваліфікованої юридичної допомоги одночасно поєднує дві сторони: приватний інтерес (відновлення порушеного права конкретного довірителя) та публічний інтерес (інтерес усього суспільства в цілому). Публічний інтерес виражається в передбаченому та реалізованому режимі законності, своєчасним припиненням порушень прав і свобод громадян, відновленні порушеного права і попередженні таких порушень в майбутньому. Саме публічний інтерес зумовлює значною мірою соціальний статус адвокатури як інституту громадянського суспільства<sup>16</sup>.

Основи адвокатури та адвокатської діяльності закладає Конституція України у ст. 131-2, яка закріплює, що для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. Незалежність адвокатури гарантується. Засади організації й діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні визначаються законом.



Важливою нормою, що впливає на всю систему надання юридичних послуг в Україні, є положення Конституції України про те, що виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення.

Законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена.

Розділ XV Конституції України «Перехідні положення», у п. 16<sup>1</sup> п. 11 встановлює певні особливості реалізації ст. 131<sup>2</sup>. Зокрема, представництво відповідно до п. 3 частини першої ст. 131<sup>1</sup> та ст. 131<sup>2</sup> цієї Конституції виключно прокурорами або адвокатами у Верховному Суді та судах касаційної інстанції здійснюється з 1 січня 2017 р.; у судах апеляційної інстанції – з 1 січня 2018 р.; у судах першої інстанції – з 1 січня 2019 року. Представництво органів державної влади та органів місцевого самоврядування в судах виключно прокурорами або адвокатами здійснюється з 1 січня 2020 року. Таким чином, була встановлена адвокатська монополія на представництво інтересів осіб в органах судової влади.

Умовно щодо адвокатської монополії всі країни Західної Європи можна розділити на три групи. Перша група – абсолютна монополія (Греція, Франція, Іспанія, Португалія, Люксембург, Норвегія, Кіпр). Так, зокрема, в Іспанії існує адвокатська монополія як на професійне судове представництво, так і на здійснення консультативної діяльності у сфері права. У Португалії, так само як і в Іспанії, адвокати мають монополію на професійне судове представництво, а також правове консультування. Відповідно до Закону про адвокатуру Люксембургу від 10 серпня 1991 р. особам, які не є адвокатами, забороняється здійснювати судове та позасудове представництво, консультативну діяльність з юридичних питань.

Друга група – обмежена монополія: Австрія, Італія, Бельгія, Данія, Швеція, Великобританія, ФРН, Нідерланди. В Італії, наприклад, розрізняють правові дії, які здійснюються особами, внесеними до адвокатського реєстру, і «відносно вільні дії», які можуть здійснюватися і не адвокатами. Здійснення професійного правового консультування особами, яких не внесено до реєстру, утворює склад кримінального злочину (ст.ст. 493, 348 Кримінального кодексу Італійської Республіки). Адвокати Нідерландів мають монополію тільки на судове представництво. Відсутність адвокатської монополії на надання консультативних послуг та позасудове представництво призвело до гострої конкуренції між адвокатами та звичайними юристами. 2/3 обсягу наданих консультативних послуг припадає на «не адвокатів». У Данії відповідно до пар. 131 Закону «Про надання юридичної допомоги» консультативною діяльністю можуть займатися тільки адвокати. Позасудове представництво мають право здійснювати особи, які не є адвокатами, тільки на безоплатній основі. Крім адвокатів, платне судове представництво мають право здійснювати нотаріуси, аудиторі, податкові консультанти, страхові агенти.

Третя група – дерегульований ринок адвокатських послуг (Фінляндія, Мальта та ін). У Фінляндії ринок юридичних послуг повністю дерегульований. На ринку конкурують адвокати з особами, які мають вищу юридичну освіту; в принципі цією діяльністю можуть займатися і не юристи (особи, які не мають професійної освіти).

До першої групи країн приєдналася й Україна після проведення конституційної реформи правосуддя. Таким чином, інститут адвокатури є особливим інститутом громадянського суспільства з чітко визначеними філософсько-правовими характеристиками, які спрямовані на виконання правозахисної функції. Даний інститут поєднує в собі багато рис професійної, громадської, корпоративної організації зі специфічними морально-правовими засадами функціонування відповідно до параметрів сучасної гуманістичної правозахисної ідеї, яка так довго знаходить своє реальне втілення в Україні.

<sup>1</sup> Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р., ратифікований Указом Президії Верховної Ради УРСР від 19 жовтня 1973 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_043)

<sup>2</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р., ратифікована Верховною Радою України 17 липня 1997 р. (із змінами та доповненнями) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004)

<sup>3</sup> Основні принципи, що стосуються ролі юристів, прийняті Восьмим Конгресом ООН з попередження злочинності та поведження з правопорушниками 27 серпня – 7 вересня 1990 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_31](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_31)

<sup>4</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) від 16 листопада 2000 року № 13-рп/2000 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-00>

<sup>5</sup> Основні положення про роль адвокатів, прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 р. // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – К. : Юрінком, 2000. – № 1.

<sup>6</sup> Про адвокатуру : Закон України від 19 грудня 1992 р. № 2887-ХІІ // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1993. – № 9. – Ст. 62.

<sup>7</sup> Правила адвокатської етики, схвалені Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при Кабінеті Міністрів України 1 жовтня 1999 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/MUS128.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MUS128.html)

<sup>8</sup> Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI (із змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2013. – № 27. – Ст. 282.

<sup>9</sup> Кримінальний процесуальний кодекс від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI (із змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2013. – № 9–10, № 11–12, № 13. – Ст. 88.

<sup>10</sup> Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI (із змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2011. – № 51. – Ст. 577.

<sup>11</sup> Правила адвокатської етики, затверджені Установчим З'їздом адвокатів України від 17 листопада 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://vkdka.org/pravil-advokatskoji-etiki/>

<sup>12</sup> Тацій Л. В. Юридична природа адвокатури в системі захисту прав і свобод людини і громадянина : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / Л. В. Тацій. – Х., 2008. – С. 6.

<sup>13</sup> Подоляка А. М. Захист прав і свобод громадян засобами адвокатури // Форум права. – 2009. – № 1. – С. 431 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbu.gov.ua/ejournals/FP/2009-1/09pamgza.pdf>

<sup>14</sup> Печерский В. В. Институт адвокатуры: теория основных понятий и принципов / В. В. Печерский. – М. : Юрлитинформ, 2008. – С. 62–63.

<sup>15</sup> Конституція Сполучених Штатів Америки (переклад) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://uk.wikisource.org/wiki/%D0%A%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%82%D1%83%D1%86%D1%96%D1%8F\\_%D0%A1%D0%A8%D0%90](https://uk.wikisource.org/wiki/%D0%A%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%82%D1%83%D1%86%D1%96%D1%8F_%D0%A1%D0%A8%D0%90)

<sup>16</sup> Козьмініх А. В. Роль інституту адвокатури в реалізації правозахисної функції громадянського суспільства: автореф. дис. ... канд. політ. наук : спец. 23.00.02 / Альона Віталіївна Козьмініх. – Одеса: 2008. – С. 5.

#### Резюме

##### **Корнієнко П. С. Правозахисна діяльність адвокатури як ефективний спосіб запобігання свавілля держави.**

У статті досліджуються питання діяльності адвокатури як важливого елементу правозахисного механізму та інституту, що ефективно протидіє протиправній діяльності держави. Автор акцентує також увагу на проблемних питаннях діяльності адвокатури, гарантій роботи захисників та представників особи, їх ролі у процесі забезпечення захисту прав і свобод людини і громадянина.

**Ключові слова:** адвокатура, захист прав і свобод людини і громадянина, право на правову допомогу, правозахисна діяльність, конституційна реформа щодо правосуддя.

#### Резюме

##### **Корнієнко П. С. Правозащитная деятельность адвокатуры как эффективный способ предотвращения произвола государства.**

В статье исследуются вопросы деятельности адвокатуры как важного элемента правозащитного механизма и института, который эффективно противодействует противоправной деятельности государства. Автор акцентирует также на проблемных вопросах деятельности адвокатуры, гарантий работы защитников и представителей лица, их роли в процессе обеспечения защиты прав и свобод человека и гражданина.

**Ключевые слова:** адвокатура, защита прав и свобод человека и гражданина, право на правовую помощь, правозащитная деятельность, конституционная реформа правосудия.

#### Summary

##### **Korniyenko P. Remedial Activities of Advocacy as an Effective Way to Prevent Arbitrary State.**

The article deals with the question of the advocacy activity as an important element of human rights protection mechanisms and institutions that effectively counteract the activity of the state. The article depicts the formation genesis of the Institute of advocacy activity of a civil society in modern Ukraine. Attention is drawn to the provisions of international instruments that capture the need for securing the right to counsel, legal aid and so on. The problems of the advocacy in order to protect the rights and freedoms of man and citizen in the context of changes to the Constitution of Ukraine on justice are described in the article. The author also focuses on the problematic issues of the advocacy, guarantees of defenders and representatives of the person, their role in the protection of rights and freedoms of man and citizen.

**Key words:** advocacy, protection of the rights and freedoms of citizens, the right to legal assistance, constitutional reform on justice.

**Т. С. МАРТЪЯНОВА**

*Тамара Сергіївна Мартьянова, кандидат юридичних наук, головний спеціаліст ТУ ДСА України у Львівській області*

## **ПРЯМА ДІЯ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ ЯК УМОВА НЕЗАЛЕЖНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ**

Основною гарантією реалізації будь-якого права людини є дієвий механізм судового захисту. «Подати позов – значить мати право» – ця формула, вироблена римським правом (*actio habere – ius habere*), є доволі актуальною сьогодні, особливо в умовах проведення конституційної реформи в частині правосуддя та забезпечення прав людини в умовах побудови правової держави<sup>1</sup>. Підтвердженням цієї фундаментальної формули є те, що згідно з Конституцією України безпосередня дія прав та свобод людини і громадянина перебуває в нерозривному зв'язку з правосуддям, а точніше – забезпечується ним. Конституційна природа права на судовий захист означає, що це право має специфіку, яка визначається його основним призначенням – бути гарантією реалізації всіх інших прав і свобод. Це право абсолютне. У свою чергу, право на судовий захист залежить від організації діяльності органів судової влади, зокрема від рівня забезпечення їх незалежного функціонування.

У зв'язку з тим, що положення про незалежність судової влади належить до основ конституційного ладу, реалізація принципу прямої дії Конституції України має безпосереднє значення для забезпечення формування дієвого механізму захисту суб'єктивних прав. У юридичній науці посилено увагу до питань про значення реалізації прямої дії Конституції для формування дієвих механізмів захисту суб'єктивних прав. Пряму дію розглядають в ролі соціальної потреби, що означає передусім не застосування, а реалізацію норм Основного Закону, тобто їх виконання і дотримання.

Переважає підхід, згідно з яким можливість судів безпосередньо застосовувати норми Конституції є об'єктивним критерієм самостійності судової влади. Разом із тим не розглядається специфіка нормативно-регулюючого впливу Основного Закону в контексті забезпечення незалежності судів. Розгляд принципу прямої дії Конституції за допомогою аналізу регулюючого впливу нормативно-регулятивних засобів Основного Закону допоможе показати вплив названого принципу на діяльність судової влади, що має значення для формування дієвого механізму захисту суб'єктивних прав.

Необхідно підкреслити, що судова система є одним із основних елементів державного апарату, що забезпечує реалізацію та захист прав і свобод людини і громадянина. В Україні діє принцип поділу влади, що знайшло своє закріплення в Конституції, у якій зазначено, що органи законодавчої, виконавчої та судової влади незалежні у своїх повноваженнях. Норми Закону України «Про судоустрій та статус суддів» також регламентують питання забезпечення діяльності судів та їх фінансування, спрямовані на забезпечення незалежності судів як окремої гілки державної влади. Цивільним процесуальним законодавством встановлено правило про незалежність суддів і підпорядкування їх тільки Конституції і законам України при здійсненні правосуддя. Процесуальне законодавство передбачає, що суди зобов'язані вирішувати цивільні справи на підставі Конституції України.

На міжнародному рівні питання про незалежність судової влади також не залишилося поза увагою. В Основних принципах незалежності судових органів, прийнятих Конгресом ООН і схвалених резолюціями Генеральної Асамблеї ООН у 1985 р., зазначено, що незалежність судових органів гарантується державою і закріплюється в конституції або законах країни; судові органи мають компетенцію щодо всіх питань судового характеру<sup>2</sup>. Рекомендація № R (94) 12 Комітету міністрів державам-членам про незалежність, ефективність і ролі суддів, прийнята Комітетом міністрів Ради Європи 13 жовтня 1994 р., в якості обов'язків суддів передбачає забезпечення належного застосування закону<sup>3</sup>.

Аналізуючи зазначені конституційні, законодавчі положення й міжнародні норми, необхідно виділити кілька аспектів незалежності судової влади: інституційний (організаційний) аспект полягає в управлінському та фінансовому відокремленні судової влади від інших гілок влади; змістовний (функціональний) аспект передбачає самостійний розгляд судом конкретної справи, у тому числі виключні повноваження в судовому процесі на основі норм права, що підлягають застосуванню в конкретній справі, що розглядається.

Про існування незалежної судової влади в будь-якій державі можна вести мову лише при одночасній наявності означених складових. Для даної проблеми значення має змістовний (функціональний) аспект незалежності судової влади. Діяльність судів заснована насамперед на правозастосуванні, яке полягає у встановленні фактичних обставин справи, що розглядається, і визначенні норми права, що підлягають застосуванню відповідно до встановлених обставин справи. Вважаємо, що застосування судами нормативного акта тільки після його оцінки на предмет відповідності Основному Закону, загальноновизнаним принципам і нормам між-

народного права і міжнародних договорів допоможе розглядати суд не просто в якості правозастосувача, а як незалежного органу, який застосовує закон з метою здійснення правосуддя, тобто «в пошуках права». При здійсненні правосуддя головним критерієм в оцінці нормативного акта, що підлягає застосуванню в конкретній справі, є відповідність норм такого акта Конституції України, що впливає з вищої юридичної сили Основного Закону. Можливість проведення судами такої оцінки свідчить про присутність у діяльності судів змістовного (функціонального) аспекту незалежності й реалізації одного з основних принципів конституціоналізму – принципу прямої дії Конституції України, який дозволяє судам застосовувати конкретні конституційні положення за допомогою посилання на них у правозастосовних рішеннях.

Питання про незалежність судів та принцип прямої дії Конституції України пов'язані між собою на підставі наступного: по-перше, положення про незалежність (самостійність) судів міститься в Конституції України та належить до основ конституційного ладу, що дозволяє поширити всі властивості Основного Закону і на норми про незалежність судів, у тому числі необхідність забезпечення прямої дії таких норм; по-друге, здійснюючи правозастосовну діяльність, суди повинні враховувати особливий нормативно-регулятивний статус Основного Закону, що включає принцип прямої дії Конституції, виходячи з якого на всіх стадіях здійснення правосуддя судам необхідно керуватися насамперед конституційними положеннями. Разом із тим сформульовані на сьогоднішній день позиції вищих органів судової влади не дозволяють зробити висновок про наявність, наприклад, у судів загальної юрисдикції можливості з реалізації принципу прямої дії Конституції України на стадії визначення правового акта, що підлягає застосуванню в конкретній справі. Конституційний Суд України, що займає, на думку вчених, «чільне місце в системі забезпечення прямої дії Конституції України»<sup>4</sup> та є «гарантом конституціоналізації правового порядку»<sup>5</sup>, у своїх рішеннях давав офіційне, загальнообов'язкове тлумачення з даного питання<sup>6</sup>, наголосивши на практичній необхідності приведення засад функціонування судової системи відповідно до букви і духу Конституції України, що є визначальним для здійснення судової реформи.

Для судів загальної юрисдикції значну роль в питанні прямої дії Конституції відіграє позиція, відображена в постанові Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 р. № 97. Проте в разі встановлення в судовому процесі протиріччя правового акта Основному Закону суди не можуть застосувати Конституцію як акт прямої дії, але зобов'язані звертатися в установленому порядку до Конституційного Суду, що не повною мірою відповідає принципу прямої дії Конституції та формуванню функціональної незалежності судів загальної юрисдикції. Відповідно до Закону України «Про Конституційний Суд України» та виходячи з позицій вищих органів судової влади, суди загальної юрисдикції як основні правозастосовні органи щодо захисту прав і свобод людини і громадянина обмежені в можливості й обов'язку, що впливає з Конституції України, забезпечувати при здійсненні своєї компетенції принцип прямої дії конституційних норм. Окреслені позиції Верховного Суду поширюються в рамках підходу, згідно з яким принцип прямої дії Конституції України розглядається в ролі соціального запиту<sup>8</sup> і означає передусім не застосування, а реалізацію норм Основного Закону, тобто їх виконання й дотримання. Такий погляд на пряму дію Конституції виник у зв'язку з тим, що Конституція містить в собі положення особливого характеру (правові принципи, цілі, завдання, дефініції, презумпції тощо), які, на думку деяких вчених, позбавлені традиційної логічності норми права в силу відсутності деяких її елементів. Але юридичні норми і їх система є лише одним із проявів права як нормативного регулювання. Право не зводиться тільки до норм, існують приписи, що не укладаються в поняття юридичної норми. Правові принципи, дефініції, цілі, завдання, декларації, аксіоми та інші подібні правові регулятори, незважаючи на відсутність гіпотези і санкції, є цілком закінченими одиницями нормативної системи права, вираженими на високому рівні узагальненості і належать до особливих нормативних регуляторів – нормативних узагальнень, які в концентрованому вигляді виражають зміст права<sup>9</sup>.

Саме Конституція стоїть на вершині правової піраміди за кількістю нормативних узагальнень, що містяться в її тексті. Значення конституційних нормативних узагальнень можна простежити в ситуації, коли той чи інший нормативно-правовий акт не містить правових норм і принципів, які дозволяють врегулювати суспільні відносини, що підвищує ризик довільного обмеження прав учасників таких відносин<sup>10</sup>. У таких випадках на підставі принципу прямої дії завжди є можливість врегулювати відносини, звернувшись до положень Основного Закону з метою усунення неправомірного обмеження конституційних прав і свобод громадян, адже прогалини в законодавстві не можуть слугувати підставою для такого обмеження. Ця проблема ілюструє необхідність визнання за судами загальної юрисдикції права на здійснення оцінки законодавства на предмет відповідності Конституції та на безпосереднє застосування положень Основного Закону. Інший підхід може призвести до порушення суб'єктивних прав, гарантованих Конституцією.

Пряма дія Конституції є не абстрактною ідеєю, вона пронизує сферу нормативно-правового регулювання, є певною обов'язковою вимогою до поведінки суб'єктів правовідносин, передусім до правозастосувача. Через відсутність у конституційних положеннях структури, схожої до норми права, є ризик, коли деякі суб'єкти не сприймають дані регулятори як реально діючі нормативно-регулятивні засоби. У такій ситуації принцип прямої дії Конституції забезпечує обов'язковий характер нормативно-регулятивних засобів, що містяться в Конституції та регламентують у тому числі питання незалежності судової влади. Виходячи з такого значення нормативно-регулятивних засобів Основного Закону та враховуючи, що головною гарантією реалізації будь-якого права є дієвий механізм судового захисту, вважаємо, що суди повинні мати реальну можливість вирішувати справи на основі Конституції України, у тому числі в разі встановлення протиріччя



між Основним Законом і нормативно-правовим актом, що підлягає застосуванню у конкретній справі. Даний підхід дасть змогу застосувати на практиці принцип прямої дії Конституції і забезпечити реалізацію функціональної незалежності судової влади, особливо судів загальної юрисдикції.

<sup>1</sup> Шемшученко Ю. С. Доктринальні проблеми забезпечення верховенства права в процесі конституційної й судово-правової реформи в Україні / Ю. С. Шемшученко, В. М. Тертишник // Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. – 2017. – Ч. 1. – С. 46–52.

<sup>2</sup> Основні принципи незалежності судових органів. Схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_201](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_201)

<sup>3</sup> Незалежність, дієвість та роль суддів : рекомендація № (94) 12 (ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи на 518 засіданні заступників міністрів 13 жовтня 1994 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994\\_323](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_323)

<sup>4</sup> Хотинська-Нор О. З. Теорія і практика судової реформи в Україні : моногр. / О. З. Хотинська-Нор. – К. : Алерта, 2016. – С. 152.

<sup>5</sup> Подорожна Т. С. Конституційний Суд України як гарант конституціоналізації правового порядку / Т. С. Подорожна // Публічне право. – 2016. – № 3 (23). – С. 84–92.

<sup>6</sup> Рішення КСУ № 9-зп від 25.12.1997р. у справі за конституційним зверненням громадян Проценко Р. М., Ярошенко П. П. та інших громадян щодо офіційного тлумачення статей 55, 64, 124 Конституції України (справа за зверненням жителів міста Жовті води) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-97>

<sup>7</sup> Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя : постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. № 9 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96>

<sup>8</sup> Хотинська-Нор О. З. Теорія і практика судової реформи в Україні : моногр. / О. З. Хотинська-Нор. – К. : Алерта, 2016. – С. 34, 152.

<sup>9</sup> Подорожна Т. С. Законодавчі дефініції: поняття, структура, функції : моногр. / Т. С. Подорожна. – Л. : ПАІС, 2009. – С. 34.

<sup>10</sup> Там само. – С. 36.

### Резюме

#### **Мартьянова Т. С. Прямая дія Конституції України як умова незалежності судової влади.**

Стаття присвячена дослідженню принципу прямої дії Конституції України як умови незалежності судової влади. Зауважено, що принцип прямої дії Конституції забезпечує обов'язковий характер нормативно-регулятивних засобів, що містяться в Конституції та регламентують питання незалежності судової влади. Наголошено, що суди повинні мати реальну можливість вирішувати справи на основі Конституції України, в тому числі в разі встановлення протиріччя між Основним Законом і нормативно-правовим актом, що підлягає застосуванню в конкретній справі. Даний підхід допоможе застосувати на практиці принцип прямої дії Конституції і забезпечити реалізацію функціональної незалежності судової влади, особливо судів загальної юрисдикції.

**Ключові слова:** Конституція України, конституційне право, пряма дія Конституції, нормативно регулятивні засоби, нормативні узагальнення, норма права, принципи, суди загальної юрисдикції, незалежність судів, гарантії правової реалізації.

### Резюме

#### **Мартьянова Т. С. Прямое действие Конституции Украины как условие независимости судебной власти.**

Статья посвящена исследованию принципа прямого действия Конституции Украины как условия независимости судебной власти. Отмечено, что принцип прямого действия Конституции обеспечивает обязательный характер нормативно-регулятивных средств, содержащихся в Конституции и регламентирующих вопросы независимости судебной власти. Отмечено, что суды должны иметь реальную возможность решать дела на основе Конституции Украины, в том числе в случае установления противоречия между Основным Законом и нормативно-правовым актом, который подлежит применению по конкретному делу. Данный подход позволит применить на практике принцип прямого действия Конституции и обеспечить реализацию функциональной независимости судебной власти, особенно судов общей юрисдикции.

**Ключевые слова:** Конституция Украины, конституционное право, прямое действие Конституции, нормативно регулятивные средства, нормативные обобщения, норма права, принципы, суды общей юрисдикции, независимость судов, гарантии правовой реализации.

### Summary

#### **Martjanova T. Direct action of constitution as a condition of independence of courts.**

The author of the article suggests paying attention to the connection between the realization of the principle of the direct action of the Constitution and the functional aspect of the constitutional requirement about the independence of courts. The principle of the direct action of the Constitution is referred to normative-regulative means together with the norms of law. The researcher comes to the conclusion about the necessity to provide courts with the right to directly apply the Constitution in case when a normative-legal act liable to administration conflicts with the Fundamental Law.

**Key words:** Constitution of the Ukraine, Fundamental Law, direct action of Constitution, normative regulative means, normative generalizations, norm of law, principle, courts of general jurisdiction, independence of courts, guarantee of right realization.

**В. А. МИКОЛЕНКО**

*Віктор Андрійович Миколенко, кандидат юридичних наук, проректор Східноєвропейського університету економіки та менеджменту*

## **ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД УДОСКОНАЛЕННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ПРОКУРАТУРИ У КОНТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ МОДЕРНІЗАЦІЇ**

Реформа правоохоронної системи є одним із найважливіших та визначальних напрямів сучасного конституційно-правового розвитку, оскільки спрямована на підвищення ефективності реалізації правоохоронної функції як іманентної характеристики демократичної, правової, соціальної держави за умови концептуального спрямування реалізації цієї функції на захист прав та свобод людини і громадянина як найвищої соціальної та конституційної цінності в контексті всебічного втілення в регулюванні суспільних відносин європейської правової традиції.

Варто зазначити, що окремі питання конституційно-правового статусу, функціональних та організаційно-правових аспектів діяльності прокуратури неодноразово були безпосереднім предметом дослідження вітчизняної юридичної, зокрема – конституційно-правової, науки.

Серед інших, слід відзначити праці таких науковців, як О. В. Баганець, М. О. Баймуратов, Ю. Г. Барабаш, Ю. М. Бисага, С. В. Білошицький, Ю. О. Волошин, А. Г. Гаркуша, Л. Р. Грицаєнко, В. В. Долежан, О. Є. Єгоров, О. В. Зайчук, В. М. Кампо, В. Б. Ковальчук, О. Л. Копиленко, М. В. Косюга, В. В. Кравченко, В. Т. Маляренко, О. Р. Михайленко, М. І. Мичко, М. П. Орзіх, В. Ф. Погорілко, М. В. Руденко, М. В. Савчин, М. І. Ставнійчук, А. А. Стрижак, Ю. М. Тодика, В. Л. Федоренко, О. Ф. Фрицький, С. В. Шевчук, Ю. С. Шемшученко.

При цьому праці українських конституціоналістів та вчених суміжних галузей права здебільшого були зосереджені на дослідженні та науковому обґрунтуванні функціональної складової діяльності прокуратури України, її внутрішніх організаційно-правових питань, окремих питань взаємодії прокуратури з іншими правоохоронними та судовими органами, а той час як на сучасному етапі європейської міждержавної інтеграції України необхідним вбачається комплексний аналіз європейської моделі організації та діяльності органів прокуратури на практичному прикладі європейських держав із усталеними національними правовими та правоохоронними системами, концептуальна побудова яких відображає найважливіші засади європейських правових стандартів.

**Мета статті** – розкрити ключові тенденції та особливості досвіду модернізації конституційно-правового статусу прокуратури в європейських державах з метою визначення оптимальних шляхів удосконалення організації та діяльності прокуратури України.

Зважаючи на те, що питання визначення структури, повноважень та практичних механізмів діяльності прокуратури є внутрішнім конституційним питанням та регулюється міжнародно-правовими джерелами лише рамково, доцільним вбачається ретельний аналіз досвіду модернізації конституційно-правового статусу в деяких європейських країнах, особливо в умовах реалізації стратегічного курсу України на набуття повноцінного членства в Європейському Союзі з відповідною гармонізацією національного законодавства з європейським правом.

Так, згідно з литовським законом «Про прокуратуру» та Конституцією Литви, прокуратура є державним органом, що сприяє винесенню судом легітимних рішень. До функцій прокуратури належать: 1) організація розслідування за певними напрямками, що передбачені законодавством; 2) проведення розслідування або відокремлених досудових дій; 3) контроль над слідчими в кримінальному судочинстві; 4) підтримання державного обвинувачення у кримінальних справах; 5) здійснення загальних і спеціальних засобів стосовно попередження злочинів; 6) координація досудового слідства з розслідування кримінальних злочинів; 7) захист суспільних інтересів; 8) розгляд у межах своєї компетенції прохань, заяв і скарг; 9) участь у розробленні та реалізації національних і міжнародних програм попередження злочинності; 10) участь у законодавчому процесі; 11) здійснення інших функцій, передбачених у законодавстві<sup>1</sup>.

Із наведеного переліку можна зробити два важливі висновки. По-перше, прокуратура Литви здійснює досить великий перелік функцій, включаючи таку дискреційну функцію, як «захист суспільних інтересів» (водночас йдеться не про т. з. притаманний тоталітарним державно-правовим системам «загальний нагляд», а, в першу чергу, про представництво інтересів держави і суспільства. – Авт.). По-друге, що цікаво, перелік функцій прокуратури Литви не є вичерпним, тобто, скоріше за все, може доповнюватися й розширюватися за обсягом і за рахунок, у тому числі, положень інших статей законодавства, оскільки у формально-догматичній площині Литовська прокуратура у своїй діяльності керується Конституцією Литовської Республіки, законом «Про прокуратуру» та іншими законами і міжнародними договорами Литовської Республіки<sup>2</sup>.

Обвинувач у литовській прокуратурі діє незалежно і в односторонньому порядку, відповідно до закону і за принципом розумності, при дотриманні прав і свобод людини, відповідно до принципу презумпції невинуватості та законності. Державні органи і посадові особи є рівними перед законом. Громадяни є рівними перед законом незалежно від соціального та сімейного статусу людини, роботи, службового становища, переконань, віросповідання, етнічного походження, раси, статі, національності, мови, релігії та освіти<sup>3</sup>.

Законні вимоги прокурора є обов'язковими для всіх державних і муніципальних установ, посадових осіб, службовців, фізичних та юридичних осіб і мають бути реалізовані на всій території Литви<sup>4</sup>.

Дії та рішення прокуратури відповідно до закону може бути оскаржено у вищестоящій прокуратурі та суді. Незаконна дія або бездіяльність посадових осіб прокуратури, в результаті якої заподіяно шкоду, компенсується відповідно до чинного законодавства у цивільно-процесуальному порядку, а саме – на підставі нормативних положень Цивільного кодексу і Цивільного процесуального кодексу Литовської республіки<sup>5</sup>.

Подібний комплексний підхід до визначення функцій прокуратури відображає Закон Латвії «Про прокуратуру», що покладає на прокуратуру низку функцій, крім кримінального переслідування (розслідування злочинів, участь у законотворчості тощо), і визначає основні завдання прокурорської діяльності. До них належать: зміцнення правової держави, законності та правопорядку, охорона від незаконних посягань проти державного устрою республіки, її політичної та економічної системи, прав і свобод громадян, прав і законних інтересів підприємств, установ, організацій<sup>6</sup>.

У Латвії тільки з відома Генерального прокурора дозволяється контролювати інформаційні системи та засоби зв'язку, що використовуються в діяльності прокуратури, зокрема електронні, знімати з них інформацію та втручатися в їх діяльність (ст. 7 Закону «Про прокуратуру»). У Латвії також забороняється адміністративне затримання прокурорів. У Законі Латвії «Про прокуратуру» передбачено створення колегій, які вирішують досить значний обсяг питань. На їх засіданнях можуть бути вислухані повідомлення та пояснення керівників міністерств, державних департаментів і відомств, інших органів, підприємств і установ про дотримання законності у підпорядкованих чи підконтрольних їм організаціях. Прокуратура Литви є незалежною складовою судової влади. Прокуратура Литви, як і прокуратура Латвії, зазнала часткових змін, зокрема було скасовано загальнонаглядові функції органів прокуратури. Прокуратура Латвії бере участь у правотворчій діяльності. Право законодавчої ініціативи прокуратури передбачено Конституцією та законами. Нині система органів прокуратури Литви є триланцюговою та складається з Генеральної прокуратури, п'яти окружних прокуратур, прокуратур міст і районів<sup>7</sup>.

Нагомість, прокуратура Естонії, на відміну від органів прокуратури Латвії та Литви, має не лише значно менше функцій, а й становить собою інститут державної влади, що перебуває у сфері компетенції Міністерства юстиції Естонії. Відповідно до Закону Естонії «Про прокуратуру» основними завданнями прокуратури є: нагляд за дотриманням законності під час нарад суду з адвокатами сторін при розгляді кримінальних справ; репрезентація державного звинувачення в судах усіх інстанцій; нагляд за виконанням вироків, пов'язаних із позбавленням волі; нагляд за дотриманням законності під час виконання примусових дій медичного та виправного характеру; нагляд за дотриманням поліцією законності під час виконання нею своїх функцій<sup>8</sup>.

Така обмежена сфера діяльності прокуратури Естонії пов'язана передусім із розподілом функцій, які раніше вона виконувала, між прокуратурою та іншими новоствореними державно-правовими структурами, зокрема службою Канцлера юстиції. Канцлер юстиції є незалежною посадовою особою, що здійснює нагляд за відповідністю правових актів законодавчої та виконавчої влади і місцевого самоврядування Конституції та законом (з чого випливає важливе положення про необхідність своєчасного створення компетентних інституцій у сфері захисту прав і свобод громадян, інтересів у суспільства та держави у разі усунення прокуратури від даного елемента її конституційної компетенції. – Авт.). Відповідно до ст. 11 Закону Естонії «Про прокуратуру», прокурор є незалежним під час виконання своїх професійних завдань і керується чинними законами та власними переконаннями<sup>9</sup>.

Згідно із Законом Естонії «Про прокуратуру», Генерального прокурора звільняють зі служби за власним бажанням у разі визнання його банкрутом, за дисциплінарну провину. В останньому випадку рішення ухвалюється Міністром юстиції за пропозицією Дисциплінарної комісії. Рішення про звільнення зі служби в разі дисциплінарного стягнення, що накладається на Генерального прокурора держави, приймає Уряд Республіки за пропозицією Міністра юстиції. Прокурор також може бути звільнений зі служби по досягненні ним 65-річного віку<sup>10</sup>.

Положенням про прокуратуру передбачено такі посади, як кандидат у прокурори, виконувач обов'язків помічника прокурора, а також радник прокурора. Кандидат у прокурори за своїми функціями і характером своєї діяльності має відповідати вимогам, що висуваються до особи, яку приймають на роботу з випробувальним терміном. Радник прокурора організовує роботу у сфері зовнішніх відносин, систематизує правові акти, збирає та аналізує статистичні матеріали, організовує навчання та підвищення кваліфікації прокурорів, технічних працівників прокуратури, інформує засоби масової інформації, розглядає заяви і скарги, а також підтримує осіб, які їх подають<sup>11</sup>.

На погляд Є. Невмержицького та Ф. Шульженка, якщо говорити про європейський досвід, то для України історично щонайбільший інтерес має досвід побудови та функціонування прокуратури у ФРН, де вона хоча й формально й діє при судах і підпорядкована міністру юстиції, але фактично це достатньо незалежний від будь-якої гілки влади інститут. Таке положення прокуратури в цій державі забезпечується багатьма пра-

вовими актами і не в останню чергу – процедурою призначення і звільнення Генерального федерального прокурора. Його призначає Президент ФРН за поданням Міністра юстиції та за узгодженням з верхньою палатою парламенту – Бундесратом, причому це призначення безстрокове<sup>12</sup>. Прокурор у Федеративній Республіці Німеччині – це своєрідний орган, що є частиною правосуддя цієї країни<sup>13</sup>.

Кожний рівень цієї прокуратури має свої функції, чітко сформульовані в законі. Генеральна федеральна прокуратура, наприклад, наділена повноваженнями загальнодержавного значення: це участь в апеляційному і касаційному провадженнях; кримінальне переслідування за злочини, які спрямовано проти внутрішньої та зовнішньої безпеки країни тощо. Повноваження земельних прокуратур спрямовано на захист інтересів федеральної землі<sup>14</sup>.

Водночас для всіх рівнів прокуратури цієї держави найважливішою є функція кримінального переслідування, що передбачає широкі повноваження, починаючи від прийняття рішення про наявність підстав для пред'явлення публічного звинувачення – до керівництва розслідуванням усіх злочинів (тобто прокурорам надається функція процесуального керівництва як важливий елемент практичної діяльності переважної більшості сучасних європейських прокуратур. – Авт.) і підтримкою звинувачення в суді. До повноважень прокуратури входить також вирішення питання про відмову від пред'явлення звинувачення. У цій правовій державі діє принцип процесуального панування прокуратури на стадії досудового слідства. На практиці судова поліція ФРН виступає як допоміжний орган прокуратури при розслідуванні злочину<sup>15</sup>.

Отже, як можна побачити, внутрішня побудова й повноваження прокуратури ФРН дуже близькі до французької моделі, але водночас у Франції, на відміну від ФРН, систему органів розслідування становлять слідчий суддя, прокуратура і судова поліція. На прокуратуру покладено обов'язки кримінального переслідування, керівництва розслідуванням справ про злочини судовою поліцією, підтримки звинувачення в суді та нагляду за виконанням рішень<sup>16</sup>.

Крім того, Є. Невмержицький та Ф. Шульженко наголошують, що є свої специфічні відмінності в організації та повноваженнях прокуратури в Сполучених Штатах Америки, де Генеральний Федеральний прокурор є одночасно Міністром юстиції, тобто фактично належить до виконавчої гілки влади. Генеральних прокурорів штатів і окружних прокурорів обирає населення демократичним шляхом, що забезпечує їх реальну незалежність від усіх гілок влади і прозорість діяльності<sup>17</sup>.

Таким чином, як можна побачити, досвід визначення конституційно-правового статусу прокуратури як в європейських, так і в інших зарубіжних державах демонструє універсальність методологічного підходу, відповідно до якого питання організації діяльності, функцій та повноважень прокуратури становлять внутрішню компетенцію суверенних держав, але в той же час в умовах європейської міждержавної інтеграції України конституційно-правове регулювання, безумовно, повинно імплементувати та належним чином враховувати європейські спільні правові стандарти, які, у свою чергу, відображають європейські правові цінності як необхідну умову адаптації національного законодавства до європейського права.

В цілому, у результаті проведеного компаративного аналізу конституційно-правового статусу зарубіжних прокуратур та шляхів його удосконалення в європейських державах можна дійти до таких найважливіших висновків та узагальнень у контексті пошуку оптимальної моделі конституційної модернізації прокуратури України на сучасному етапі: а) спільною рисою процесів удосконалення конституційно-правового статусу прокуратур переважної більшості європейських держав в частині визначення їх місця та ролі серед органів державної влади є мета забезпечити незалежність діяльності прокурорів, включаючи найвище керівництво, від політичних органів, що виражається, зокрема, у тенденції відокремлення систем органів прокуратури від виконавчої гілки влади, а посади Генерального прокурора – від посади Міністра юстиції, а також в усуненні політичних органів (глава держави, уряд, парламент, центральні органи виконавчої влади тощо) від безпосереднього вирішення кадрових питань у системі прокуратури та видання індивідуальних актів з організаційних питань її функціонування; б) діяльність органів прокуратури поза межами кримінальної юстиції є цілком допустимою та знаходить своє відображення у законодавстві більшості європейських держав, у тому числі – через наділення прокуратури координаційними функціями – функцією координації досудового слідства (процесуального керівництва) та/або функції координації боротьби зі злочинністю (право на обов'язковість виконання вказівок прокурора щодо усунення причин та умов скоєння злочинів, а також вироблення загальної стратегії попередження та подолання злочинності на певній території чи в країні в загалом); в) в європейських державах із правовими системами, що належать до континентальної (романо-германської) правової сім'ї, загальним нормативно-джерельним підходом до регулювання правового конституційно-правового статусу прокуратури є закріплення норм щодо структури, функцій, повноважень, вищих керівних органів та посадових осіб прокуратури як безпосередньо в конституціях, так і в спеціальних комплексних законах інституціонального характеру про прокуратуру; г) пріоритетною сферою функціональної діяльності прокуратури в усіх європейських державах є сфера кримінальної юстиції, що включає як кримінальне переслідування (зокрема підтримання державного обвинувачення у суді), так і наглядові функції за органами досудового слідства, але водночас у законодавстві розвинутих правових держав виключається можливість прокурорського нагляду за законністю у рішеннях та діях (бездіяльності) суду в межах його процесуальної діяльності; д) при проведенні посттоталітарної конституційної модернізації органів прокуратури, яка включала усунення прокуратури від т. з. «загального нагляду», іманентно притаманного органам прокуратури тоталітарних держав у колишніх соціалістичних європейських державах паралельно з виключенням відповідних положень з конституцій та нормативно-правових актів про прокуратуру створювалися ефектив-



ні спеціальні органи забезпечення прав і свобод людини та громадянина, законних інтересів суспільства і держави, а крім того – здійснювалася комплексна велика судова реформа, що гарантувала належну якість та справедливість судочинства при застосуванні суб'єктами правових відносин судового способу захисту порушених прав та свобод.

Означені особливості та тенденції удосконалення та визначення конституційно-правового статусу прокуратури в європейських державах, на наш погляд, мають бути обов'язково враховані при проведенні конституційної модернізації інституту прокуратури в Україні, що сприятиме зближенню національної правоохоронної системи з європейською моделлю й гармонізації українського конституційного законодавства з основоположними рамковими принципами та стандартами європейського права.

<sup>1</sup> Про прокуратуру : Закон Литви від 20 лютого 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.istatymas.lt/istatymai/prokuraturos\\_istatymas.htm](http://www.istatymas.lt/istatymai/prokuraturos_istatymas.htm)

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Там само.

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Там само.

<sup>6</sup> Грицаєнко О. Організаційно-правові форми діяльності органів прокуратури країн Прибалтики / О. Грицаєнко // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 11 (53). – С. 116–120.

<sup>7</sup> Там само. – С. 119.

<sup>8</sup> Там само. – С. 119.

<sup>9</sup> Там само. – С. 120.

<sup>10</sup> Там само. – С. 120.

<sup>11</sup> Там само. – С. 120.

<sup>12</sup> Невмержицький Є. Прокуратура в механізмі соціальної правової держави: реалії та перспективи / Є. Невмержицький, Ф. Шульженко // Юридична Україна (правоохоронні органи). – 2004. – № 4. – С. 63–69.

<sup>13</sup> Staatsanwaltschaft (Deutschland) / Die Staatsanwaltschaft (StA) in der Bundesrepublik Deutschland [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://de.wikipedia.org/wiki/Staatsanwaltschaft\\_\(Deutschland\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Staatsanwaltschaft_(Deutschland))

<sup>14</sup> Невмержицький Є. – С. 64.

<sup>15</sup> Там само. – С. 64–65.

<sup>16</sup> Там само. – С. 65.

<sup>17</sup> Там само. – С. 65.

### Резюме

**Миколенко В. А. Європейський досвід удосконалення організації та діяльності прокуратури в контексті конституційної модернізації.**

Стаття присвячена комплексному аналізу удосконалення конституційно-правового статусу органів прокуратури у правових системах європейських держав. Проаналізовано місце та роль прокуратури серед органів державної влади в окремих європейських національних правових системах. На підставі проведеного аналізу систематизовано форми, методи та практичні аспекти організації та діяльності органів прокуратури, зроблено певні узагальнення щодо спільних рис європейської моделі організації та діяльності органів прокуратури у сучасних умовах конституційної модернізації та міждержавної інтеграції.

**Ключові слова:** прокуратура, правоохоронна система, правоохоронна діяльність, європейські стандарти, конституційна модернізація.

### Резюме

**Миколенко В. А. Европейский опыт усовершенствования организации и деятельности прокуратуры в контексте конституционной модернизации.**

Статья посвящена комплексному анализу усовершенствования конституционно-правового статуса органов прокуратуры в правовых системах европейских государств. Проанализированы место и роль прокуратуры среди органов государственной власти в отдельных европейских национальных правовых системах. На основании проведенного анализа систематизированы формы, методы и практические аспекты организации и деятельности органов прокуратуры, сделаны определенные обобщения относительно общих черт европейской модели организации и деятельности органов прокуратуры в современных условиях конституционной модернизации и межгосударственной интеграции.

**Ключевые слова:** прокуратура, правоохранительная система, правоохранительная деятельность, европейские стандарты, конституционная модернизация, стандарты, конституционная модернизация.

### Summary

**Mykolenko V. European experience of improving the organization and activities of the prosecutor's office in the context of constitutional modernization.**

The article is devoted to the complex analysis to improve the constitutional and legal status of prosecutors in the legal systems of European countries. The place and role of the prosecutor's office among public authorities in certain European national legal systems are analyzed. Based on the analysis systematized forms, methods and practical aspects of the organization and activity of the prosecutor's office, made some generalizations about the common features of the European model of organization and activity of the prosecutor's office in the current conditions of the constitutional modernization and interstate integration.

**Key words:** prosecutors, law enforcement system, law enforcement, the European standards, constitutional modernization.

**Т. С. ПОДОРОЖНА**

*Тетяна Станіславівна Подорожна, кандидат юридичних наук, доцент Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

**ВЕРХОВЕНСТВО КОНСТИТУЦІЇ ЯК СКЛАДОВА ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА:  
ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ**

Принцип верховенства, як загально правовий принцип, що має конституційне визнання, у найбільш узагальненому варіанті передбачає зв'язаність правом, і в цій якості має універсальне системотворче значення, оскільки виступає одним із провідних елементів конституційного правопорядку будь-якої сучасної демократичної, правової держави. Даний принцип лежить в основі всієї системи конституційно-правового регулювання, проникаючи в нормативний зміст конституційних прав і свобод, пронизуючи всі конституційні норми та інститути.

На думку М. Козюбри, однією з вирішальних складових верховенства права і правової держави є верховенство конституції<sup>1</sup>. При цьому американські дослідники Х. Лінз та А. Стефан справедливо називають Основний Закон безпосереднім організуючим принципом верховенства права<sup>2</sup>. Утвердження верховенства конституції у правовій системі держави зумовлено об'єктивними чинниками, які визначаються юридичною природою цього нормативного акта, його соціальною основою і гуманістичним змістом. Характер Основного Закону передбачає обов'язковість виконання норм права всіма без винятку суб'єктами права, незалежно від їх згоди. Отже, конституція як акт суверенної установчої влади, має надзаконний характер, це «закон законів», положення якого є первинними щодо всіх елементів правової системи. Та обставина, що в самій назві Конституції України не розкрито змісту цього нормативного акта як «Основного Закону держави», жодною мірою не змінює правового статусу цього документа і не послаблює його найвищої юридичної сили. З того, що суверенітет України поширюється на всю її територію, прямо впливає принцип верховенства на всій території України Конституції і законів України. Це ключовий момент не лише для розуміння державного устрою України або будь-якої іншої держави, а й для аналізу правової системи загалом.

Проте варто зазначити, що верховенство конституції характеризує не тільки її положення в ієрархії правових актів. Виступаючи юридичною базою для розвитку всіх галузей права, конституція регулює і закріплює процес створення правових норм і актів, якими забезпечується проведення політичних, культурних і соціально-економічних перетворень у суспільстві. Тобто, сенс юридичного верховенства конституції зумовлений не тільки її піднесенням над правом, державою і суспільством, але і її найвищою юридичною силою, прямою дією, центральним місцем у правовому регулюванні суспільних відносин. Під конституцію вибудовується вся правова система держави, вона задає вектор майбутньому державному розвитку, закладає правову базу всього суспільного буття. Отже, конституція є правовим актом найвищого порядку. Наскільки стабільним та еволюційним буде розвиток самої конституції, наскільки реформування державної і суспільної сфер життєдіяльності набуває завершеного характеру, настільки стабільним буде й правовий порядок у державі.

Найвища юридична сила конституції, виходячи з природи цієї її властивості, забезпечує внутрішню ієрархічну підпорядкованість різних джерел права і нормативно-правових актів, що значною мірою зумовлює єдність, динамізм та організаційно-функціональну побудову правопорядку в державі. Відповідно, найвища юридична сила – властивість не будь-якого закону, а тільки конституції, інші закони мають меншу юридичну силу і тим самим поступаються в застосуванні пріоритетові конституції. Проте цей конституційний принцип може зазнати викривлення, якщо не існує ефективної системи конституційного нагляду та контролю<sup>3</sup>. Саме через вказані державні інститути відбувається забезпечення реалізації конституційних положень, а відтак – і забезпечення належного правового порядку та його конституціоналізація.

Таким чином, як слушно наголошує М. Савчин, *нормативною основою правопорядку є конституція* (курсив наш – Т. П.), яка засновує певний тип політичної організації суспільства та інтеграції його інститутів із метою досягнення суспільного блага. Відповідно до загальних соціальних установок і цінностей, щодо яких у суспільстві існує загальна згода і їх здійснення приймається за природний порядок речей, формується конституційне право конкретної країни. Нормативне наповнення конституції залежить від панівної правової традиції, забезпечується через режим демократії, парламентаризму та конституційну юриспруденцію (судовий конституційний контроль). Конституція виконує функцію легітимації суспільного порядку. Тому у формі конституційних принципів визначається демократичний доступ до посад через демократичні вибори та засадничих принципів поділу влади (здебільшого через парламентаризм та судовий конституційний контроль), а також щодо обмеження влади, які здійснюються через юридичні гарантії прав і свобод людини<sup>4</sup>.

У такому разі, продовжуючи думку М. Савчина, ми підтримуємо позицію І. Кравця у тому, що роль конституції в процесі конституціоналізації правового порядку проявляється в трьох аспектах: 1) конституція виступає юридичною основою процесу конституціоналізації; 2) конституція забезпечує інтеграцію правової

системи; 3) конституція встановлює механізм погодження актів міжнародного і національного права, тим самим забезпечуючи конституційний механізм гармонізації правової системи<sup>5</sup>. Правопорядок виступає першоосновою для якісної реалізації положень конституції та ефективного функціонування державних і недержавних структур, що виконують правотворчі, правозастосовні й правоохоронні функції. Реалізація положень конституції та забезпечення конституційної законності передбачає наявність певної стабільності й належного правового порядку в ключових сферах суспільного життя. Тільки за таких умов діють конституційні механізми, що забезпечують правопорядок та ефективну реалізацію конституційних норм<sup>6</sup>. Правопорядок у цьому сенсі немовби підсумовує результати діяльності органів держави, виступає як реалізована законність.

У контексті існуючих реалій справедливо буде сказати, що конституція – також один із засобів захисту національної безпеки, зокрема від неефективної, авторитарної державної влади. Заснування конституційного порядку базується на ідеї забезпечення прав і свобод людини та обмеження владної сваволі й раціональної організації публічної влади, що випливає з природи універсальних конституційних цінностей<sup>7</sup>. Отож найважливіше конституційне завдання – гарантувати державну безпеку. Основний принцип безпеки передбачає взаємну відповідальність особи, суспільства, держави за її забезпечення. Конституція встановлює таке поєднання балансу інтересів, коли посилення захищеності кожного суб'єкта можливе через збільшення безпеки для інших сторін. Конституція мусить визначати також внутрішню безпеку, встановлюючи певний ступінь захисту власних положень. Концептуально внутрішня безпека відображається у функції самоохорони Основного закону. Конституція повинна мати достатній запас внутрішньої міцності від замахів на її недоторканність і непорушність.

Для сучасної України, коли й без того низький рівень загальної юридичної культури населення посилюється низьким рівнем правової культури посадових осіб, головне завдання полягає в тому, щоб зробити Конституцію, з її орієнтацією на права людини, реально дієвим Основним законом. У цьому зв'язку визнання значущості Конституції України і її безпосередньої дії, пріоритету й цінності конституційних прав людини та громадянина є найважливішою умовою формування правового порядку і, зрештою, правової держави. Поза конституційними нормами неможливо зрозуміти сутність законності і правового порядку, механізм формування єдиного правового поля країни.

Застосування конституційних норм обумовлене специфічним характером нормативності, котра закріплена в конституції через загальні принципи, що становлять ціннісну характеристику суспільства і держави<sup>8</sup>. Принципом формування конституційного законодавства є визнання того факту, що його норми виходять із положень конституції і, відповідно, не повинні суперечити їй. Відтак, ціннісний та категоріальний зрізи правового порядку дають змогу констатувати його конституційно-правову природу. З огляду на це можна зробити висновок, що методологічно оптимальним буде виділення такого підходу до правопорядку, який знаходиться між підходом аксіологічним та соціологічним і є реалістичним<sup>9</sup>. Реальна модель правопорядку повинна включати в себе те, що закладено в конституції і законодавстві, і те, що реалізується на практиці. Тобто, реальна модель правопорядку фактично повинна збігатися з реальністю самої конституції. Дану тезу яскраво продемонстровано в дослідженнях провідних вчених-юристів, у розумінні яких конституція діє тоді, коли вона реальна<sup>10</sup>. Фактична конституція повинна відповідати реальній дійсності. За цих умов стає абсолютно зрозумілим, що без посилення державного впливу на всі сторони суспільного життя, насамперед через Основний Закон, досягти ефективності його норм неможливо. На цій підставі вбачаємо актуальним завданням сьогодення забезпечити реальне верховенство конституції в кожній з галузей законодавства та в правовій системі у цілому.

На реальність правопорядку у свій час звертав увагу С. Алексєєв, який розумів під правопорядком стан фактичної впорядкованості суспільних відносин, що виражають *реальне* (курсив наш – Т. П.), практичне здійснення вимог законності<sup>11</sup>. Інші дослідники також наголошують на неможливості розгляду правопорядку як соціальної структури та суспільного стану, абстрагуючись від реальності<sup>12</sup>. «Кожен законопроект не повинен ігнорувати стратегію функціонування суспільства і держави, а тому враховувати верховенство природних прав людини, мати обґрунтування очікуваних соціально-економічних, політико-правових та інших наслідків від його включення до правової системи»<sup>13</sup>, – зауважує з цього приводу А. Селіванов. Тому навіть найдосконаліший закон живий тільки тоді, коли виконується, впливає на суспільні відносини, на свідомість і поведінку людей. Наявність чіткого, реального, відповідального законодавства – це принципово важлива, необхідна умова послідовного зміцнення законності й забезпечення належного правового порядку та його конституціоналізація. Остання дає змогу долати незбалансованість правової системи, утримувати суспільство в рамках правової державності, незважаючи на серйозні зміни в політичній практиці і формально-юридичному регулюванні суспільних відносин. З метою забезпечення конституційного режиму життєдіяльності суспільство, всі його верстви повинні глибоко засвоїти конституційні норми, визнати їх високу цінність і загальнообов'язковість.

Будь-які акти нормотворчості, безперечно, повинні відповідати не тільки букві, а й насамперед внутрішньому демократичному імперативу конституції. Основний Закон закріпив основи конституційного порядку, заклав підґрунтя конституційного права, його головну конструкцію, на основі якої формуються правові відносини. Як зауважує Г. Василевич, у процесі конституціоналізації суспільних відносин принципове значення має не тільки сприйняття норм конституції іншими галузями права, а й розвиток безпосередньо конституційного права<sup>14</sup>. Це водночас означає, що правопорядок підпорядкований конституції і забезпечує її реалізацію. Правопорядок пов'язаний зі зразками правової поведінки, якими виступають норми Основного Закону. Така правомірність виражає підсумкову характеристику здійснення ідеї законності, вона фіксує реально досягнуте в суспільних відносинах і забезпечує конституціоналізацію правового порядку.

Отже, правова система має у своїй основі конституційні начала, а конституція – фундаментальна основа правопорядку. Саме тому небезпідставно серед інших конституційних цінностей (індивідуальна автономія, плюралізм, самоврядування, суверенітет і демократія, правосуддя, життя людини, гідність людини) можна виділити і правопорядок, адже право кожної країни є таким, якою є конституція цієї країни<sup>15</sup>. Таким чином, зберігається баланс конституційної нормативності в цілому, адже конституційні цінності виступають підсумком прогресивного розвитку суспільства і в своїй основі мають універсальні загальнозначущі загальнолюдські цінності. Останні становлять ядро конституціоналізації правового порядку, адже будучи закріпленими в конституційному тексті, усвідомлюються суспільством та стають основним стимулом його розвитку. У цьому проявляється аксіологічна функція конституції – через закріплення таких цінностей в Основному Законі суспільство заявляє про свої права та свободи як найвищі суспільні цінності, а держава зобов'язана виробляти необхідні механізми забезпечення певної рівноваги в суспільстві, досягнення належного стану правового порядку через його конституціоналізацію.

<sup>1</sup> Козюбра М. Верховенство права і Україна / М. Козюбра // Вісник Конституційної Асамблеї. – 2013. – № 1. – С. 154. – С. 146–178.

<sup>2</sup> Linz, Juan J., and Alfred E. Stefan. Problems of Democratic Transition and Consolidation Southern, South America, and Post-communist Europe. 1996. – Baltimore: Johns University Press. – 380 p.

<sup>3</sup> Кравець І. Функції і сфери діяльності Конституції: теоретико-методологічні та практичні питання класифікації / І. Кравець // Вестник НГУ. – 2011. – Т. 7. – Вып. 1. – С. 50. – С. 44–51. – (Серия «Право»).

<sup>4</sup> Савчин М. В. Конституціоналізм і природа конституції : моногр. / М. В. Савчин. – Ужгород : Поліграфцентр «Ліра», 2009. – С. 230. – 372 с.

<sup>5</sup> Кравець І. А. Формирование российского конституционализма (Проблемы теории и практики) : дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02 / И. А. Кравець. – Екатеринбург, 2002. – С. 302. – 584 с.

<sup>6</sup> Безруков А. Конституционно-правовые аспекты осуществления законодательной власти по обеспечению правового порядка в России: моногр. / А. Безруков. – М. : Юстицинформ, 2015. – С. 22–23.

<sup>7</sup> Савчин М. Конституційний Суд України і динаміка конституційного порядку / М. Савчин // Вісник Конституційного Суду України. – 2015. – № 4. – С. 137. – С. 136–138.

<sup>8</sup> Мурашко Л. О. Особенности конституционной нормативности как формы общественных отношений / Л. О. Мурашко // Государство. Демократия. Закон : сб. науч. ст., посвящ. 80-летию проф. А. А. Головки / Гос. ин-т упр. и соц. технологий Белорус. гос. ун-та ; редкол.: Г. А. Василевич (отв. ред.) [и др.]. – Минск, 2005. – С. 210. – С. 205–212.

<sup>9</sup> Безруков А. В. Вказана праця. – С. 21.

<sup>10</sup> Погорілко В. Роль та значення Конституції в українському державотворенні і правотворенні / В. Погорілко // Порівняльно-правові дослідження. – 2006. – № 1. – С. 57. – С. 56–67.

<sup>11</sup> Алексеев С. С. Общая теория права : учеб. / С. С. Алексеев. – 2-е изд. – М., 2008. – С. 164–165.

<sup>12</sup> Юдин А. В. Формы правопорядка в современном обществе : дисс. ... канд. юрид. наук / А. В. Юдин. – М., 2009. – С. 24.

<sup>13</sup> Селіванов А., Щербанюк О. Закон – стрижень творення і функціонування суспільних відносин // Голос України. – № 185 (6189). – 2015. – 6 жовт. – С. 4. (С. 4–5).

<sup>14</sup> Василевич Г. А. Конституціоналізація правового статусу органів державної влади / Г. А. Василевич // Конституція Республіки Беларусь: 16-летний опыт применения : материалы круглого стола (г. Минск, 15 марта 2010 г.). – Минск : Право и экономика, 2010. – С. 10. – С. 9–18.

<sup>15</sup> Кросс Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс. – М., 1985. – С. 158–159, 198–194.

## Резюме

**Подорожна Т. С. Верховенство конституції як складова верховенства права: проблеми конституціоналізації правового порядку.**

Стаття присвячена дослідженню принципу верховенства конституції як складової верховенства права. Зауважено, що однією з вирішальних складових верховенства права і правової держави є верховенство конституції. Наголошено, що роль конституції в процесі конституціоналізації правового порядку проявляється в трьох аспектах: конституція виступає юридичною основою процесу конституціоналізації; конституція забезпечує інтеграцію правової системи; конституція встановлює механізм погодження актів міжнародного і національного права, тим самим забезпечуючи конституційний механізм гармонізації правової системи. Реалізація положень конституції та забезпечення конституційної законності передбачає наявність певної стабільності й належного правового порядку в ключових сферах суспільного життя.

**Ключові слова:** Конституція України, права людини, верховенство права, верховенство конституції, пряма дія конституції, правопорядок, конституціоналізація.

## Резюме

**Подорожная Т. С. Верховенство конституции как составляющая верховенства права: проблемы конституционализации правового порядка.**

Статья посвящена исследованию принципа верховенства конституции как составляющей верховенства права. Отмечено, что одной из основополагающих составляющих верховенства права и правового государства является верховенство конституции. Отмечено, что роль конституции в процессе конституционализации правового порядка проявляется в трех аспектах: конституция выступает юридической основой процесса конституционализации; конституция обеспечивает интеграцию правовой системы; конституция устанавливает механизм согласования актов международного и национального права, тем самым обеспечивая конституционный механизм гармонизации правовой системы. Реализация положений Конституции и обеспечения конституционной законности предполагает наличие определенной стабильности и надлежащего правового порядка в ключевых сферах общественной жизни.



**Ключевые слова:** Конституция Украины, права человека, верховенство права, верховенство конституции, прямое действие конституции, правопорядок, конституционализация.

### Summary

**Podorozhna T. The supremacy of the constitution as a component of the rule of law: the problems of the constitutionalization of the legal order.**

The article is devoted to the study of the principle of the supremacy of the constitution as a component of the rule of law. It is noted that one of the fundamental components of the rule of law and the rule of law is the supremacy of the constitution. It is noted that the role of the constitution in the process of constitutionalization of the legal order is manifested in three aspects: the constitution is the legal basis for the process of constitutionalization. The constitution ensures the integration of the legal system; The constitution establishes a mechanism for coordinating acts of international and national law, thereby establishing a constitutional mechanism for harmonizing the legal system. The implementation of the provisions of the Constitution and the provision of constitutional legality presupposes the existence of a certain stability and proper legal order in key spheres of public life.

**Key words:** the Constitution of Ukraine, human rights, the rule of law, the supremacy of the constitution, the direct effect of the constitution; Legal order, constitutionalization.

УДК 342.728

### **І. П. ПРОКОПЕНКО, В. Є. ДОРОНІН**

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

*Владислав Євгенійович Доронін, студент IV курсу Житомирського національного агроекологічного університету*

## **ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА СВОБОД У РОСІЇ ТА УКРАЇНІ**

Право людини на свободу, честь та гідність є одним із фундаментальних прав, яке знаходить свій вираз і закріплення у більшості нормативних джерел щодо прав людини. Сьогодні гідність і соціальний захист людини та громадянина є вже об'єктом не тільки внутрішньої компетенції держави, а стали правовою основою всього міжнародного співтовариства.

Актуальність даної теми визначається в рамках проведення реформи, що почалася у 1991 р. в Україні та всенародному референдуму в Росії 1993 р., де були визнані й конституційно закріплені основні права і свободи людини та громадянина, створення гідних умов для життя відповідно до міжнародно-правових стандартів, що спричинили собою обставини, які поставили перед собою певні завдання до українського та російського законодавств.

Саме міжнародно-правові акти в галузі прав людини відіграють важливу роль у внутрішньому законодавстві будь-якої країни. Зокрема О. Скрипнюк вважає, що захист і забезпечення соціальних прав людини та підтримання гарантій її соціального розвитку є імперативним обов'язком сучасної держави, оскільки ці права впливають із базових властивостей людини, яка описується не лише як вільна, а й така, що наділена гідністю і має невід'ємне право на гідне існування у безпечному соціальному середовищі.

Теоретичну основу дослідження становили роботи як вітчизняних науковців, таких як Ю. Рижук, М. Михасенко, В. Шибко, М. Біденко, В. Тертишник, Є. Коваленко, В. Маляренко, В. Погорілко, О. Скрипнюк, П. Рабінович, М. Козюбра, В. Шаповал, Ю. Шемшученко так і російських науковців, як М. Шиблод, М. Черниловський, А. Венгерів, Т. Кашаніна.

Суть проблеми відображається в порівняльному аналізі дотримання конституційних прав у Росії та Україні.

Будь-які механізми, у тому числі механізми державного захисту прав і свобод людини і громадянина, повинні працювати відповідно (і в рамках) з певними законами, логікою, принципами. У зв'язку з тим, що в Росії та в Україні визнаються і гарантуються права і свободи людини і громадянина відповідно до загально-визнаних принципів і норм міжнародного права, а також тим, що загально-визнані принципи і норми міжнародного права і міжнародні договори Російської Федерації та України є складовою частиною її правової системи, а якщо міжнародним договором Росії і України встановлено інші правила, ніж передбачені законом, то застосовуються правила міжнародного договору – доцільно зупинитися на їх більш детальному розгляді. Почати варто із зазначення основних джерел міжнародно-правових принципів захисту прав і свобод людини, а саме: Статут ООН; Женевські конвенції; Загальна декларація прав і свобод людини; Міжнародний пакт про громадянські та політичні права; Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права; Звід прин-

ципів захисту всіх осіб, що піддаються затриманню чи ув'язненню в якій би то не було формі; Європейська Конвенція про захист прав людини.

Починаючи з 1989 р. організація Freedom House щорічно з трьох можливих варіантів («вільна», «частково вільна» і «невільна») присуджувала Росії (до 1991 р. – СРСР) статус «частково вільної» країни. У 2004 р. Росія вперше з 1989 р. була зарахована до категорії «невільних країн» (усього «невільних країн» на той момент було 49)<sup>1</sup>.

«Частково вільними» були визнані 54 країни, а «повністю вільними» – 89. У 2004 р. з країн колишнього СРСР у категорію «невільних країн» також увійшли Білорусь, Азербайджан, Казахстан, Киргизія, Таджикистан, Туркменістан і Узбекистан.

Основними причинами зміни категорії для Росії стали:

- посилюються тенденції до концентрації політичної влади;
- залякування і залякування ЗМІ;
- політизація правоохоронної системи країни;
- зрослий контроль президента над національним телебаченням та іншими ЗМІ;
- обмеження повноважень місцевого керівництва;
- внесення істотних змін до виборчого законодавства.

За підсумками 2008 р. Росія вперше потрапила в групу країн, які Freedom House кваліфікує як «консолідований авторитарний режим», поряд з такими країнами, як Туркменія, Узбекистан, Таджикистан і Білорусь<sup>2</sup>.

Рейтинг свободи в Росії відповідно до Freedom House становив 5,5 (оптимальне значення в цьому рейтингу становить 1,0, наприклад, у Канади, найгірше 7,0 – КНДР). Згідно з цим рейтингом, Росія як і раніше належить до категорії «невільних країн»<sup>3</sup>.

Починаючи з доповіді 2015 р. та приєднанням Республіки Крим до Російської Федерації Freedom House знизив рейтинг Росії до 6,0, а також почав публікацію доповідей щодо ситуації в Криму, оцінка свободи в якому доходить до 6,5.

У своїй доповіді Freedom House зазначає, що в Криму діють окупаційні війська Російської Федерації, утискаються всякі політичні права громадян, діють обмеження свободи слова і свободи ЗМІ, пов'язані з примусовим припиненням мовлення українських телеканалів, сильно обмежується свобода зібрань, ущемляються права національних меншин (кримські татари)<sup>4</sup>.

Однак, на думку Громадської палати Російської Федерації, МЗС РФ, а також низки громадських і політичних діячів у Росії, доповіді організації Freedom House є упередженими і необ'єктивними, а сама організація являє собою інструмент політики США.

Політичний устрій сучасної Росії в західноєвропейських і американських ЗМІ часто оцінюється як авторитарний, а також як «м'який, ліберальний авторитаризм».

Часто можна почути думку, що питання проблематики прав людини в Росії найчастіше використовуються політиками деяких західних країн з метою чинення тиску на російську владу і відстоювання власних інтересів.

Гостру критику викликало скасування прямих виборів губернаторів у 2004 році. Багато суспільно-політичних сил звинувачували владу в тому, що ті використовували теракт у Беслані для наступу на демократичні свободи.

За даними організації «Репортери без кордонів» у 2008 р. Росія зайняла 141 місце з 173 можливих у рейтингу свободи преси.

24 квітня 2013 р. правозахисні організації Human Rights Watch (HRW) і Amnesty International (AI) одночасно оприлюднили звіти, що стосуються порушення прав людини в Росії. На думку авторів звітів, зараз спостерігається найгірша ситуація в сфері дотримання прав людини в Росії за минулі 25 років. Про це свідчить зміст нових законів, що регулюють діяльність некомерційних організацій (НКО), а також численні арешти й переслідування активістів опозиції. «Ми говоримо не про неохайно написані закони або про невміле і безграмотне їх правозастосування. Ми говоримо про те, що в Росії розробляються прямі інструменти репресій», – цитує портал «Грані» слова директора AI по Європі і Центральній Азії Джона Дальгузі<sup>5</sup>.

У 2014 р. кількість скарг, що надійшли до Уповноваженого з прав людини в Росії, різко зросла – на 43,6 % порівняно з 2013 роком. Це свідчить про загострення ситуації з правами людини в Росії, оскільки до омбудсмена звертаються зазвичай після того, як безуспішно намагалися оскаржити рішення державного органу.

У 2015 р., згідно з рішенням Європейського суду з прав людини, Росія визнана головним порушником міжнародної конвенції з прав людини за минулий рік.

Проблеми з дотриманням прав і свобод людини і громадянина в Україні тривалий час були об'єктом критики багатьох правозахисних інститутів, міжнародних організацій і західних політичних лідерів. І хоча саме належне ставлення до прав людини було однією з вимог масових протестів 2013–2014 рр., на жаль, до цього часу не всі проблеми з захистом прав людини було вирішено.

Передусім збройний конфлікт на території України призвів до того, що систематичні порушення основних прав і свобод стали постійним явищем на окупованих територіях – у Криму і на Сході України. Крім того, хоча нова українська влада здійснила ряд кроків, спрямованих на підвищення рівня забезпечення прав людини (зокрема, ініціювання змін другого розділу Основного Закону України в рамках конституційної реформи), деякі аспекти правозахисної діяльності так і залишилися неререформованими. Зокрема, все ще зберігаються порушення особистих і майнових прав людини, права на справедливий суд. Невирішеною залишається проблема внутрішньо переміщених осіб, учасників АТО.

Єдиним аргументом, хоча й сумнівним з точки зору європейських цінностей, могла би бути теза про те, що вищезгадані заходи тимчасові і застосовуються через стан перехідного періоду, відсутність певних державних органів тощо. Однак дана ситуація триває вже близько двох років, тим самим ставлячи питання про ефективність державних інститутів і справжні цінності влади. Іншим важливим індикатором стану дотримання прав людини є різні індекси і рейтинги, які складаються впливовими міжнародними правозахисними організаціями.

Прикладом такого дослідження є доповідь «Свобода у світі-2015», підготовлена Freedom House. Україна віднесена до частково вільних держав і отримала по три бали за рівень свободи, дотримання громадянських прав і повагу до політичних свобод (з семи можливих).

Freedom House в контексті дослідження рівня дотримання політичних прав оцінила виборчий процес (на 9 із 12), політичний плюралізм (на 10 із 16), функціонування уряду (на 6 із 12).

У контексті дослідження громадянських свобод були оцінені право на вираження власних поглядів і переконань (на 11 із 16; недоліками є контроль над медіа олігархічними групами; сумнівність необхідності функціонування Міністерства інформаційної політики, наявність ознак цензури в ЗМІ), право на створення об'єднань (на 9 із 12), верховенство права (на 6 із 16; недоліками визнані неспроможність в оновленні суддівського корпусу та складу прокуратури, а також дискримінація осіб за різними ознаками), особиста недоторканність і особисті права (на 11 із 16; основними недоліками визнані беззаконня на окупованих територіях, незахищеність малого і середнього бізнесу від зловживань влади і рейдерів, різні форми дискримінації – насамперед за ознакою статі)<sup>6</sup>.

Проведене у роботі дослідження сучасного стану захисту прав та свобод людини та громадянина у Росії та в Україні дає змогу зробити висновок, що в Росії та Україні немає ще цілісної системи ефективного захисту прав громадян від чиновницького, відомчого і судового свавілля.

Безумовно, негативно позначаються на ситуації погіршення в сфері економіки, криза, яка проявилася в 2008 р. і яка загострилася в 2013–2014 рр., відсутність у держави необхідних коштів і перспектив виходу з ситуації, що склалася в найближчому майбутньому. Однак «списувати» недоліки і слабкості в питаннях забезпечення конституційного статусу людини і громадянина лише на цей фактор було б неправильно.

Ще однією з причин недостатньої забезпеченості й захищеності прав людини і громадянина, на наш погляд, служить домінування цивільно-правових, кримінально-правових і адміністративно-правових підходів до державного захисту прав і свобод людини.

Наслідком цього є те, що в результаті широкий спектр конституційних прав і свобод людини і громадянина, які не є за своєю природою цивільними, кримінальними або адміністративними, стають захищеними недостатньо.

Таким чином, можна зробити висновок про те, що загальний рівень поваги та захисту до прав і свобод людини в Україні та в Росії поки не є ідеальним, і тим самим порушуються зобов'язання України і Росії як перед власними громадянами, так і перед міжнародними партнерами.

<sup>1</sup> Map of Freedom in the World 2004. (англ.) // Freedom House, 2004 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2004?page=363&year=2004>

<sup>2</sup> Россия строгого режима // Газета. Ru. – 2009. – 1 июля : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.gazeta.ru /politics/2009/07/01\\_a\\_3217651.shtml](https://www.gazeta.ru /politics/2009/07/01_a_3217651.shtml)

<sup>3</sup> Freedom House: Combined Average Ratings: Independent Countries, 2008 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://web.archive.org/web/20081011044515/http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=410&year=2008>

<sup>4</sup> Crimea – Country report: Freedom in the World (2015). freedomhouse.org : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2015/crimea>

<sup>5</sup> HRW и Amnesty International: В России душат свободу. – Разрушительное законотворчество: наступление на гражданское общество в России после мая 2012 года : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://graniru.org/Society/ngo/m.214058.html>

<sup>6</sup> Мониторинг некоторых аспектов нарушения прав человека в Украине за 2015 год : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://forbidentoforbid.org.ua/ru/prava-cheloveka-v-ukraine-v-2015-gody/>

### Резюме

#### **Прокопенко І. П., Доронін В. Є. Правовий аналіз захисту прав та свобод у Росії та Україні.**

Дана стаття присвячується аналізу та вивченню порівняльної оцінки захисту прав і свобод у Росії та в Україні. Визначено конституційно закріплені основи прав людини і громадянина, перераховано міжнародно-правові стандарти гідних умов життя людини та громадянина та поставлено завдання вдосконалення цих питань в українському та російському законодавстві.

**Ключові слова** : захист прав і свобод, суспільство, правозахисні організації, міжнародні договори.

### Резюме

#### **Прокопенко И. П., Доронин В. Е. Правовой анализ защиты прав и свобод в России и Украине.**

Данная статья посвящается анализу и изучению сравнительной оценки защиты прав и свобод в России и в Украине. Определены конституционно закрепленные основы прав человека и гражданина, перечислены международно-правовые стандарты достойных условий жизни человека и гражданина и поставлены задачи совершенствования этих вопросов в украинском и российском законодательстве.

**Ключевые слова** : защита прав и свобод, общество, правозащитные организации, международные договора.

Summary

**Prokopenko I., Doronin V. Protection of rights and freedoms in Russia and Ukraine.**

This article is dedicated to the analysis and study of comparative assessment of human rights and freedoms in Russia and Ukraine. Defined constitutionally enshrined foundations of human and civil rights listed international legal standards of decent living conditions and civil rights and tasks of improving these issues in Ukrainian and Russian legislation.

**Key words:** protection of rights and freedoms, society, human rights organizations, and international treaties.

УДК 342.511

**В. В. ДУБАС**

*Вікторія Василівна Дубас, аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка*

**ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ  
(ЗА ПОЗИЦІЯМИ ВЕНЕЦІАНСЬКОЇ КОМІСІЇ)**

Права та свободи людини і громадянина, поряд із демократією та верховенством права, є ключовим принципом Ради Європи, як і, зрештою, будь-якої конституційної держави. Саме з метою належного забезпечення прав та свобод людини і громадянина спільнота утворює державу, формує її апарат та обирає законодавчий орган. Водночас дотримання прав та свобод є однією із найгостріших проблем сьогодення. Розвиток суспільних відносин та виклики сучасного устрою світу зумовлюють необхідність запровадження ефективних інструментів їхнього захисту. Це повною мірою стосується і України, де стан захисту прав і свобод вимагає серйозного вдосконалення. Доказом цього є кількість звернень до Європейського суду з прав людини від осіб, які перебувають під юрисдикцією України, що свідчить про наявність проблем у національному механізмі захисту прав і свобод людини, у тому числі – судовому. Покращити ситуацію може запровадження нових процесуальних гарантій захисту прав та свобод людини і громадянина, реформування конституційної юрисдикції в частині забезпечення індивідуального доступу особи до конституційного правосуддя шляхом запровадження інституту конституційної скарги.

Внаслідок прийнятих Верховною Радою України змін норми Основного Закону закріплюють право кожного звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України. Проте інститут конституційної скарги до правової системи України все ще не запроваджений, адже механізм її функціонування досі залишається законодавчо невизначеним. Приймаючи такий закон, необхідно враховувати накопичений європейськими державами досвід функціонування цього інституту, а також розроблені на основі його вивчення та узагальнення рекомендації Ради Європи та її органів, зокрема Європейської комісії «За демократію через право» (далі також – Венеціанська комісія). Остання провела ґрунтовні емпіричні дослідження, у яких визначено пов'язані із запровадженням конституційної скарги ризики та переваги, на основі чого розроблено відповідні стандарти.

Інститут конституційної скарги був об'єктом досліджень українських вчених, зокрема А. Головіна, А. Селіванова, В. Кампо, В. Погорілка, В. Скоромохи, В. Сташиса, В. Тація, В. Тесленка, В. Тихого, В. Шаповалова, І. Олійника, М. Гульгая, М. Савенка, М. Селівона, М. Цвіка, О. Безбожної, О. Петришина, П. Євграфова, С. Вдовіченко, С. Шевчука, Ю. Барабаша, Ю. Тодики та інших. Питанням, пов'язаним із функціонуванням інституту конституційної скарги, присвячено праці іноземних дослідників, зокрема Л. Багінської, Б. Банашака, А. Біштіга, М. Боднара, К. Буджіло, А. Боянчика, Л. Гарліцького, М. Граната, М. Дерлатки, І. Кравець, Л. Лехнера, Є. Танчева, П. Тулея та інших.

У своїх публікаціях науковці розглядали різні аспекти правового регулювання інституту конституційної скарги, а також особливості функціонування конституційної юрисдикції у країнах, де цей інститут працює. При цьому в деяких дослідженнях використовуються окремі позиції Венеціанської комісії щодо конституційної скарги. Проте систематизованого та комплексного аналізу функціонування конституційної скарги у дослідженнях Венеціанської комісії не було проведено. Водночас такий аналіз потрібний для системного розуміння алгоритму функціонування конституційної юрисдикції в країнах із європейською моделлю конституціоналізму, що є зразком для конституційного розвитку України<sup>1</sup>.

**Метою** цієї статті є дослідження європейських стандартів конституційної скарги на основі систематизації та аналізу позицій Європейської комісії «За демократію через право», а також розробка пропозицій щодо їхньої імплементації в Україні з метою забезпечення ефективності національної моделі конституційної скарги.

Досягнення цієї мети потребує розв'язання наступних наукових завдань: проведення аналізу чинних норм, які закріплюють право на конституційну скаргу та його реалізацію; з'ясування моделі конституційної скарги, обраної Україною; виокремлення з позицій Венеціанської комісії обов'язкових критеріїв ефективності конституційної скарги; обґрунтування шляхів їх реалізації в Україні.



25 листопада 2015 р. Президент України вніс на розгляд парламенту законопроект про внесення змін до Конституції України щодо правосуддя, який був прийнятий Верховною Радою України 8 скликання; зміни до Конституції України набули чинності 30 вересня 2016 року.

Одним із ключових нововведень закону став саме інститут конституційної скарги. Так, приписами частини третьої ст. 55 Конституції України передбачено право кожного звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом. Також норма ст. 151-1 Основного Закону закріплює, що Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Конституційна скарга може бути подана в разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано<sup>2</sup>.

Запровадження конституційної скарги (*amparo*) у правову систему України є одним із викликів для неї та водночас пріоритетів на шляху до демократії. При цьому передбачений Конституцією України додатковий інструмент захисту прав та свобод повинен стати ефективним механізмом реалізації не лише положень Основного Закону, а й міжнародних стандартів прав людини. Конституційна скарга у європейських країнах є важливим інструментом захисту прав та свобод, а також тим запобіжником, який зменшує кількість звернень до Європейського суду з прав людини. Тому її запровадження є цілком логічним для держави, в якій проголошується верховенство права та гарантуються права людини.

На необхідності запровадження конституційної скарги як ефективного інструменту захисту порушених прав і свобод неодноразово наголошувала Венеціанська комісія. Однак чітко прописані механізми та процедури реалізації права на конституційну скаргу є не менш важливим, ніж її декларативне закріплення в Основному Законі держави. А це, у свою чергу, зумовлює нагальну необхідність внесення змін до Закону України «Про Конституційний Суд України» або прийняття його у новій редакції.

Як відомо, у квітні цього року Верховній Раді України не вдалося прийняти проект закону «Про Конституційний Суд України», яким, зокрема, встановлювався порядок подання і розгляду конституційних скарг, а тому процес розробки законодавчої бази для цього інституту триває. При цьому, на наш погляд, потрібно неодмінно звернути увагу на сформовану європейську конституційну практику, одним із джерел якої є доробок Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанської комісії). Остання, до слова, виступає активним учасником конституційної реформи в Україні.

Венеціанська комісія неодноразово наголошувала, що функціонування інституту прямої індивідуальної скарги в кожній державі має свої функціональні та процесуальні особливості. Інститут конституційної скарги та її функціонування на практиці найбільш детально проаналізовано в доповіді Венеціанської комісії «Про пряму доступ до конституційного правосуддя»<sup>3</sup>. Визначаючи роль конституційної скарги як одного із механізмів, що дозволяє звертатись до органу конституційного правосуддя у разі порушень конституційно охоронюваних прав, Європейська комісія «За демократію через право» підкреслила, що конституційна скарга має на меті сприяння розвитку внутрішньодержавних засобів правового захисту та спрямована на створення передумов для захисту прав людини через інструменти конституційного правосуддя<sup>4</sup>.

У даному дослідженні Комісія дійшла висновку про переваги інституту повної конституційної скарги (*full constitutional complaint*), зазначивши, що «... конституційна скарга повинна захищати не лише від протиправних актів, але й від неконституційних актів або актів, які є законними, але неконституційними...» (абз. 36)<sup>5</sup>. Інститут повної конституційної скарги давно успішно функціонує у більшості державах Європи, зокрема Німеччині, Іспанії, Бельгії, Мальті, Чехії, Хорватії, Грузії та інших, в яких кожна людина може звернутись до Конституційного Суду з питань визначення конституційності прийнятого стосовно неї будь-якого правового акта, якщо вона вичерпала інші можливості захисту своїх конституційних прав. На противагу повній, нормативна скарга має обмежені об'єкти. Її об'єктами оскарження, зазвичай, є норма закону, конституційність якої оспорується в Конституційному Суді. Подібний інститут функціонує в Польщі, Росії, Латвії, Вірменії та у деяких інших країнах. Як слушно зазначається у вітчизняній літературі, серед сильних сторін повної конституційної скарги є не лише всеосяжний захист конституційних прав, а й субсидіарний характер засобу правового захисту в Європейському суді з прав людини з можливістю вирішити значну частину проблеми з прав людини на національному рівні<sup>6</sup>.

Слідуючи цій позиції, у Висновку стосовно пропозицій до проекту закону про внесення змін до Конституції України щодо посилення гарантій незалежності суддів Венеціанська комісія підкреслила необхідність запровадження в Україні повної конституційної скарги. Так, у ньому зазначено, що в Україні не передбачена можливість оскарження до Конституційного Суду України правових актів індивідуального характеру, що мають неконституційний характер. Таким чином, порушення прав людини індивідуальним актом, у тому числі й випадки надмірно тривалої процедури, не можуть бути оскаржені до Конституційного Суду України (абз. 11)<sup>7</sup>. На необхідності запровадження повної конституційної скарги Венеціанською комісією наголошувалося й у низці інших висновках щодо України.

Із системного аналізу норми ст. 151-1 Основного Закону зрозуміло, що останні закріплюють так звану нормативну конституційну скаргу. Разом із тим в останньому висновку щодо реформи правосуддя в Україні Венеціанська комісія зазначила, що «конституційна скарга запропонована ст. 151-1 є прогресивнішою порівняно із зверненням про офіційне тлумачення Конституції України, оскільки за заявою особи можуть скасовуватись неконституційні закони. Вказане вітається, навіть якщо це не запровадження повної конституційної скарги ... відповідно до рекомендацій Венеціанської комісії» (абз. 52)<sup>8</sup>.

Варто підкреслити, що в параграфі 52 вищезазначеного висновку Венеціанською комісією було наголошено, що конституційна скарга може бути подана лише після вичерпання усіх інших національних засобів юридичного захисту. Аналогічної позиції Комісія дотримувалась й при запровадженні конституційних скарг в інших державах, зокрема в Азербайджані (абз. 9)<sup>9</sup> та Угорщині (п. 4 абз. 54)<sup>10</sup>. У такому разі розуміння вичерпання усіх засобів юридичного захисту зводиться насамперед до його ефективності в розумінні ст. 13 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод<sup>11</sup>, внаслідок чого потрібно врахувати декілька факторів. Тому слід звернути увагу на те, що коли особа має обґрунтовану скаргу на порушення її прав, то повинен бути відповідний засіб захисту перед національною владою, яка не обов'язково має бути судовою, й мусить володіти повноваженнями прийняти рішення по скарзі і забезпечити поновлення порушених прав та свобод. Тому Комісія у висновку на проект закону про Конституційний Суд Чорногорії звертає увагу на принцип індивідуального розгляду кожної скарги окремо і зауважує, що «у таких рідкісних та виняткових випадках Конституційний Суд повинен приймати індивідуальні конституційні скарги навіть до вичерпання цих неефективних засобів юридичного захисту» (абз. 60)<sup>12</sup>.

Щодо суб'єктів звернення, то правом подання конституційної скарги відповідно до внесених змін наділено осіб, що потребує законодавчого визначення розуміння поняття «особа». У разі системного аналізу приписів Конституції України, в якій у розділі 2 «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина» передбачено право на конституційну скаргу, можна дійти висновку, що йдеться саме про фізичних осіб: людину, громадянина. Якщо ж виходити із широкого тлумачення поняття «особа», то правом на конституційну скаргу володіють як фізичні, так і юридичні особи, що, безумовно, є однією з умов ефективного засобу правового захисту прав та свобод і належить до рис повної конституційної скарги. Зокрема, у висновку щодо конституційних змін при реформі судової системи в колишній Югославській Республіці Македонія Комісія звертає увагу, що право на звернення із конституційною скаргою повинно належати «фізичній або юридичній особі», а також «індивідуальні конституційні скарги можуть стосуватись не лише порушення прав громадян по суті, але й інших приватних осіб, у тому числі й іноземців та юридичних осіб» (абз. 88)<sup>13</sup>.

З огляду на потребу законодавчого врегулювання процедури розгляду конституційної скарги постає важливе питання строків розгляду спору. Вирішуючи його, потрібно звернути увагу на Звіт Венеціанської комісії щодо ефективності національних засобів правового захисту з огляду на надмірну тривалість судового розгляду, у якому, посилаючись на прецедентне право Європейського суду з прав людини, Венеціанська комісія встановила, що на конституційному суді лежить обов'язок організувати свою судову процедуру відповідно до вимог ст. 6 Конвенції. Це означає, що запровадження конституційної скарги мусить бути здійснене у такий спосіб, щоб загальний строк судового розгляду не продовжувався надмірно. З цього обов'язку конституційного суду випливає, що останній повинен мати можливість і ресурси, які дозволять ефективно впоратись із додатковим навантаженням<sup>14</sup>.

Поряд із тим, відповідно до ст. 34 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, право на подання індивідуальної заяви до Європейського суду з прав людини має будь-яка особа, неурядова організація або група осіб, які вважають себе потерпілими від допущеного однією з Високих Договірних Сторін порушення прав, викладених у Конвенції або протоколах до неї. Звернення саме осіб, чії права були порушені і не відновлені іншими національними засобами юридичного захисту, є тим фільтром, який зможе запобігти знову ж таки надмірному перевантаженню органу конституційної юстиції. Зазначене знаходить своє підтвердження й у висновках Венеціанської комісії щодо Угорщини (абз. 51)<sup>15</sup>, Колишньої Югославської Республіки Македонія (абз. 9–10)<sup>16</sup> та Киргизстану (абз. 87)<sup>17</sup>.

На противагу цьому норма Конституції України наділяє правом звернення із конституційною скаргою до Конституційного Суду України особу, щодо якої винесене остаточне судове рішення в її справі. Таке нечітке формулювання може призвести до того, що будь-яка сторона, яка бере участь у справі відповідно до процесуального законодавства, зможе звернутись до Конституційного Суду України. Це призведе не лише до надмірного перевантаження суду, а й знівелює виняткову функцію цього органу – конституційний контроль – та може перетворити його на чергову інстанцію оскарження, так званий «супер-Верховний суд». Про це неодноразово застерігалось Венеціанською комісією, приміром у висновку на проект змін до Конституції Туреччини (абз. 44)<sup>18</sup>.

Отже, можемо зробити такі висновки. Інститут конституційної скарги є інструментом прямого доступу до органу конституційної юстиції та слугує ефективним засобом поновлення порушених прав на національному рівні. Аналіз досліджень та висновків Венеціанської комісії стосовно конституційної скарги дає підстави виокремити низку стандартів, які впливають із загальноєвропейського розуміння прав та свобод людини і громадянина, механізмів їх захисту на національному і європейському рівнях та підтримуються усіма органами Ради Європи. До них належать стандарти стосовно:

- по-перше, *суб'єктів* звернення із конституційною скаргою – таким правом має бути наділено максимально широке коло осіб (як фізичних, так і юридичних), чії права чи свободи були порушені неконституційним актом;
- по-друге, *об'єктів* конституційної скарги – оскаржуватись можуть як неконституційний закон, так і акти органів виконавчої влади, судові рішення, тобто будь-який правовий акт, прийнятий стосовно суб'єкта звернення, яким порушено його права та свободи;
- по-третє, *строків* поновлення прав та свобод особи за конституційною скаргою – вони повинні бути розумними відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод;

– по-четверте, *вичерпання усіх інших ефективних засобів юридичного захисту на національному рівні* як умови звернення із конституційною скаргою.

Щодо перспектив реалізації згаданих стандартів в Україні, варто зауважити, що при цьому мають бути враховані національні особливості правової системи. Звичайно, найбільш привабливим з точки зору ефективності захисту прав та свобод виглядає німецький варіант конституційної скарги (модель повної скарги)<sup>19</sup>. Разом із тим, враховуючи кількість судових справ, що розглядаються щороку вищими судовими інстанціями в Україні, можна спрогнозувати перевантаження Конституційного Суду України аж до повного блокування його роботи у разі запровадження такої моделі. Тому варто погодитись із позицією А. Селіванова, що право конституційної скарги у нашій державі не повинно передбачати перевірки у Конституційному Суді України правозастосовної практики судів, а також законності та обґрунтованості судових рішень у конкретній цивільній, кримінальній чи адміністративній справі<sup>20</sup>.

Підсумовуючи зауважимо, що запровадження згаданих стандартів конституційної скарги не є самоцілью, воно має привести до створення в Україні ефективного засобу юридичного захисту прав та свобод на національному рівні. Для цього, без сумніву, доведеться зробити ще багато кроків, проте перший і найважливіший з них уже здійснено.

<sup>1</sup> Бориславська О. М. Загальноєвропейські конституційні цінності як основа європейської моделі конституціоналізму / О. М. Бориславська // Часопис Київського університету права. – 2015. – № 2. – С. 54–58.

<sup>2</sup> Конституція України від 28 червня 1996 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>3</sup> Study On Individual Access To Constitutional Justice / CDL-AD(2010)039rev. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e)

<sup>4</sup> Study On Individual Access To Constitutional Justice. – Вказана праця.

<sup>5</sup> Opinion On The Draft Code Of Constitutional Procedure Of Bolivia / CDL-AD(2011)038 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)038-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)038-e)

<sup>6</sup> Арутюнян Г. Індивідуальна конституційна скарга: європейські тенденції системного розвитку / Г. Арутюнян // Захист прав людини органами конституційної юстиції: можливості та проблеми індивідуального доступу : матеріали міжнар. конф. (м. Київ, 16 вересня 2011 р.) / Конституційний Суд України; відп. ред. А. С. Головін. – К. : Логос, 2011. – С. 67–69.

<sup>7</sup> Opinion on proposals amending the Draft Law on the amendments to the Constitution to strengthen the independence of Judges of Ukraine / CDL-AD(2013)034 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)034-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)034-e)

<sup>8</sup> Opinion On The Amendments To The Constitution Of Ukraine Regarding The Judiciary As Proposed By The Working Group Of The Constitutional Commission In July 2015 / CDL-AD(2015)026 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)026-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)026-e)

<sup>9</sup> Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan adopted by the Commission at its 50th Plenary Session, Venice, 8–9 March 2002 / CDL-AD(2002)005-e : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2002\)005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2002)005-e)

<sup>10</sup> Opinion on Act CLI of 2011 on the Constitutional Court of Hungary adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary Session (Venice, 15–16 June 2012) / CDL-AD(2012)009-e : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2012\)009-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2012)009-e)

<sup>11</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004)

<sup>12</sup> Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of Montenegro, adopted by the Venice Commission at its 76th Plenary Session (Venice, 17–18 October 2008) / CDL-AD(2008)030-e : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2008\)030-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2008)030-e)

<sup>13</sup> Opinion on the seven amendments to the Constitution of “the former Yugoslav Republic of Macedonia” concerning, in particular, the judicial Council, the competence of the Constitutional Court and special financial zones, adopted by the Venice Commission at its 100th Plenary Session (Rome, 10–11 October 2014) / CDL-AD(2014)026 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)026-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)026-e)

<sup>14</sup> Report on the effectiveness of national remedies in respect of excessive length of proceedings adopted by the Venice Commission at its 69th Plenary Session (Venice, 15–16 December 2006) / CDL-AD (2006) 036rev : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2006\)036rev-e.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2006)036rev-e.aspx)

<sup>15</sup> Opinion on three legal questions arising in the process of drafting the New Constitution of Hungary – Adopted by the Venice Commission at its 86th Plenary Session ( Venice, 25–26 March 2011) / CDL-AD(2011)001-e : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)001-e)

<sup>16</sup> Opinion on the seven amendments to the Constitution of “the former Yugoslav Republic of Macedonia” concerning, in particular, the judicial Council, the competence of the Constitutional Court and special financial zones, adopted by the Venice Commission at its 100th Plenary Session (Rome, 10–11 October 2014) / CDL-AD(2014)026 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)026-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)026-e)

<sup>17</sup> Opinion on the draft Constitutional Law on introducing amendments and additions to the constitutional law on the Constitutional Chamber of the Supreme Court of the Kyrgyz Republic, adopted by the Venice Commission at its 99th Plenary Session (Venice, 13–14 June 2014), adopted by the Venice Commission at its 99th plenary session (Venice, 13–14 June 2014) / CDL-AD(2014)020 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)020-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)020-e)

<sup>18</sup> Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey adopted by the Venice Commission at its 59th Plenary Session (Venice, 18–19 June 2004) / CDL-AD(2004)024 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2004\)024-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2004)024-e)

<sup>19</sup> Study On Individual Access To Constitutional Justice / CDL-AD(2010)039rev : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e)



<sup>20</sup> Селіванов А. Конституційна скарга громадян в реаліях сучасності / А. Селіванов, П. Євграфов // Право України. – 2003. – № 4. – С. 85.

#### Резюме

##### **Дубас В. В. Європейські стандарти конституційної скарги (за позиціями Венеціанської комісії).**

Стаття присвячена дослідженню європейських стандартів конституційної скарги у дослідженнях Європейської комісії «За демократію через право». Автор виокремлює ключові позиції ефективної моделі конституційної скарги. У статті доведено, що примірною моделлю конституційної скарги є повна конституційна скарга, яка відповідає мінімальним європейським стандартам. Передусім це вимоги до суб'єктів, об'єктів звернення, строків поновлення прав та свобод особи та вичерпання усіх інших ефективних засобів юридичного захисту на національному рівні. При цьому баланс між національними інтересами, особливостями та національними механізмами захисту прав та свобод людини повинен бути збережений.

**Ключові слова:** конституційна скарга, європейські стандарти, Венеціанська комісія, Європейська комісія «За демократію через право».

#### Резюме

##### **Дубас В. В. Европейские стандарты конституционной жалобы (по исследованиям Венецианской комиссии).**

Статья посвящена исследованию европейских стандартов конституционной жалобы в исследованиях Европейской комиссии «За демократию через право». Автор выделяет ключевые позиции эффективной модели конституционной жалобы. В статье доказано, что примерной моделью конституционной жалобы является полная конституционная жалоба, которая соответствует минимальным европейским стандартам. Прежде всего, это требования к субъектам, объектам обращения, сроков восстановления прав и свобод лица и исчерпания всех эффективных средств правовой защиты на национальном уровне. При этом баланс между национальными интересами, особенностями и национальными механизмами защиты прав и свобод человека должен быть сохранен.

**Ключевые слова:** конституционная жалоба, европейские стандарты, Венецианская комиссия, Европейская комиссия «За демократию через право».

#### Summary

##### **Dubas V. European Standards of constitutional complaint (the positions of the Venice Commission).**

The article investigates the European standards of constitutional complaint in the research of The European Commission for Democracy through Law. The author distinguishes main opinions of the effective model of constitutional complaint. The approximate model is a full constitutional complaint that consort with the minimum European standards. First of all, it claims to subjects, objects application, terms of the restoration of rights and freedoms and the exhaustion of all other effective remedies at national level. Still, the balance between national interests, national characteristics and mechanisms of protection of rights and freedoms must be preserved.

**Key words:** constitutional complaint, European standards, the Venice Commission, The European Commission for Democracy through Law.

УДК 342.71

## О. О. СПОДИНСЬКИЙ

*Олександр Олександрович Сподинський, аспірант Національної академії внутрішніх справ*

## НАБУТТЯ І ПРИПИНЕННЯ (ПОЗБАВЛЕННЯ) ГРОМАДЯНСТВА: ІСТОРІЯ ТА СУЧАСНІСТЬ

Сучасні політичні, економічні та законодавчі зміни в Україні зумовлюють нові виклики та необхідність врегулювання забезпечення прав і свобод людини, формування нових правових обов'язків членів українського суспільства. Наша держава вибрала для себе новий, європейський, шлях розвитку. Законодавчі акти, які починаючи з 24 серпня 1991 р., приймалися Верховною Радою у пострадянський період, встановлювали нові, демократичні відносини між членами суспільства, де найголовнішою цінністю є людина, її права та свободи. Це стосується і правового поля, де Україна виокремила для себе основні принципи, які використовують провідні демократичні, суверенні держави Європейського Союзу та світу, а саме: дотримання прав і свобод людини і громадянина; верховенство права; демократичність; відкритість; гласність; забезпечення дотримання честі та гідності особи та інші. У зв'язку із цим виникла необхідність приведення українського законодавства до загальноєвропейських та світових вимог щодо врегулювання прав і свобод людини та громадянина.

Саме це наша держава виконувала і виконує дотепер. Було прийнято та ратифіковано такі міжнародно-правові акти, як «Загальна декларація з прав людини» від 10 грудня 1948 р., «Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод» від 4 листопада 1950 р., «Європейська конвенція про громадянство» від 6 листопада 1997 р. та інші.

Сучасне українське законодавство, у тому числі з питань громадянства, у загальному відповідає вимогам та пріоритетам, які ставляться міжнародними договорами та нормативно-правовими актами провідних



демократичних країнах ЄС, про це свідчать Конституція України та Закон України «Про громадянство України» від 18 січня 2001 р., які прийняті з дотримання світових вимог демократичного права.

Проте сучасні етапи розвитку провідних держав світу та Європейського Союзу зумовлюють виникнення нових запитань, які виникають у правовому полі, у тому числі і тих, що стосуються громадянства, адже громадянин – це особа, людина, складова частинка суспільства, яке формує політику та шляхи розвитку будь-якої держави.

Україна є незалежною, демократичною та суверенною державою, а тому стійким є твердження про те, що правило, яке стосується самостійного вирішення державами питань громадянства у зв'язку зі здійснення своїх внутрішніх справ, пов'язано із суверенною незалежністю держави<sup>1</sup>.

Зокрема, це стосується і Конституції України та Закону України «Про громадянство України» від 18 січня 2001 р., зокрема, у Конституції України, як в основному законодавчому акті держави, визначено, що: «Громадянин України не може бути позбавлений громадянства і права змінити громадянство. Громадянин України не може бути вигнаний за межі України або виданий іншій державі. Україна гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами»<sup>2</sup>.

У свою чергу, Закон України «Про громадянство України», а саме в ч. 1 ст. 1 чітко визначає: «Громадянство України – правовий зв'язок між фізичною особою і Україною, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах та обов'язках»<sup>3</sup>.

П. Вейс описував цей зв'язок наступним чином: «Без сумніву, це право пов'язане із суверенітетом. Право визначати групу людей, що має громадянство, їхній статус у контексті прав і обов'язків є передумовою територіального верховенства, і через це, суверенітету. Право держави самостійно вирішувати, кому належить її громадянство, є значним елементом суверенітету»<sup>4</sup>.

Що стосується міжнародних та європейських нормативно-правових актів з питань громадянства, то можна зазначити, що в таких нормативних актах, як Загальна декларація з прав людини, вказано: «Кожна людина має право на громадянство. Ніхто не може бути безпідставно позбавлений громадянства або права змінити своє громадянство»<sup>5</sup>.

Також підкреслимо, що в Європейській конвенції про громадянство від 6 листопада 1997 р., зокрема у ст. 3 та ст. 4 чітко прописано, що кожна держава визначає у своєму законодавстві, хто є її громадянами і це законодавство визнається іншими державами тільки за умови його відповідності чинним міжнародним конвенціям, міжнародному звичаєвому праву та принципам права, які є загальноновизнаними стосовно громадянства. Правила кожної держави-учасниці, які стосуються громадянства, ґрунтуються на таких принципах:

- a) кожна особа має право на громадянство;
- b) безгромадянства слід уникати;
- c) жодна особа не може бути безпідставно позбавлена громадянства;
- d) ні укладення шлюбу, ні розірвання шлюбу між громадянином держави-учасниці та особою, яка має громадянство іншої держави, ні зміна громадянства одним із подружжя під час перебування у шлюбі не впливають автоматично на громадянство другого з подружжя<sup>6</sup>.

Проте вже сьогодні існує судова практика, яка показує, що за наявності порушення законодавства держави та за наявності достатніх підстав людину можна позбавити громадянства, хоча це і буде суперечити тим вимогам щодо дотримання прав людини і громадянина, які прописані в Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. та Європейській конвенції про громадянство від 6 листопада 1997 року.

Така судова практика стосується рішення Європейського Суду з прав людини від 21 червня 2016 р. щодо справи № 76136/12 «Рамадан проти Мальти», де з обставин справи відомо, що розпочато її за заявою (№ 76136/12) проти Республіки Мальта, поданою до Суду відповідно до ст. 34 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод паном Louay Ramadan (далі – Позивач) 21 листопада 2012 року. У даний час Позивач є особою без громадянства. Позивач від народження був громадянином Єгипту. Проте він отримав дозвіл відмовитися від єгипетського громадянства після отримання мальтійського громадянства в результаті його шлюбу з мальтійською громадянкою. Позивач стверджував, що наказ позбавити його мальтійського громадянства є порушенням його прав зазначеним у ст. 8 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Європейський Суд у даній справі вважає, що втрата громадянства вже набутого або набутого при народженні може мати вплив на особисте та сімейне життя людини. Звідси випливає, що немає жодних підстав для розрізнення між цими двома ситуаціями. Таким чином, довільне позбавлення громадянства при певних обставинах дозволяє поставити питання, відповідно до ст. 8 Конвенції про захист прав і основоположних свобод, про його вплив на особисте життя людини. Суд зазначає, що рішення про позбавлення Позивача його громадянства було прийнято відповідно до закону, а саме згідно зі ст. 14 (раніше – ст. 9) Закону про мальтійське громадянство (далі – Закон), який передбачає, що міністр може позбавити мальтійського громадянства будь-якого громадянина Мальти, який отримав громадянство шляхом реєстрації або натуралізації, якщо доведений той факт, що реєстрація або свідоцтво про натуралізацію було отримано шляхом шахрайства, помилкового уявлення або приховування будь-якого суттєвого факту. Крім того, Суд приймає аргумент Уряду, що стан у ст. 27 (2) Закону не відноситься до Позивача, оскільки його заявка була вже оброблена і визначена. Таким чином, громадянство було отримано ним до внесення поправок до Закону, прийнятий у 2000 р., і означає, що позбавлення громадянства було відповідно до цього закону. Крім того, Європейський

Суд зазначає, що відповідно до підпункту (4) вищезгаданого положення – яке було застосовано в 2006 р., коли Позивач був проінформований про те, що наказ повинен був бути зроблений, щоб позбавити його мальтійського громадянства – до рішення Міністра, Позивач був проінформований про можливість запити, і фактично приступив до прийняття таких заходів. Таким чином, Позивач мав можливість, якою він скористався сам, захищати себе в порядку, що складається з ряду слухань, де йому надавав допомогу адвокат, де усні й зроблені письмові матеріали, а також докази, включаючи свідчення свідків, проводиться до відповідної процедури. Згодом він мав можливість оскаржити це рішення до конституційної юрисдикції, які пропонують відповідні гарантії. Звідси випливає, що рішення про позбавлення Позивача його громадянства супроводжувалося необхідними процедурними гарантіями.

Зважати на те, що під сумнів ставилося питання, чи в даному випадку влада діяла старанно і швидко, не потрібно, Європейський Суд зазначає, що будь-яка затримка не спричинила невідгідного становища Позивача, який продовжував отримувати вигоду з ситуації. Таким чином, Суд доходить висновку, що рішення мальтійської влади позбавити Позивача його мальтійського громадянства не було довільним.

Крім того, Позивач знав, що, коли шлюб буде анульованим, то його громадянство може бути анульовано в будь-який час Міністром. Крім того, Європейський Суд не може ігнорувати той факт, що ситуація з претензіями сталася в результаті шахрайської поведінки Позивача. Суд повторює, що ні ст. 8, ні будь-які інші положення Конвенції не можна розглядати як гарантію, як право на конкретний тип посвідки на проживання. Якщо це дозволяє власнику перебувати на території приймаючої країни і здійснювати вільно там право на повагу до свого приватного і сімейного життя, надання такого дозволу відображається в принципі достатнім заходом для задоволення потреб. У таких випадках Суд не уповноважений вирішувати, чи повинен бути наданий заінтересованій особі один конкретний юридичний статус, а не інший. У зв'язку з цим Суд зазначає, що існують різні можливості, які відкриті для Позивача, наприклад, подача заявки на отримання дозволу на роботу, а згодом – видача посвідки на проживання, яка в кінцевому рахунку може знову надати йому право на отримання громадянства. Проте Позивач не вжив жодних таких кроків, які могли б запобігти будь-якому негативному впливу на його особисте та сімейне життя. Також, що стосується того, що Позивач у даний час без громадянства, Суд зазначає, що відповідно до листа консула Посольства Арабської Республіки Єгипет клопотання Позивача відмовитися від свого єгипетського громадянства було задоволено і єгипетський паспорт Позивача було відкликано, а оскільки Позивач не надав Суду будь-який офіційний документ і не має будь-якої інформації щодо можливостей знову набути єгипетського громадянства, оскільки в такому випадку він дійсно відмовився від такого громадянства особисто і за власної ініціативи. У будь-якому разі той факт, що іноземець відмовився від свого громадянства будь-якої держави не означає, що інша держава зобов'язана впорядковувати його перебування в країні, тобто надати своє громадянство.

З урахуванням наведених вище міркувань оцінка негативних зобов'язань держави відповідно до ст. 8 Конвенції не може бути виправдана в даному випадку. Суд також не повинен оцінювати позитивні зобов'язання держави, враховуючи, що для Позивача немає будь-якого ризику депортації. Враховуючи все викладене вище, на сьогоднішній день Суд доходить висновку, що не було ніякого порушення ст. 8 Конвенції<sup>7</sup>.

Із викладеного можемо зробити висновок, що за наявності відповідного державного законодавства влада може відступити від вимог міжнародно-правового акта з метою врегулювання конфлікту, а особливо, коли даним конфліктом порушено інші правові обов'язки людини і громадянина.

Що ж стосується України, то на даний час склалася ситуація, яка також вимагає врегулювання питання громадянства, зокрема, якщо це громадянство подвійне. Адже нині наша держава перебуває в непростій політичній та економічній ситуації. З одного боку, проведення антитерористичної операції на сході України, що зумовлює можливості отримання подвійного громадянства, одне з яких українське, особами, які підтримують сторону ворога України, та виникнення можливостей у таких осіб, користуватися права та благами, які наша держава створює для своїх громадян. З іншого боку, прагнення України ввійти до складу країн-учасниць Європейського Союзу, що потребує забезпечення своїх громадян та громадян Європейського Союзу від осіб, які здатні вчиняти антидемократичні дії або ж, навіть, терористичні акти.

У зв'язку із цим 13 березня 2017 р. Президентом України П. Порошенком до Верховної Ради України було подано законопроект «Про внесення змін до Закону України “Про громадянство України” щодо реалізації права змінити громадянство» № 6175, у якому пропонується врегулювати питання щодо припинення громадянства України, зокрема: «Громадянин України, який добровільно набув громадянство іншої держави, вважається таким, що виявив намір змінити громадянство та надав згоду на припинення громадянства України».

У законопроекті пропонується передбачити, що рішення про оформлення набуття громадянства України скасовується: якщо особа набула громадянство України відповідно до ст.ст. 8 або 10 цього Закону шляхом обману, внаслідок подання свідомо неправдивих відомостей або фальшивих документів, приховування будь-якого суттєвого факту, за наявності якого особа не може набути громадянство України, або з суттєвим порушенням встановленого законодавством про громадянство України порядку набуття громадянства України.

Окрім цього, у законопроекті пропонується таке положення: якщо особа, яка набула громадянство України на підставі ст.ст. 8 або 10 цього Закону, не виконала встановленої для неї цим Законом вимоги про подання протягом двох років до уповноваженого органу України виданого уповноваженим органом іноземної держави документа про припинення іноземного громадянства у випадку, якщо незалежні від особи причини неотримання такого документа відсутні, або вимоги щодо подання до уповноваженого органу України декларації про відмову від іноземного громадянства у випадку, якщо така особа, маючи всі передбачені зако-

нодавством іноземної держави підстави для отримання документа про припинення іноземного громадянства, з незалежних від неї причин не може протягом двох років отримати його, або вимоги про повернення паспорта іноземної держави до уповноважених органів цієї держави та/або про письмове повідомлення уповноваженого органу України про повернення паспорта іноземної держави, або вимоги про подання свого паспортного документа іноземної держави до уповноваженого органу України для здійснення заходів для його повернення до уповноважених органів іноземної держави<sup>8</sup>.

Аналізуючи викладене вище, ми бачимо, що українське законодавство з питань громадянства в цілому відповідає тим вимогам та основоположним принципам, які зазначаються щодо даного питання в міжнародних та європейських нормативно-правових актах. Адже законодавство однієї країни не може цілком і дослівно відповідати тим положенням, які висувають міжнародні та європейські законодавчі акти, або законодавчі акти іншої країни. Для прикладу наведемо консультативний висновок Міжнародного суду ООН щодо законів про громадянство, які були прийняті у Тунісі та Марокко, у якому зазначено наступне: «Питання про те, чи є визначення громадянства виключним повноваженням кожної держави, по суті, відносне. Відповідь на нього залежить від ступеня розвитку міжнародних взаємовідносин»<sup>9</sup>.

Крім того, на даний час, все більш актуальним стає вирішення проблеми правового врегулювання припинення (позбавлення) громадянства певної держави при порушенні законодавства цієї держави в порядку набуття громадянства для особистої вигоди.

Отже, на нашу думку, непоодинокі факти отримання громадянами України громадянства інших держав є загрозою національній безпеці України, а також свідчать про відсутність у нашій державі інструментів для його вирішення. Тому примусове припинення (позбавлення) громадянства є одним із засобів протидії цьому небезпечному явищу, що вимагає від України вжиття виважених рішень і запровадження дієвого механізму на законодавчому рівні.

<sup>1</sup> Никитина О. А. Гражданство Европейского Союза и гражданство государств-участников: соотношение международно-правовых категорий / О. А. Никитина // Вестник Московского университета. – 2000. – № 3. – С. 98. – (Серия: «Право»).

<sup>2</sup> Конституція України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>3</sup> Про громадянство України : Закон України від 18 січня 2001 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2235-14>

<sup>4</sup> Weis P. Nationality and Statelessness in International Law: 2<sup>nd</sup> ed. / P. Weis. – Brussel, 1979. – P. 65.

<sup>5</sup> Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015)

<sup>6</sup> Європейська конвенція про громадянство від 06.11.1997 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994\\_004](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_004)

<sup>7</sup> Рішення Європейського Суду з прав людини від 21.06.2016 щодо справи № 76136/12 «Рамадан проти Мальти» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2276136/12%22%5D,%22itemid%22:%5B%22002-11223%22%5D%7D>

<sup>8</sup> Законопроект № 6175 «Про внесення змін до Закону України «Про громадянство України» щодо реалізації права змінити громадянство» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=61320](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61320)

<sup>9</sup> Case «Nationality Decrees in Tunis and Morocco» // Permanent Court of International Justice. – Ser. B. – № 4. – P. 24.

### Резюме

#### **Сподинський О. О. Набуття і припинення (позбавлення) громадянства: історія та сучасність.**

У статті проаналізовано сутність та правову природу громадянства, історію становлення національного законодавства України, яке регулює процес набуття і припинення громадянства, окремі проблеми існування множинного (подвійного) громадянства, а також практику Європейського суду з прав людини.

**Ключові слова:** громадянство, правовий зв'язок держави і громадянина, набуття громадянства, припинення (позбавлення) громадянства.

### Резюме

#### **Сподинский А. А. Приобретение и прекращение (лишение) гражданства: история и современность.**

В статье проанализированы сущность и правовая природа гражданства, история становления национального законодательства Украины, регулирующего процесс приобретения и прекращения гражданства, отдельные проблемы существования множественного (двойного) гражданства, а также практика Европейского суда по правам человека.

**Ключевые слова:** гражданство, правовая связь государства и гражданина, гражданство, прекращение (лишение) гражданства.

### Summary

#### **Spodynskiy O. The acquisition and termination (withdrawal) citizenship: past and present.**

The article analyzes the nature and legal nature of citizenship, history of the national legislation of Ukraine, which regulates the process of acquisition and termination of citizenship, some problems exist multiple (dual) citizenship, and the European Court of Human Rights.

**Key words:** citizenship, legal relationship of the state and citizens, acquisition of citizenship, termination (deprivation) citizenship.

УДК 347.73

**О. В. ГЕДЗЮК**

*Олена Вікторівна Гедзюк, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**ДО ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ДОХОДУ, ЩО ВПЛИВАЄ НА ЗМІНИ  
У МАЙНОВОМУ СТАНІ СУБ'ЄКТА ДЕКЛАРУВАННЯ**

*Коли ви бачите, що торгівля ведеться не за згодою, а з примусу, коли для того, щоб виробляти, ви повинні отримувати дозвіл від тих людей, хто нічого не виробляє, коли гроші пливають до ділків не за товари, а за переваги, коли ви бачите, що люди стають багатшими за хабар або по протекції, а не за роботу, і ваші закони захищають не вас від них, а їх – від вас, коли корупція приносить дохід, а чесність стає самопожертвою, знайте, що ваше суспільство приречене.*

Айн Ренд  
Атлант розправив плечі

Відповідно до Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції, яка ратифікована Законом України від 18 жовтня 2006 р. № 251-V<sup>1</sup>, кожна держава-учасниця, згідно з основоположними принципами своєї правової системи, розробляє й здійснює або проводить ефективну скоординовану політику протидії корупції, яка сприяє участі суспільства та відображає принципи правопорядку, належного управління державними справами й державним майном, чесності й непідкупності, прозорості і відповідальності.

Вирішення проблеми корупції є одним із пріоритетів для українського суспільства на сьогоднішньому етапі розвитку держави.

Відповідно до Закону України «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки»<sup>2</sup> за даними досліджень саме корупція є однією з причин, що призвела до масових протестів в Україні наприкінці 2013 – на початку 2014 року. Згідно з результатами дослідження «Барометра Світової Корупції» (Global Corruption Barometer), проведеного міжнародною організацією Transparency International у 2013 р., 36 відсотків українців були готові вийти на вулицю, протестуючи проти корупції. За результатами проведеного Міжнародною фундацією виборчих систем (IFES) наприкінці 2013 р. дослідження громадської думки корупція вже входила до переліку найбільших проблем населення і викликала особливе занепокоєння у 47 відсотків громадян. За даними досліджень Індексу сприйняття корупції, що проводяться Transparency International, українці вважають свою державу однією з найбільш корумпованих у світі: у 2012 і 2013 рр. держава займала 144 місце із 176 країн, в яких проводилися дослідження.

Відповідно до Закону України «Про запобігання корупції»<sup>3</sup> корупція – використання особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей.

Держава здійснює фінансовий контроль за суб'єктами, на яких поширюється дія Закону України «Про запобігання корупції». Щорічно до 1 квітня суб'єкти декларування зобов'язані подавати шляхом заповнення на офіційному веб-сайті Національного агентства з питань запобігання корупції декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за минулий рік.



Крім того, чинним законодавством передбачені додаткові заходи здійснення фінансового контролю. Згідно зі ст. 52 Закону України «Про запобігання корупції» у разі відкриття суб'єктом декларування або членом його сім'ї валютного рахунка в установі банку-нерезидента відповідний суб'єкт декларування зобов'язаний у десятиденний строк письмово повідомити про це Національне агентство з питань запобігання корупції у встановленому ним порядку, із зазначенням номера рахунка і місцезнаходження банку-нерезидента. Також, у разі суттєвої зміни у майновому стані суб'єкта декларування, а саме отримання ним доходу, придбання майна на суму, яка перевищує 50 прожиткових мінімумів, встановлених для працездатних осіб на 1 січня відповідного року, зазначений суб'єкт у десятиденний строк з моменту отримання доходу або придбання майна зобов'язаний письмово повідомити про це Національне агентство з питань запобігання корупції.

Під час реалізації учасниками правовідносин вимог Закону України «Про запобігання корупції» виникають питання, зокрема, у застосуванні норм ст. 52 цього нормативно-правового акта. А саме: «що слід розуміти під визначенням «отриманий дохід» – дохід, що нарахований суб'єкту декларування та підлягає оподаткуванню, чи дохід, який отриманий суб'єктом декларування після утримання податків, зборів із суми такого доходу?».

Для аналізу даного питання необхідно керуватися положеннями Закону України «Про запобігання корупції», Податковим кодексом України, Рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 10 червня 2016 р. № 3 «Про функціонування Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», Рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 11 серпня 2016 р. № 3 «Про роз'яснення щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю».

Для визначення поняття «дохід» з метою застосування ст. 52 Закону України «Про запобігання корупції» вважаємо за доцільне звернутись до визначення поняття доходу як з точки зору економіки, так і з точки зору бухгалтерського та податкового обліку.

Визначення поняття доходу в його широкому значенні знаходимо у Великому тлумачному словнику сучасної української мови. Так, доходом є гроші або матеріальні цінності, одержувані державою, юридичною та фізичною особою внаслідок якої-небудь діяльності.

З економічної точки зору під доходом, як правило, розуміють виручку від реалізації продукції і майна, а також від здійснення позареалізаційних операцій. Такий (економічний) підхід в основному використовується щодо доходів підприємств, але вважаємо, що його також слід враховувати.

З точки зору бухгалтерського обліку під доходом розуміють збільшення економічних вигод у вигляді надходження активів або зменшення зобов'язань, які приводять до зростання власного капіталу (за винятком зростання капіталу за рахунок внесків власників) (п. 3 Розділу I Національного положення (стандарту) бухгалтерського обліку 1 «Загальні вимоги до фінансової звітності», затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 7 лютого 2013 р. № 73)<sup>4</sup>.

Для розуміння поняття доходу з точки зору оподаткування доходів фізичних осіб звертаємось до норм Податкового кодексу України (далі – ПК України)<sup>5</sup>.

Так, згідно з нормами ПК України платниками податку на доходи фізичних осіб (далі – ПДФО) є фізичні особи – резиденти та нерезиденти, які отримують доходи. Для цілей оподаткування ПДФО ПК України виділяє дві групи доходів: «дохід з джерелом їх походження з України» та «дохід, отриманий з джерел за межами України».

Дохід з джерелом їх походження з України відповідно до п.п. 14.1.54 п. 14.1. ст. 14 ПК України – будь-який дохід, отриманий резидентами або нерезидентами, у тому числі від будь-яких видів їх діяльності на території України, її континентальному шельфі, у виключній (морській) економічній зоні, у тому числі, але не виключно, доходи у вигляді: а) процентів, дивідендів, роялті та будь-яких інших пасивних (інвестиційних) доходів, сплачених резидентами України; б) доходів від надання резидентам або нерезидентам в оренду (користування) майна; в) доходів від продажу рухомого та нерухомого майна, доходів від відчуження корпоративних прав, цінних паперів, у тому числі акцій українських емітентів; г) доходів, отриманих у вигляді внесків та премій на страхування і перестраховання ризиків на території України; р) доходів страховиків – резидентів від страхування ризиків страхувальників – резидентів за межами України; д) інших доходів від діяльності, у тому числі пов'язаних з повною або частковою переуступкою прав та обов'язків за угодами про розподіл продукції на митній території України або на територіях, що перебувають під контролем контролюючих органів (у зонах митного контролю, на спеціалізованих ліцензійних митних складах тощо); е) спадщини, подарунків, вигащів, призів; є) заробітної плати, інших виплат та винагород, випланих відповідно до умов трудового та цивільно-правового договору; ж) доходів від зайняття підприємницькою та незалежною професійною діяльністю.

Згідно з пп. 14.1.55. п. 14.1 ст. 14 дохід, отриманий з джерел за межами України, – будь-який дохід, отриманий резидентами, у тому числі від будь-яких видів їх діяльності за межами митної території України, включаючи проценти, дивіденди, роялті та будь-які інші види пасивних доходів, спадщину, подарунки, вигащі, призи, доходи від виконання робіт (надання послуг) за цивільно-правовими та трудовими договорами, від надання резидентам в оренду (користування) майна, розташованого за межами України, включаючи рухомий склад транспорту, приписаного до розташованих за межами України портів, доходи від продажу майна, розташованого за межами України, дохід від відчуження інвестиційних активів, у тому числі корпоративних прав, цінних паперів тощо; інші доходи від будь-яких видів діяльності за межами митної території України або територій, не підконтрольних контролюючим органам.

У свою чергу, доходи фізичних осіб поділяються на такі, що підлягають оподаткуванню ПДФО (їх перелік визначений ст. 164 ПК України), та доходи, що оподаткуванню не підлягають (перелік визначений ст. 165 ПК України).

Враховуючи вищевикладене, доходимо висновку, що доходом фізичної особи в його широкому розумінні є всі грошові кошти та інше майно, які така особа отримала протягом певного періоду часу без будь яких вирахувань з вартості такого майна.

Як вбачається зі змісту норм Закону України «Про запобігання корупції» та форми декларації осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, декларуванню підлягають всі доходи суб'єкта декларування.

З метою здійснення додаткових заходів фінансового контролю, відповідно до ч. 2 ст. 52 Закону України «Про запобігання корупції» у разі суттєвої зміни у майновому стані суб'єкта декларування, а саме отримання ним доходу, придбання майна на суму, яка перевищує 50 прожиткових мінімумів, встановлених для працездатних осіб на 1 січня відповідного року, зазначений суб'єкт у десятиденний строк з моменту отримання доходу або придбання майна зобов'язаний письмово повідомити про це Національне агентство. Зазначена інформація вноситься до Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та оприлюднюється на офіційному веб-сайті Національного агентства. Тобто, чинним законодавством передбачена вимога повідомлення у межах визначеного строку – 10 днів.

Змоделюємо декілька підходів до розуміння поняття доходу для цілей застосування ч. 2 ст. 52 Закону України «Про запобігання корупції».

Так, якщо для цілей застосування ч. 2 ст. 52 Закону України «Про запобігання корупції» термін «отриманий дохід» тлумачити як «дохід, який отриманий суб'єктом декларування після утримання податків і зборів», то існує ризик виникнення питання щодо можливості дотримання встановленого 10-денного строку подачі повідомлення. Адже залежно від того, який вид доходу отримала особа, буде відрізнятися порядок та момент його оподаткування.

Наприклад, у випадку, якщо податковий агент нараховує оподатковуваний дохід у формі заробітної плати, він зобов'язаний утримати ПДФО із суми такого доходу за рахунок платника податку. Податок сплачується до бюджету під час виплати оподаткованого доходу єдиним платіжним документом. Банки приймають платіжні документи на виплату доходу лише за умови одночасного подання розрахункового документа на перерахування цього податку до бюджету.

Разом з тим, якщо вести мову, наприклад, про дохід, отриманий від операцій з продажу (обміну) об'єктів нерухомого майна, то нотаріус посвідчує відповідний договір за умови наявності документа про сплату податку до бюджету стороною (сторонами) договору. Проте дохід від продажу нерухомого майна може і не оподатковуватись взагалі. Так, у випадку, коли дохід, отриманий платником податку від продажу (обміну) житлового будинку, квартири або їх частини, кімнати, садового (дачного) будинку не частіше одного разу протягом звітного податкового року та за умови перебування такого майна у власності платника податку понад три роки, такий дохід не оподатковується. Але, водночас, він не перестає бути доходом особи в його широкому розумінні.

Інший випадок – коли оподаткування отриманого особою доходу відбувається не під час його виплати (отримання), а пізніше, а саме – після подачі річної декларації про майновий стан та доходи фізичної особи. Відповідно до п. 49.18 ст. 49 глави 2 розділу II ПК України річна податкова декларація подається за звітний (податковий) період, що дорівнює календарному року для платників податку на доходи фізичних осіб – до 1 травня року, що настає за звітним. Фізична особа зобов'язана самостійно до 1 серпня року, що настає за звітним, сплатити суму податкового зобов'язання, зазначену в поданій нею податковій декларації.

Кожний із розглянутих вище видів доходів буде мати особливості в оподаткуванні. Тому, якщо розглядати поняття «отриманий дохід» як «дохід, який отриманий суб'єктом декларування після утримання всіх податків, зборів із суми такого доходу», то буде порушуватись вимога закону про десятиденний строк для повідомлення з моменту отримання доходу, адже момент отримання доходу та сплата податку може не збігатися, або сплата податку взагалі не передбачена для певного виду доходу.

Стаття 67 Конституції України передбачає обов'язок кожного сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом. На наше переконання, виконання особою свого конституційного обов'язку щодо сплати податків не пов'язане та не повинно впливати на виконання суб'єктом декларування обов'язку щодо повідомлення про отриманий ним дохід.

Крім вищезгаданого, вважаємо також, що питання щодо подачі Повідомлення про отримання доходу не слід розглядати окремо від питання подання декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування та без урахування процедури й вимог до заповнення декларації.

Отже, підхід до визначення поняття доходу в цілях застосування ст. 52 Закону України «Про запобігання корупції» має бути ідентичним підходу до розуміння поняття «дохід» у цілях заповнення та подачі декларації осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Відповідно до ст. 46 Закону України «Про запобігання корупції» у декларації, серед іншого, зазначаються відомості про отримані (нараховані) доходи, у тому числі доходи у вигляді заробітної плати (грошового забезпечення), отримані як за основним місцем роботи, так і за сумісництвом, гонорари, дивіденди, проценти, роялті, страхові виплати, благодійна допомога, пенсія, доходи від відчуження цінних паперів та корпора-

тивних прав, подарунки та інші доходи. Такі відомості включають дані про вид доходу, джерело доходу та його розмір.

Рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 10 червня 2016 р. № 3<sup>6</sup> затверджена форма декларації осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування і форма Повідомлення про суттєві зміни в майновому стані суб'єкта декларування (далі Закон України Повідомлення).

У другому розділі Повідомлення вказано, що доходи включають: заробітну плату (грошове забезпечення), отриману як за основним місцем роботи, так і за сумісництвом, гонорари та інші виплати згідно з цивільно-правовими правочинами, дохід від зайняття підприємницькою або незалежною професійною діяльністю, дохід від надання майна в оренду, дивіденди, проценти, роялті, страхові виплати, благодійну допомогу, пенсію, спадщину, доходи від відчуження цінних паперів та корпоративних прав, подарунки та інші доходи.

Національне агентство з питань запобігання корупції у п. 45 Рішення від 11 серпня 2016 р. № 3 «Про роз'яснення щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю»<sup>7</sup> визначило перелік доходів та подарунків, які відображаються у декларації. Варто зазначити, що перелік не є вичерпним, що пояснюється загальною метою декларування.

З огляду на вищевикладене вважаємо, що під поняттям «отриманий дохід» з метою застосування ст. 52 Закону України «Про запобігання корупції» необхідно розуміти весь дохід, що був отриманий особою, без вирахування податків та зборів. На наше переконання, для визначення суми доходу в розмірі 50 прожиткових мінімумів (що є умовою для виникнення обов'язку направлення Повідомлення до Національного агентства) необхідно враховувати будь-який дохід: як оподатковуваний, так і той, який не підлягає оподаткуванню відповідно до вимог Податкового кодексу України.

<sup>1</sup> Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995\\_c16](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_c16)

<sup>2</sup> Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1699-18>

<sup>3</sup> Про запобігання корупції : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>

<sup>4</sup> Про затвердження Національного положення (стандарту) бухгалтерського обліку 1 «Загальні вимоги до фінансової звітності» : наказ Міністерства фінансів України від 7 лютого 2013 р. № 73 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0336-13>

<sup>5</sup> Податковий кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>

<sup>6</sup> Про функціонування Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування : рішення Національного агентства з питань запобігання корупції від 10 червня 2016 р. № 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0959-16>

<sup>7</sup> Про роз'яснення щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю : рішення Національного агентства з питань запобігання корупції від 11 серпня 2016 р. № 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://nazk.gov.ua/sites/default/files/rozyasnennya\\_15.08.16\\_15.30\\_14\\_0.pdf](https://nazk.gov.ua/sites/default/files/rozyasnennya_15.08.16_15.30_14_0.pdf)

### Резюме

**Гедзюк О. В.** До питання кваліфікації доходу, що впливає на зміни у майновому стані суб'єкта декларування.

У статті проаналізовано питання кваліфікації доходу, отриманого суб'єктом декларування, з метою повідомлення Національного агентства з питань запобігання корупції про суттєву зміну у майновому стані суб'єкта декларування, відповідно до вимог Закону України «Про запобігання корупції».

**Ключові слова:** дохід, корупція, повідомлення Національного агентства з питань запобігання корупції, майновий стан, суб'єкт декларування.

### Резюме

**Гедзюк Е. В.** К вопросу квалификации дохода, влияющего на изменения в имущественном состоянии субъекта декларирования.

В статье проанализированы вопросы квалификации дохода, полученного субъектом декларирования, с целью уведомления Национального агентства по вопросам предотвращения коррупции о существенном изменении в имущественном состоянии субъекта декларирования в соответствии с требованиями Закона Украины «О предотвращении коррупции».

**Ключевые слова:** доход, коррупция, уведомление Национального агентства по вопросам предотвращения коррупции, имущественное положение, субъект декларирования.

### Summary

**Hedziuk O.** Concerning income qualification that influences alterations in person of declaration property.

The article analyzes the qualification of income that was obtained by person of declaration to notify the National Agency on Corruption Prevention about the essential changes in the property status, according to the Law of Ukraine «On prevention of corruption».

**Key words:** income, corruption, reports the National Agency on Corruption Prevention, property status, person of declaration.

**В. В. КАРПУНЦОВ**

*Валерій Віталійович Карпунцов, кандидат юридичних наук, здобувач Державного науково-дослідного інституту МВС України, народний депутат України*

**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ КОМПЕТЕНЦІЇ КЕРІВНИКА ОРГАНУ ПРОКУРАТУРИ ТА ПРОКУРОРА ПРОКУРАТУРИ У СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ**

Сучасне розуміння ролі та значення прокуратури в системі органів державної влади привели до переформатування організації та діяльності прокурорів у всіх сферах суспільних правовідносин. Так, прокуратура вже не виконує відповідно до чинних законів функцію нагляду за додержанням і застосуванням законів. Функція представництва інтересів громадянина або держави в суді значно звужена та здійснюється лише у виключних випадках. Функція нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян, – тимчасова, адже існує до набрання чинності законом про створення подвійної системи регулярних пенітенціарних інспекцій. Прокуратура продовжує виконувати відповідно до чинних законів функцію досудового розслідування, але, знову ж, до початку функціонування органів, яким законом будуть передані відповідні функції (Державне бюро розслідувань).

Однак поряд зі звуженням функцій відбулася диференціація суб'єктів, що їх виконують. Так, у процесуальних відносинах діюча прокуратура отримала двох прокурорів: керівник органу прокуратури та прокурор прокуратури, які мають різні повноваження.

Нині основна увага суспільства прикута до реформування кримінального блоку держави. Разом із тим поза увагою залишено удосконалення організації та діяльності прокурорів у справах про адміністративні правопорушення.

Проблемні питання процесуальної діяльності прокурорів у справах про адміністративні правопорушення вивчали О. В. Агєєв, С. А. Кулинич, В. В. Шемчук, В. В. Шуба, М. К. Якимчук та інші, однак сучасні особливості реформування прокуратури України та практичного застосування положень Кодексу України про адміністративні правопорушення виявило багато проблем, що потребують вирішення.

**Метою статті** є дослідження проблемних питань і розмежування процесуальної компетенції керівника органу прокуратури та прокурора прокуратури у справах про адміністративні правопорушення.

Сучасні суспільні відносини в сфері адміністративних правопорушень врегульовані Кодексом України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р.<sup>1</sup> (далі – КУпАП), тобто кодифікованим нормативно правовим актом, що прийнятий ще за часів радянської доби. При цьому, за 32 роки до КУпАП внесено понад 400 різноманітних змін та доповнень. Більш того, відповідно до ст. 2 КУпАП законодавство України про адміністративні правопорушення складається з цього Кодексу та інших законів України. Такий підхід до нормативного врегулювання важливих суспільних відносини йде в розріз із євроінтеграційними прагненнями України та прямо суперечить засаді правової визначеності.

Слід вказати, що завданням КУпАП є охорона прав і свобод громадян, власності, конституційного ладу України, прав і законних інтересів підприємств, установ і організацій, встановленого правопорядку, зміцнення законності, запобігання правопорушенням, виховання громадян у дусі точного і неухильного додержання Конституції і законів України, поваги до прав, честі й гідності інших громадян, до правил співжиття, сумлінного виконання своїх обов'язків, відповідальності перед суспільством. У зв'язку з цим О. В. Агєєв справедливо вказує, що усвідомлення природи й суті адміністративного процесу як важливого правового явища є необхідним і для розуміння проблем правового становища кожного із суб'єктів адміністративно-процесуальної діяльності. Не є винятком і прокурор. Це сприятиме, на наш погляд, більш чіткому визначенню місця прокурора у загальній системі суб'єктів адміністративного процесу, акцентуванню уваги на тих вузлових моментах, що дали б змогу намітити шляхи удосконалення прокурорської діяльності в межах адміністративного процесу, визначенню пріоритетів нагляду за законністю в даній сфері. Водночас чітке усвідомлення суті адміністративного процесу безумовно слугує фактором, що забезпечує відповідну спрямованість і ефективність діяльності прокурорів<sup>2</sup>.

Однак прийняття Закону України «Про прокуратуру»<sup>3</sup> у 2014 р. трансформувало підходи до розуміння суб'єктів процесуальної діяльності з боку органів прокуратури. Так, ст. 15 Закону України «Про прокуратуру» визначила вичерпний перелік прокурорів в Україні, котрі мають єдиний статус незалежно від місця прокуратури в системі прокуратури України чи адміністративної посади, яку прокурор обіймає у прокуратурі. У зв'язку з цим з'ясування та чітке розмежування компетенції керівника органу прокуратури та прокурора



прокуратури у справах про адміністративні правопорушення можуть позитивно вплинути на ефективність та дієвість відповідної процесуальної діяльності.

Слід зазначити, що питання компетенції прокурорів у справах є малодослідженими. При цьому кримінальна процесуальна компетенція прокурора у досудовому провадженні досліджена в дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук І. В. Єни<sup>4</sup>. Так, за результати дослідження науковцем було сформульовано авторське визначення кримінальної процесуальної компетенції прокурора у досудовому провадженні, як правової категорії, визначеної Конституцією та законами України, яка має внутрішню єдність та узгодженість і являє собою певний покладений на прокурора обсяг здійснюваної у перебігу досудового розслідування державної діяльності, що включає кримінальні процесуальні функції, предмети відання та владні повноваження<sup>5</sup>. Зазначена позиція є досить слушною та може бути взята за основу при вирішенні мети цієї статті.

Для більш детального розуміння ролі й місця керівника прокуратури та прокурора прокуратури у справах про адміністративні правопорушення слід звернутися до системного аналізу положень КУпАП.

Передусім треба визначити, яку саме функцію виконує керівник органу прокуратури та прокурор прокуратури у справах про адміністративні правопорушення. При цьому Конституція України<sup>6</sup> не містить відповідних положень. У свою чергу, Закон України «Про прокуратуру», проводячи роз'яснення функції представництва інтересів громадянина або держави в суді, у ст. 23 вказує, що у разі встановлення ознак адміністративного чи кримінального правопорушення прокурор зобов'язаний здійснити передбачені законом дії щодо порушення відповідного провадження. Однак така норма Закону не може бути взята за основу при визначенні процесуальної функції у справах про адміністративні правопорушення, адже лише визначає певний порядок дій прокурора у відповідній ситуації.

Звертаючись до положень КУпАП, слід виокремити ст. 250 «Прокурорський нагляд за виконанням законів при провадженні в справах про адміністративні правопорушення». Як вбачається з назви статті, у даному випадку законодавець конкретизував назву відповідної функції прокурора. Оразу слід зазначити, що дана норма не піддалася жодним змінам після прийняття Закону України «Про прокуратуру» у 2014 році.

Водночас ст. 250 КУпАП оперує дефініціями «прокурор» та «заступник прокурора» в чіткій послідовності, що, у свою чергу, значно ускладнює розмежування компетенції керівника органу прокуратури та прокурора прокуратури. Адже згідно з наведеними вище положеннями ст. 15 Закону України «Про прокуратуру» під поняттям «прокурор» може виступати як керівник органу прокуратури будь-якого рівня та заступник керівника органу прокуратури будь-якого рівня, так і прокурор прокуратури будь-якого рівня.

Слід звернути увагу на обсяг повноважень прокурора, що визначені у ст. 250 КУпАП. Так, прокурор заступник прокурора, здійснюючи нагляд за додержанням і правильним застосуванням законів при провадженні в справах про адміністративне правопорушення, має право:

- порушувати провадження в справі про адміністративне правопорушення;
- знайомитися з матеріалами справи;
- перевіряти законність дій органів (посадових осіб) при провадженні в справі;
- брати участь у розгляді справи;
- заявляти клопотання;
- давати висновки з питань, що виникають під час розгляду справи;
- перевіряти правильність застосування відповідними органами (посадовими особами) заходів впливу за адміністративні правопорушення;
- вносити подання, оскаржувати постанову і рішення за скаргою в справі про адміністративне правопорушення, а також вчиняти інші передбачені законом дії.

Разом із тим, незважаючи на назву ст. 250 КУпАП, окремі повноваження прокурора у справах про адміністративні правопорушення не можна зводити до наглядової діяльності за їх правовою природою. Наприклад, повноваження, пов'язані з: участю у розгляді справи; заявленням клопотання; дачі висновків з питань, що виникають під час розгляду справи; внесенням подання, оскарженням постанови і рішення за скаргою в справі про адміністративне правопорушення. Адже наведені повноваження здійснюються в судовій стадії розгляду адміністративної справи, у котрій жодного нагляду прокурора бути не може. У цьому випадку слід погодитися з думкою В. В. Шемчука, що на кожній із стадій діяльність прокурора щодо забезпечення законності має свої особливості, які обумовлені завданнями кожної із стадій та його відповідними процесуальними можливостями. Слід зазначити, що на стадії порушення провадження у справі про адміністративне правопорушення прокурор здійснює не тільки нагляд за законністю дій та рішень осіб, які уповноважені здійснювати ті чи інші процесуальні дії, а й виступає суб'єктом порушення провадження<sup>7</sup>.

Для більш детального розуміння розмежування процесуальної компетенції керівника органу прокуратури та прокурора прокуратури у справах про адміністративні правопорушення варто більш детально зупинитися на окремих з наведених повноважень.

Так, КУпАП прямо не визначає різниці між питанням про порушення провадження в справі про адміністративне правопорушення прокурором та складанням протоколу про адміністративне правопорушення. Адже у ст. 250 КУпАП взагалі не визначено повноваження прокурора щодо складання протоколу про адміністративне правопорушення (якщо це не пов'язувати з тезою «вчиняти інші передбачені законом дії»), хоча це прямо передбачено в п. 11 ч. 1 ст. 255 КУпАП. Більш того, таке широке формулювання передбачає, що прокурор може порушити питання про порушення будь-якого провадження в справі про адміністративне право-

порушення та звернутися з відповідною вимогою до уповноваженого органу. Однак у КУпАП варто було б визначити, хто саме має направляти таку вимогу: керівник органу прокуратури чи прокурор прокуратури.

Розглядаючи питання складення протоколу про адміністративні правопорушення, відповідно наведеного вище положення п. 11 ч. 1 ст. 255 КУпАП прокурор має право складати протоколи про адміністративні правопорушення, передбачені ст.ст. 172<sup>4</sup>–172<sup>20</sup>, 185<sup>4</sup>, 185<sup>8</sup>, 185<sup>11</sup> КУпАП. Однак КУпАП не конкретизує суб'єкта складання (керівник органу прокуратури чи прокурор прокуратури).

Участь у розгляді справи судом є обов'язковою у справах про адміністративні правопорушення, передбачені ст.ст. 172<sup>4</sup>–172<sup>9</sup> КУпАП. При цьому, зважаючи на таке положення КУпАП, у інших справах про адміністративні правопорушення участь прокурора не заборонена. Водночас незрозуміло, хто саме визначає прокурора, котрий бере таку участь: керівник органу прокуратури чи прокурор прокуратури особисто приймає рішення про таку участь.

Більш того, наведені повноваження прокурорів щодо складання протоколу про адміністративне правопорушення та участь у розгляді адміністративної справи судом прямо пов'язані з таким інститутом, як призначення прокурора. Однак поняття призначення та зміна прокурора у провадженні є лише у кримінальному провадженні. А тому для виконання завдань, передбачених у ст. 2 КУпАП, та правильного правозастосування положень КУпАП існує нагальна потреба у запровадженні подібного інституту у провадженні про справи щодо адміністративних правопорушень.

Перевірка законності дій органів (посадових осіб) при провадженні в справі фактично є одним із основних інструментів прокурорського нагляду. Однак жодна норма КУпАП не визначає підстави та приводи до цієї перевірки, ініціатора й порядок перевірки. У цьому контексті невизначеними є дозвільні повноваження керівника органу прокуратури на здійснення своїми підлеглими прокурорами таких перевірок.

Особливу увагу слід приділити питанням перевірки правильності застосування відповідними органами (посадовими особами) заходів впливу за адміністративні правопорушення. Так, відповідно до ч. 5 ст. 7 КУпАП прокурор здійснюєгляд за додержанням законів при застосуванні заходів впливу за адміністративні правопорушення шляхом реалізації повноважень щодо нагляду за додержанням законів при застосуванні заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян. Прямий зв'язок з наведеною нормою мають положення ст. 287 КУпАП, котрі визначають, що постанову у справі про адміністративне правопорушення може бути оскаржено прокурором у випадках, передбачених ч. 5 ст. 7 КУпАП, особою, щодо якої її винесено, а також потерпілим.

При цьому особлива увага має звертатися прокурорами на дотримання строків адміністративного затримання, що не може тривати більш як три години. Стаття 263 КУпАП встановлює випадки повідомлення уповноваженими органами про адміністративне затримання особи прокурора в письмовій формі протягом 24 годин з моменту затримання, зокрема:

– особи, які незаконно перетнули або зробили спробу незаконно перетнути державний кордон України, порушили порядок в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, порушили прикордонний режим, режим у пунктах пропуску через державний кордон України або режимні правила у контрольних пунктах в'їзду – виїзду, вчинили злісну непокору законному розпорядженню або вимозі військовослужбовця чи працівника Державної прикордонної служби України або члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону, а також іноземців та осіб без громадянства, які порушили правила перебування в Україні або транзитного проїзду через територію України, може бути затримано на строк до трьох годин для складення протоколу, а в необхідних випадках для встановлення особи і з'ясування обставин правопорушення – до трьох діб;

– особи, які порушили правила обігу наркотичних засобів і психотропних речовин, може бути затримано на строк до трьох годин для складення протоколу, а в необхідних випадках для встановлення особи, проведення медичного огляду, з'ясування обставин придбання вилучених наркотичних засобів і психотропних речовин та їх дослідження – до трьох діб.

Разом із тим знову відсутня конкретизація, хто саме має бути повідомлений. При цьому зазначена ситуація може негативно вплинути на забезпечення права особи на свободу та особисту недоторканність.

Також незрозумілим є повноваження щодо внесенням прокурором подання та сферу дії такого акта реагування. При цьому Закон України «Про прокуратуру» у п. 1 ч. 6 ст. 23 хоч і вказує на таке повноваження прокурора, як звертатися до суду з позовом (заявою, поданням), але воно пов'язане з виконанням функції представництва інтересів громадянина або держави в суді.

Сучасна конструкція положень КУпАП щодо врегулювання питань пов'язаних з розмежуванням компетенції керівника органу прокуратури та прокурора прокуратури у більшості випадків суперечить засаді правової визначеності. Більш того, окремі недоліки законодавства у справах про адміністративні правопорушення негативно впливають на виконання прокурором своїх обов'язків, зокрема існує потреба удосконалення законодавства щодо: розмежування процесуальної компетенції керівника органу прокуратури та прокурора прокуратури; удосконалення функції нагляду прокурора за виконанням законів при провадженні в справах про адміністративні правопорушення.

<sup>1</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. № 8073-Х : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>

<sup>2</sup> Агеев О. В. Прокурор як суб'єкт адміністративного процесу : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Олександр Володимирович Агеев. – Х., 2006. – 199 с. – С. 11.

<sup>3</sup> Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1697-18>

<sup>4</sup> Єна І. В. Кримінальна процесуальна компетенція прокурора у досудовому провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Ірина Вікторівна Єна. – Запоріжжя, 2014. – 226 с.

<sup>5</sup> Там само. – С. 9.

<sup>6</sup> Конституція України 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>7</sup> Шемчук В. В. Нагляд органів прокуратури як гарантія забезпечення прав і свобод громадян у сфері адміністративної юрисдикції : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Віктор Вікторович Шемчук. – Сімферополь, 2009. – 225 с. – С. 92.

#### Резюме

**Карпунцов В. В. Проблемні питання розмежування процесуальної компетенції керівника органу прокуратури та прокурора прокуратури у справах про адміністративні правопорушення.**

У статті розглянуті проблемні питання, пов'язані з розмежуванням процесуальної компетенції керівника органу прокуратури та прокурора прокуратури у справах про адміністративні правопорушення. Проаналізовано основні повноваження прокурора у справах про адміністративні правопорушення з точки зору розмежування процесуальної компетенції керівника органу прокуратури та прокурора прокуратури. Надано пропозиції щодо удосконалення нормативного забезпечення процесуальної діяльності прокурора під час провадження у справах про адміністративні правопорушення.

**Ключові слова:** справи про адміністративні правопорушення, прокурор, керівник органу прокуратури, прокурор прокуратури, процесуальна компетенція.

#### Резюме

**Карпунцов В. В. Проблемные вопросы разграничения процессуальной компетенции руководителя органа прокуратуры и прокурора прокуратуры по делам об административных правонарушениях.**

В статье рассмотрены проблемные вопросы, связанные с разграничением процессуальной компетенции руководителя органа прокуратуры и прокурора прокуратуры по делам об административных правонарушениях. Проанализированы основные полномочия прокурора по делам об административных правонарушениях с точки зрения разграничением процессуальной компетенции руководителя органа прокуратуры и прокурора прокуратуры. Даны предложения по усовершенствованию нормативного обеспечения процессуальной деятельности прокурора в ходе производства по делам об административных правонарушениях.

**Ключевые слова:** дела об административных правонарушениях, прокурор, руководитель органа прокуратуры, прокурор прокуратуры, процессуальная компетенция.

#### Summary

**Karpuntsov V. Problematic issues of differentiation of procedural competence of the head of the prosecution authorities and the prosecutor of the public prosecutor's office in cases of administrative offenses.**

The article considers the problematic issues related to the separation of the procedural competence of the head of the prosecution authorities and the prosecutor of the public prosecutor's office in cases of administrative offenses. There have been analyzed the major powers of the prosecutor for administrative offences in terms of separation of the procedural competence of the head of the prosecution authorities and the prosecutor of the public prosecutor's office. There have been given proposals for improving regulatory support for judicial activity of the prosecutor during the proceedings in cases about administrative offenses.

**Key words:** cases about administrative offenses, the prosecutor, the head of the prosecution authorities, the prosecutor of the public prosecutor's office, the procedural competence.

УДК 342.95:343.137.5 (043.2)

#### С. І. МОСКАЛЕНКО

*Сергій Іванович Москаленко, кандидат юридичних наук, старший викладач Кіровоградської льотної академії Національного авіаційного університету*

### СИСТЕМА ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ, ЩО ЗДІЙСНЮЮТЬ РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНОЇ АВІАЦІЇ В УКРАЇНІ

Важливим на сьогодні є визначення суб'єктів державного контролю в галузі цивільної авіації. Суб'єкти здійснення державного контролю це – особи, які безпосередньо здійснюють нагляд за дотриманням законодавства. Важливо дослідити поняття «орган публічної влади в галузі цивільної авіації». Державний контроль у галузі цивільної авіації є важливим напрямом діяльності держави. Для дослідження діяльності суб'єктів публічної влади в галузі цивільної авіації важливим є аналіз ознак суб'єктів владних повноважень.

Питання системи органів публічної влади, які здійснюють державний контроль в галузі цивільної авіації, на теоретичному рівні практично не досліджувалось.

Дослідженню сутності та ознак суб'єктів владних повноважень присвячені роботи С. В. Ківалова, В. Б. Авер'янова, О. І. Сушинського, В. Є. Чиркіна, Г. В. Агаманчука, О. Ф. Андрійко, Ю. М. Ільніцької, В. М. Бевзенка, Р. О. Попельнюх, О. П. Рябченка, А. О. Ткаченко, І. В. Ковбас, Т. І. Друцул, В. В. Лісничого та інших вчених.

**Мета статті** – здійснити аналіз системи органів публічної влади, що здійснюють державний контроль у галузі цивільної авіації, їх діяльності.

Для аналізу діяльності державних органів, що здійснюють регулювання виконання функцій держави в галузі авіації, слід дослідити більш загальне поняття «Публічна влада».

Згідно з великим тлумачним словником сучасної української мови «публічний» – це такий, який відбувається в присутності публіки, людей, прилюдний<sup>1</sup>. У великому тлумачному словнику сучасної української мови «влада» визначається як «право керувати державою, політичне панування»<sup>2</sup>.

О. І. Сушинський пропонує розглядати владу як стан векторального функціонування суспільних відносин, що здійснюється шляхом їх контролю через різні види діяльності: встановлення (законодавчої), виконання (виконавчої), забезпечення (судової), перевірки, спрямування (контрольної) тощо<sup>3</sup>.

На думку В. Є. Чиркіна, феномен влади полягає в тому, що основою влади є колектив, тобто більш або менш організоване об'єднане товариство людей, які володіють свідомістю та волею<sup>4</sup>. Але не усяке товариство є колективом, для цього повинні виникнути загальні, спільні для колективу інтереси різного характеру (політичного, соціально-економічного). Для реалізації цих інтересів виникає необхідність визначеної єдності дій. Таким чином існує потреба в управлінні колективом, що породжує владу в колективі. Однак при цьому слід зазначити, що влада в державі необхідна для забезпечення виконання нею функцій.

Важливим є забезпечення принципу публічності в державному управлінні. Так, на думку Г. В. Агаманчука, принцип публічності включає «широкий доступ громадян до участі в питаннях управління шляхом обрання відповідних органів та громадського контролю за їх функціонуванням, відкритості функціонування згаданих органів, а також судовий контроль за дотриманням в управлінських процесах закріплених конституційно інтересів суспільства, прав і свобод громадян»<sup>5</sup>. Слід погодитися з думкою автора щодо важливості забезпечення принципу публічності в управлінні державою.

На думку О. Ф. Андрійко, незважаючи на розмаїття суб'єктів, які здійснюють спеціальний контроль, їх об'єднує наступне: «організаційна самостійність, незалежність і відсутність підпорядкованості у відносинах між контрольними і підконтрольними, а також те, що функція контролю є основною в їх діяльності»<sup>6</sup>.

Похідним від терміна «влада» є термін «суб'єкт владних повноважень», який розуміється як суб'єкт владних повноважень – орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень<sup>7</sup>. Дане поняття вживається в Кодексі адміністративного судочинства України. Відповідно до ст. 13 Закону України «Про доступ до публічної інформації» суб'єкти владних повноважень – це органи державної влади, інші державні органи, органи місцевого самоврядування, органи влади Автономної Республіки Крим, інші суб'єкти, що здійснюють владні управлінські функції відповідно до законодавства та рішення яких є обов'язковими для виконання<sup>8</sup>.

В. М. Бевзенко пропонує власне розуміння поняття «суб'єкт владних повноважень» – це уповноважений державою суб'єкт (політичний діяч, орган, посадова чи службова особа, підприємство, установа, організація тощо), який на основі та відповідно до чинного законодавства здійснює управлінський чи регулятивний вплив як на суспільство в цілому, так і на його окремі елементи (групи, інститути тощо)<sup>9</sup>.

У спеціальній юридичній літературі зазначається, що суб'єктів владних повноважень характеризують наступні ознаки: 1) суб'єкти владних повноважень формуються державою або безпосередньо народом (наприклад, вибори Президента України) відповідно до закону та функціонують на його основі; 2) передбачені Конституцією або законами України завдання та функції цих суб'єктів здійснюються від імені держави або певної верстви суспільства; 3) державно-владні (управлінські) повноваження реалізуються через видання нормативно-правових актів, здійснення контролю за точним і неухильним виконанням вимог цих актів, забезпечення та захист цих вимог від порушень шляхом застосування заходів виховання, переконання, стимулювання, державного примусу – у разі необхідності; 4) утворені зі службовців, які обіймають посади; 5) як правило, суб'єкт владних повноважень має відповідну матеріальну базу – майно, що знаходиться в оперативному управлінні, власний рахунок у банку, відповідне джерело фінансування; 6) суб'єкт владних повноважень має чітко визначений територіальний масштаб діяльності, систему службової підпорядкованості, у його межах запроваджено сувору службову дисципліну<sup>10</sup>.

Варто зазначити, що в Інформаційному листі Верховного Суду України від 26 грудня 2005 р. вказано, що необхідною і єдиною ознакою суб'єкта владних повноважень є виконання ним владних управлінських функцій, що мають здійснюватися цим суб'єктом саме в тих правовідносинах, у яких виник спір<sup>11</sup>.

На думку Ю. М. Ільніцької, суб'єктом владних повноважень може бути особа, що відповідно до норм права може мати суб'єктивні права та обов'язки, тобто виступати в якості їх носія<sup>12</sup>. Як зазначає А. О. Ткаченко, вагоме місце посідає оцінка компетентності державних органів. При цьому під компетенцією автор пропонує розуміти сукупність владних повноважень державних органів<sup>13</sup>.

Важливим є виокремлення суб'єктів владних повноважень у галузі цивільної авіації. Тому пропонуємо дослідити систему органів, які здійснюють державний контроль у цій сфері.



Головним державним органом у системі формування та забезпечення державної політики авіаційного транспорту є Міністерство інфраструктури України (далі – Мінінфраструктури України), діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України, відповідно до положення «Про Міністерство інфраструктури України», затвердженого Указом Президента України від 12 травня 2011 р. № 581/2011<sup>14</sup>. До основних завдань Міністерства в галузі авіації відносять формування та забезпечення реалізації державної політики у сферах транспорту, використання повітряного простору України. Аналіз вітчизняного законодавства привів до висновку, що функції Міністерства, як контролюючого органу, зводяться до затвердження нормативних актів та документів у галузі цивільної авіації. Функцій нагляду щодо дотримання окремими суб'єктами авіаційної діяльності законодавства вони не здійснюють.

У результаті аналізу вітчизняного законодавства доходимо висновку, що основним державним органом, на який покладено функції щодо здійснення державного контролю та нагляду в галузі цивільної авіації, є Державна авіаційна служба України.

Відповідно до положення про Державну авіаційну службу України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 2014 р. № 520, Державна авіаційна служба (далі – Державіаслужба) є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра інфраструктури, який реалізує державну політику у сфері цивільної авіації та використання повітряного простору України і є уповноваженим органом з питань цивільної авіації<sup>15</sup>.

Згідно з п. 7 Положення Державіаслужба під час виконання покладених на неї завдань взаємодіє в установленому порядку з іншими державними органами, допоміжними органами і службами. Державіаслужба законодавства України, відповідно до стандартів і рекомендованої практики ІКАО, нормативних актів інших міжнародних авіаційних організацій та з урахуванням законодавства ЄС у галузі цивільної авіації розробляє і приймає авіаційні правила України, що регулюють діяльність цивільної авіації та використання повітряного простору, і видає накази організаційно-розпорядчого характеру, організовує й контролює їх виконання.

Фактично більшість владних повноважень у галузі цивільної авіації здійснюється саме державною авіаційною службою України. Структурно вона складається зі структурних підрозділів: департаментів, секторів, відділів. Аналіз функцій та завдань Державної авіаційної служби України приводить до висновку, що здійснюється регулювання лише керованих, літальних апаратів<sup>15</sup>. Водночас науково-технічний прогрес, комерційні відносини зумовлюють необхідність регулювання діяльності керованих, безпілотних літальних апаратів.

Національне бюро з розслідування авіаційних подій та інцидентів з цивільними повітряними суднами (далі – НБРЦА) утворено відповідно до ст. 9 Повітряного кодексу України постановою Кабінету Міністрів України від 21 березня 2012 р. № 228<sup>16</sup>. Національне бюро з розслідування авіаційних подій та інцидентів з цивільними повітряними суднами (далі – Національне бюро) перебуває в управлінні Кабінету Міністрів України. Національне бюро є державною спеціалізованою експертною установою з розслідування авіаційних подій та інцидентів з цивільними повітряними суднами в Україні.

Національне бюро має низку важливих завдань, серед яких варто виділити наступні:

1) забезпечення проведення об'єктивного розслідування авіаційних подій, що сталися на території України з цивільними повітряними суднами, та авіаційних подій, що сталися на території іноземних держав із цивільними повітряними суднами України; 2) забезпечення збирання інформації про виявлені фактори та ризики, відхилення, аналіз, дослідження та узагальнення даних, що стосуються безпеки польотів; 3) участь у роботі міжнародних авіаційних організацій та запобігання авіаційним подіям; 4) надання рекомендацій за результатами розслідування авіаційних подій щодо їх запобігання; 5) взаємодія з відповідними органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями та населенням під час організації й проведення розслідування авіаційних подій, охорони місця події та збереження речових доказів; 6) облік авіаційних подій.

Згідно з постановою Кабінету Міністрів України «Про створення об'єднаної цивільно-військової системи організації повітряного руху України» в Україні створено об'єднану цивільно-військову систему організації повітряного руху України<sup>17</sup>.

Відповідно до п. 1 положення «Про створення об'єднаної цивільно-військової системи організації повітряного руху України» Об'єднана цивільно-військова система організації повітряного руху України (далі – система) складається з підрозділів, повноваження та діяльність яких пов'язані з організацією повітряного руху у повітряному просторі України та в міжнародному повітряному просторі, що перебуває під відповідальністю України. Ці підрозділи входять до складу Державного підприємства обслуговування повітряного руху України. Фактично через діяльність даного підприємства опосередковується здійснення державного контролю в галузі цивільної авіації. Відповідно до п. 6 Положення до складу системи входять такі підрозділи Державного підприємства обслуговування повітряного руху України: Український центр планування використання повітряного простору України та регулювання повітряного руху (далі – Украероцентр), що є головним оперативним підрозділом системи, регіональні структурні підрозділи, до складу яких входять районні та допоміжні районні центри обслуговування повітряного руху; Служба аеронавігаційної інформації; Центр підвищення кваліфікації; Лікарсько-льотна сертифікаційна комісія (далі – ЛЛІСК).

Важливими є функції взаємодії та здійснення державного нагляду в зоні аеропорту. Тому необхідно виділити систему державних органів, що здійснюють державний контроль у зоні аеропорту.

Пунктом 3.4 Положення «Про взаємодію в контрольованій зоні авіаційних суб'єктів служб авіаційної безпеки з підрозділами центральних органів виконавчої влади щодо забезпечення авіаційної безпеки»,

затвердженим наказом Державіаслужби від 5 липня 2006 р. № 482, визначено функції прикордонної служби в галузі цивільної авіації<sup>18</sup>. Так, підрозділ прикордонного контролю Державної прикордонної служби України в межах компетенції:

- здійснює в установленому порядку прикордонний контроль і пропуск через державний кордон України осіб, транспортних засобів, вантажів та іншого майна;
- координує діяльність правоохоронних та державних органів, що здійснюють різні види контролю під час перетинання державного кордону України, або беруть участь у забезпеченні режиму в пунктах пропуску через державний кордон України;
- виконує інші передбачені законодавством функції в зоні аеропортової діяльності.

Підрозділ Державної митної служби України здійснює митний контроль, надає допомогу службам авіаційної безпеки міжнародних аеропортів у запобіганні незаконному розміщенню на повітряних суднах, які виконують міжнародні рейси, зброї, вибухових, отруйних, радіоактивних та інших небезпечних речовин і предметів, а також незаконному перевезенню заборонених вантажів.

Міністерство оборони України в межах компетенції забезпечує здійснення заходів із запобігання або ліквідації наслідків актів незаконного втручання у військових секторах аеродромів спільного використання та вживає заходів щодо виявлення і знешкодження вибухових пристроїв. Міністерство України з надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи в межах своєї компетенції вживає заходів щодо виявлення і знешкодження вибухових пристроїв за відповідним запитом спеціально уповноваженого органу з питань авіаційної безпеки. Підрозділ Міністерства внутрішніх справ України відповідає за здійснення організаційних та практичних заходів щодо забезпечення та дотримання вимог авіаційної безпеки на території авіаційного суб'єкта в частині, що його стосується.

Підрозділ Служби безпеки України авіаційного суб'єкта здійснює відповідно до законодавства заходи щодо виявлення та припинення актів незаконного втручання на повітряному транспорті, у передбачених законодавством випадках використовує озброєні підрозділи для запобігання таким актам або ліквідації їх наслідків.

Отже, систему органів публічної влади, які здійснюють державний контроль у галузі цивільної авіації, можна визначити як сукупність органів державної влади, що здійснюють і забезпечують державний контроль у галузі цивільної авіації та мають специфічні ознаки.

Таким чином, до системи органів публічної влади, що здійснюють державний контроль в галузі цивільної авіації, слід віднести: Міністерство інфраструктури, Державну авіаційну службу України, Національне бюро з розслідування авіаційних подій та інцидентів з цивільними повітряними суднами, прикордонну службу України, службу безпеки України, підрозділи міністерства внутрішніх справ, Міністерство України з надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи, підрозділи Міністерства оборони. Основні функції державного нагляду за діяльністю в галузі цивільної авіації покладено на Державну авіаційну службу України.

<sup>1</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / укл. і гол. ред. В. П. Бусел. – Ірпінь : Перун, 2001. – 1440 с.

<sup>2</sup> Державне управління в Україні: навч. посіб. / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : СОМІ, 2000. – С. 33.

<sup>3</sup> Сушинський О. І. Контроль у сфері публічної влади: теоретико-методологічні та організаційно-правові аспекти : моногр. / О. І. Сушинський. – Л. : ЛРІДУ УАДУ, 2002. – 468 с.

<sup>4</sup> Чиркин В. Е. Публичная власть / В. Е. Чиркин. – М. : Юристъ, 2005. – 175 с.

<sup>5</sup> Державне управління : словн.-довід. / уклад. : В. Д. Бакуменко (кер. твор. кол.), Д. О. Безносенко, І. М. Варвар, В. М. Князев ; за заг. ред. В. М. Князева, В. Д. Бакуменка. – К. : Вид-во УАДУ, 2002. – 228 с.

<sup>6</sup> Андрійко О. Ф. Державний контроль в Україні: організаційно-правові засади / О. Ф. Андрійко. – К. : Наук. думка, 2004. – 300 с.

<sup>7</sup> Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–36, № 37. – Ст. 446.

<sup>8</sup> Про доступ до публічної інформації : Закон від 13 січня 2011 р. № 2939-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2011. – № 32. – Ст. 314.

<sup>9</sup> Бевзенко В. М. Суб'єкти владних повноважень в адміністративному судочинстві України : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / В. М. Бевзенко ; Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х., 2010. – 463 с.

<sup>10</sup> Ярмиш О. Н. Державне будівництво та місцеве самоврядування в Україні : навч. посіб. / О. Н. Ярмиш, В. О. Сєрьогін ; за заг. ред. Ю. М. Тодики. – Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. – 672 с.

<sup>11</sup> Щодо застосування господарськими судами України положень процесуального законодавства стосовно розмежування компетенції між спеціалізованими адміністративними і господарськими судами : інформ. лист Верховного Суду України від 26 грудня 2005 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.vasu.gov.ua/>

<sup>12</sup> Ільницька Ю. М. Щодо визначення сутнісних ознак суб'єкта владних повноважень / Ю. М. Ільницька // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 327–330 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11ijmcpv.pdf>

<sup>13</sup> Ткаченко А. О. Поняття компетенції державного органу // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 4. – С. 193–197.

<sup>14</sup> Положення про Міністерство інфраструктури України : затверджено Указом Президента України від 12 травня 2011 № 581/2011 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/>

<sup>15</sup> Про затвердження Положення про Державну авіаційну службу України : затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 2014 р. № 520 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/>

<sup>16</sup> Про утворення Національного бюро з розслідування авіаційних подій та інцидентів з цивільними повітряними : затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 21 березня 2012 р. № 228 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/>

<sup>17</sup> Про створення об'єднаної цивільно-військової системи організації повітряного руху України : затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 19 липня 1999 р. № 1281.

<sup>18</sup> Про затвердження Положення про взаємодію в контрольованій зоні авіаційних суб'єктів служб авіаційної безпеки з підрозділами центральних органів виконавчої влади, щодо забезпечення авіаційної безпеки : затверджено наказом Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/>

#### Резюме

**Москаленко С. І. Система органів публічної влади, які здійснюють державний контроль в галузі цивільної авіації.**

Розглядається та аналізується система органів публічної влади, які здійснюють державний контроль в галузі цивільної авіації. На підставі аналізу юридичної літератури запропоновано авторське визначення системи органів публічної влади, які здійснюють державний контроль в галузі цивільної авіації.

**Ключові слова:** орган публічної влади, публічна влада, влада, суб'єкт владних повноважень, цивільна авіація, система органів публічної влади, система органів публічної влади, які здійснюють державний контроль в галузі цивільної авіації.

#### Резюме

**Москаленко С. И. Система органов публичной власти, которые осуществляют государственный контроль в области гражданской авиации.**

Рассматривается и анализируется система органов публичной власти, которые осуществляют государственный контроль в области гражданской авиации. На основании анализа юридической литературы предложено авторское определение системы органов публичной власти, которые осуществляют государственный контроль в области гражданской авиации.

**Ключевые слова:** орган публичной власти, публичная власть, власть, субъект властных полномочий, гражданская авиация, система органов публичной власти, система органов публичной власти, которые осуществляют государственный контроль в области гражданской авиации.

#### Summary

**Moskalenko S. System of public authorities that carry out state control in the field of civil aviation.**

Discusses and analyses the system of public authorities that carry out state control in the field of civil aviation. Based on the analysis of legal literature proposed a definition of the system of public authorities that carry out state control in the field of civil aviation.

**Key words:** public authority, public power, the power, the authority, civil aviation, the system of public authorities, the system of public authorities that carry out state control in the field of civil aviation.

УДК 342.951:351.82(477)

**О. Б. НІМКО, С. М. МАМЧУР**

*Ольга Борисівна Німко, кандидат юридичних наук, доцент Житомирського національного агро-екологічного університету*

*Світлана Миколаївна Мамчур, студентка III курсу Житомирського національного агроекологічного університету*

## ІСТОРІЯ ВИНИКНЕННЯ РЕАДМІСІЇ ТА АНАЛІЗ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РЕАДМІСІЇ

Певні історичні обставини, що стосуються розвитку міграції, стали приводом до того, що країни почали застосовувати політику щодо впорядкування міграційних процесів, подолання негативних аспектів міграції, забезпечення необхідних умов для інтеграції тих осіб, які прибули в інше національне та соціальне середовище. Часто така політика ґрунтується на використанні таких правових механізмів протидії масовій нелегальній міграції, як депортація (примусове переселення, вигнання чи висилка з постійного місця проживання або з держави окремих осіб чи народів)<sup>1</sup> і екстрадиція (полягає в арешті і передачі однією державою іншій (за запитом) особи, що підозрюється або обвинувачується в скоєнні злочину, або ж засудженого злочинця)<sup>2</sup>. Та, на жаль, вони є досить неефективними і надзвичайно затратними.

Слово «міграція» бере свій початок із глибокої давнини, коли тільки почало зароджуватися людське суспільство. Можна сказати, що уся історія людства пов'язана з його пересуванням із одного місця на інше у пошуках кращого життя. Фактично, саме за цих часів вперше виникає таке явище, як міграційний процес, тобто переміщення людей через кордони тих чи інших територій зі зміною місця проживання назавжди або на більш-менш тривалий час.

Нині міграція – це явище, яке має глобальний характер. Адже щороку мільйони людей покидають свої домівки і виїжджають до інших країн.

Питання, що стосуються реадмісії, є досить актуальними. Дослідженню вказаної проблематики присвячено чимало наукових праць як вітчизняних, так і зарубіжних учених. Теоретичні засади впливу держави на міграційні процеси розробляли Г. Аксюченко, М. Денисенко, В. Іонцев, В. Моїсеєнко, В. Перевсєднєв, І. Прибиткова, Т. Регент, Л. Рибаківський, Ю. Римаренко, А. Шевцов, О. Хомра, Б. Хорєв та ін. Дослідженням проблем реадмісії в Україні займалися такі вчені: С. Книш, Ю. Курилюк, З. Макаруха, К. Позняк, Н. Тиндик, В. Чумак та інші. Проблеми міграційної політики вивчали і практики, які були ініціаторами різноманітних нарад на кшталт круглого столу «Європейський Союз та Україна – реформа міграційної політики». Віддаючи належне їх науковим напрацюванням із цієї проблематики, слід зауважити, що дослідження міграційної політики в Україні ще не має координованого й системного характеру<sup>3</sup>.

Актуальність даної теми зумовлена тим, що одним із основних напрямів державної політики на даному етапі розвитку українського суспільства є реалізація прав громадян, що знайшло закріплення у Конституції України та інших нормативно-правових актах<sup>4</sup>.

Взагалі міграцію поділяють на зовнішню та внутрішню. Зовнішня – це міждержавна та міжконтинентальна, а внутрішня (всередині країни) – між регіонами, містами, міською та сільською місцевістю тощо. Також слід розрізняти такі поняття, як емігранти та іммігранти. Емігранти – це особи, які переселилися за межі країни, а іммігранти – особи, які переселилися в країну. До речі, особи, які здійснюють міграцію, називають мігрантами.

Процес міграції тісно пов'язаний з багатьма явищами. Одним з таких є реадмісія. На думку російських дослідників С. Акімова, Л. Белянської та С. Герасимова, реадмісія – передача однією державою та прийняття другою державою своїх громадян, в'їзд або проживання яких визнані незаконними в країні перебування<sup>5</sup>. Г. Аксюченко вважає, що реадмісія – це згода держави на прийом назад на свою територію своїх громадян (а також у деяких випадках – іноземців, які раніше перебували чи проживали в цій державі), які підлягають депортації з іншої держави<sup>6</sup>.

Рeadмісія – це взаємні зобов'язання держав, які закріплюються в міжнародних угодах, прийняти назад власних громадян, а також громадян третіх країн та осіб без громадянства, які незаконно прибули на територію однієї із договірних сторін, або прибувши законно втратили підстави для легального перебування<sup>7</sup>.

Рeadмісія осіб є інститутом міжнародного права, адже він виходить за межі юрисдикції однієї країни. Цей інститут пов'язаний із зовнішньою міграцією держави, тому будь-які питання, які стосуються процесу реадмісії, можуть бути вирішені лише спільними зусиллями усіх заінтересованих країн, тобто шляхом укладення відповідних міжнародних угод.

Коли ж виникло поняття реадмісії? Заглибившись в історію, ми дізнаємося, що вперше такий термін, як «реадмісія», знайшов своє відображення у міжнародних угодах, які датуються ХХ століттям. Зокрема, до найдавніших з них належать міждержавні русько-візантійські договори, укладені між руськими князями Олегом (911 р.) та Ігорем (945 р.) і візантійськими імператорами Леоном та Романом. У договорі 911 р. зазначалося: «Той, хто з'явився з будь-якої країни (полонені християни) на Русь та продані (руськими) назад у Грецію або полонені християни, приведені на Русь з будь-якої країни, – всі вони повинні повертатись на Грецьку землю»<sup>8</sup>. Так русько-візантійські договори стали одними з перших міжнародних угод, в яких було встановлено обов'язок Київської Русі передавати іноземців назад до Візантії.

У 1019 р. було укладено угоду між Росією і Швецією, згідно з якою держави зобов'язувалися «видавати всіх перебіжчиків без різниці й на майбутнє таких не приймати». Ці зобов'язання стосувалися реадмісії осіб, які потрапили на їхню територію з іншої сторони.

Про видачу нелегального мігранта йшлося також у трактаті, укладеному 1174 р. між англійським королем Генріхом II і шотландським королем Вільгельмом. У ньому зазначалося, що особи, що були обвинувачені в зраді та бігли з Англії в Шотландію, підлягали арешту і суду шотландських судових органів чи видачі англійському уряду<sup>9</sup>.

Також певне місце в історії займає нормотворча діяльність Петра I, що стосувалася регулювання міграційних процесів шляхом вислання. Він вважав, що некерована міграція «більше нетерпима», і тому звелів, щоб «жодних втікачів не приймати, а усіх приходящих людей, які прийшли після 1695 року, відсилати, звідки хто прийшов»<sup>10</sup>.

Давно відоме явище реадмісії і в Західній Європі. За своїм змістом воно тісно пов'язане з основними правами та свободами людини, які обмежуються лише законом. Зокрема, австрійський дослідник Н. Колман зазначає, що двосторонніми угодами, які безпосередньо торкалися питань, пов'язаних з реадмісією осіб, були угоди 1818 та 1819 рр. між Пруссією та іншими німецькими державами. 7 листопада 1906 р. було укладено угоду між Нідерландами та Німеччиною. Вона встановлювала, що ці країни зобов'язуються «відкривати свої території» для іноземців. Також дана угода передбачала «обмеження повноважень щодо вислання голландських громадян з Німеччини та навпаки». Найбільшу ж кількість угод про реадмісію осіб укладено європейськими державами у період з початку ХІХ ст. до Другої світової війни, що вже здебільшого були зосереджені на власних громадян<sup>11</sup>.

Починаючи з другої половини ХІХ ст. у Росії відбувалися значні міграційні процеси. Це спонукало до того, що 15 грудня 1860 р. між Росією, Швецією та Норвегією підписано Конвенцію про взаємне вислання бродяг, злочинців та злиднів<sup>12</sup>. Вона встановлювала, що бродяга, який не має при собі відповідних докумен-



тів, які б надавали йому право перебувати в країні, повинен бути негайно висланий у країну свого підданства, а у зворотному прийнятті йому було відмовлено. Якщо не могли встановити місце народження або підданство такої особи, то вона висилалася до тієї країни, де останнім часом шукала собі зайняття чи просто прибула з неї. Слід зауважити, що саме у другій половині XIX ст. почали активно розвиватися міжнародні відносини і через це міжнародне право потребувало детального та всебічного дослідження. Тому в 1873 р. було створено Інститут міжнародного права. Діяльність цього інституту принесла плідні та чималі результати. Зокрема, було прийнято цілу низку документів, які торкалися проблем, безпосередньо пов'язаних із висланням іноземців. Під час чергової конференції, яка відбулася в Лозанні, прийняли проект «Декларації про права вигнання іноземців» (1888 р.), а трохи згодом, у 1892 р. – «Правила про допущення або вигнання іноземців». Ці документи передбачали поділ вигнання іноземців на звичайне та надзвичайне. Саме звичайне вигнання і вважається праобразом сучасної реадмісії осіб. Це пояснюється тим, що воно застосовувалося лише до тих іноземців, які обманом або шляхом порушення правил про їх допуск в'їжджали на територію держави.

Незважаючи на це, деякі вчені-дослідники все ж таки вважають, що поняття реадмісії почало повноцінно існувати лише з другої половини XX століття. На думку польського дослідника М. Клячиньскі, саме після Другої світової війни, коли в умовах відновлення зруйнованої війною економіки функціонувало відносно вільне законодавство щодо трудової міграції, західноєвропейські держави почали укладати між собою угоди про контроль за кордонами та поведінку з незаконно прибулими особами, що передбачали відповідальність сторін за незаконний в'їзд або перебування власних громадян на території іншої договірної сторони<sup>13</sup>.

У другій половині XX ст., зважаючи на транскордонний характер злочинності, збільшення прозорості кордонів та посилення міграційних процесів, відбувається активізація міжнародних зустрічей з приводу співробітництва між національними органами держав, що займаються боротьбою зі злочинністю, охороною кордонів, питаннями імміграції та наданням політичного притулку, а також судовими та правовими наслідками посилення транскордонного руху<sup>14</sup>. Саме у 50-ті та 60-ті роки XX ст. прийнято генерацію сучасних реадмісійних угод, що стосувалися осіб, які помилково переміщались між державами-членами, які пізніше утворили Шенгенську зону. Ця політика проявилася у другому поколінні двосторонніх угод про реадмісію, укладених з країнами Центральної та Східної Європи<sup>14</sup>. Дані угоди були спрямовані на запобігання нелегальній та неконтрольованій міграції. Однак ці зобов'язання торкалися лише громадян Сторін і аж ніяк не іноземців та осіб без громадянства.

Поширення таких зобов'язань та подібних до них на громадян третіх країн, а також на осіб без громадянства стало досить актуальним вже у 70–90-ті роки XX століття. Цьому посприяли дві надзвичайно важливі причини. З одного боку, основні програми в'їзду були заморожені у відповідь на нафтову кризу та різкий спад економіки, а з іншого – політичні зміни, що відбувалися в Європі, спричинили значне збільшення обсягів вимушеної міграції із пострадянського простору та перетворили країни Центральної і Східної Європи із «постачальників» мігрантів, передусім нелегальних, на «транзитні коридори» для них. Таким чином 7 грудня 1997 р. Фінляндія внесла зі своєї сторони ініціативу включити до міждержавних відносин держав-членів Європейського Союзу положення реадмісії, що стосуються громадян третіх країн. Згодом ця ініціатива була підтримана на вищому рівні Радою Європейського Союзу у Тампере в жовтні 1999 року.

Що ж до України, то для українського суспільства інститут реадмісії став новим феноменом. У національному законодавстві держави поняття реадмісії вперше з'явилось у 2000 р. в Програмі інтеграції України до Європейського Союзу. Активно почали використовувати цей термін українські дипломати під час міждержавних зустрічей, службові особи міграційного та прикордонного відомств при розв'язанні своїх завдань лише після підписання Угоди між Україною та Європейським Союзом про реадмісію осіб у 2007 році. Пізніше поняття реадмісії було нормативно закріплено в Законі України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22 вересня 2011 року.

Механізм правового регулювання реадмісії складається із таких елементів:

– норми права – загальнообов'язкові правила поведінки, встановлені з метою регулювання суспільних відносин;

– правовідносини – вольові суспільні відносини, що виникають на основі норм права;

– акти реалізації норм права – процес фактичного втілення конкретних приписів правових норм щодо конкретних суб'єктів<sup>15</sup>.

В Україні державне регулювання в сфері реадмісії здійснюється як органами загальної компетенції, так і органами спеціальної компетенції.

Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Основним Законом межах і відповідно до законів України (ч. 2 ст. 6 Конституції України)<sup>16</sup>.

Статтею 19 Конституції України встановлено, що органи державної влади, органи місцевого самоврядування повинні діяти в лише на підставі в межах повноважень та у спосіб, що передбачений Конституцією та законами України<sup>17</sup>.

У сучасних умовах доцільним та необхідним постає вдосконалення міжнародного співробітництва та правового регулювання в досліджуваній сфері<sup>18</sup>.

На сьогоднішній день Україна для більшості мігрантів – лише держава транзиту і аж ніяк не країна кінцевого призначення. Тому така загроза як **примусове видворення** (специфічний вид адміністративного стягнення, який полягає у пропозиції іноземцю або особі без громадянства добровільно залишити країну пере-

бування і застосовується у випадках вчинення вказаними особами адміністративних правопорушень, які злісно порушують порядок)<sup>19</sup> з території нашої держави із подальшим встановленням відповідного терміну заборони в'їжджати не має великого значення для іноземного громадянина. Адже така особа не пов'язує своє життя з перебуванням в Україні у подальшому. Якщо ж використати територію нашої держави для транзиту до іншої країни неможливо, то іноземець просто шукатиме собі інший маршрут прямування.

Інша ситуація у розвинутих країнах, як-то: Німеччина, Австрія, Франція, Нідерланди, Данія тощо. Мігранти, а частіше це особи, які нелегально перетнули кордон, розглядають такі держави як місця кінцевого призначення, де вони могли б і бажають влаштуватися на довготривалий час. У зв'язку з цим країнам Європейського Союзу доводиться застосовувати до таких осіб процедуру примусового повернення, що звичайно не збігається з їх планами.

Експерти встановили, що чисельність нелегальних мігрантів не перевищує 5 % від загальної кількості. Проте слід зазначити, що така категорія іноземних громадян належить до найбільш проблемних. Причиною цього є неможливість встановити особу та її громадянство, яка підлягає примусовому поверненню. З досвіду роботи спеціальних міграційних відомств країн Європейського Союзу можна зробити висновок, що хоч докладаються усі зусилля, але все одно залишаються ті мігранти, особу яких не вдалося ідентифікувати, а це означає, що не можна повернути їх до тієї держави, громадянами якої вони є.

Враховуючи усі ці проблеми, держави-члени Європейського Союзу розробили та активно застосовують певні загальні рекомендації, які необхідні для їх подолання. Вони є досить дієвими та можуть допомогти у встановленні особи іноземного громадянина. Також їх застосовують до усіх форм недобровільного повернення особи, включаючи видворення і реадмісію. Та все ж таки більший акцент дані рекомендації роблять на ті випадки, які безпосередньо пов'язані із реадмісією осіб.

Отже, однією із таких рекомендацій є тісна взаємодія дипломатичних представництв зарубіжних країн з консульськими установами. Це є досить ефективним, коли треба встановити особу іноземця. Щоб така взаємодія принесла необхідні результати, вона повинна будуватися на відповідних принципах, зокрема: безперервності, заінтересованості сторін, оперативності та відповідальності за прийняті рішення. Слід зауважити, що у випадках, які пов'язані з примусовим поверненням іноземних громадян до їхньої держави, у працівників консульств немає такого собі мандата. Через це вони відмовляються надати необхідні документи щодо даної особи, якщо на те немає письмового звернення мігранта. Але в протилежному випадку, коли таке звернення відсутнє, мандат створюється шляхом укладення договору про реадмісію осіб. Така позиція працівників консульств є загальною для усіх країн. Тому наявність угод про реадмісію дає можливість налагодити надійні відносини з консулами. Лише таким чином можна досягти високої віддачі з боку підрозділів консульств та бути впевненим у їх сприянні щодо встановлення особи і документуванні іноземців, про що саме й свідчить зарубіжний досвід.

Ще одним із основних способів отримати необхідну інформацію про іноземного громадянина є інтерв'ювання, тобто особисте опитування, під час якого можна з'ясувати деталі про країну, громадянином якої є ця особа, її мову та інші дані про неї. Але інтерв'ювання вимагає від виконавця високого професіоналізму та кваліфікації. Адже для цієї справи потрібно бути добре обізнаним у питаннях, що стосуються країнознавства, мати певну мовну підготовку і, звичайно, мати відповідні знання та навички у сфері психології.

Важливою також є взаємодія з діаспорами. Національні діаспори роблять усе для того, щоб їх співвітчизники перебували на території тієї чи іншої держави на абсолютно законних підставах. Але мігранти, які мають неврегульований правовий статус, завдають багато проблем діаспорам. Насамперед вони негативно впливають на країну перебування і псують її репутацію. Саме через це діаспори є дуже корисними і завжди готові йти на контакти з уповноваженими державними органами у сфері міграції, надаючи відомості, необхідні для ідентифікації особи іноземного громадянина. Хоча ефективність такої взаємодії має і свої певні обмеження. Вони пов'язані з тим, що діаспори утворюють тільки ті національності, які широко представлені в тій чи іншій державі.

Також одним із найпоширеніших способів, який застосовується при встановленні особи іноземця, є використання можливостей спеціально існуючих інформаційних банків даних. До речі, така практика отримала надзвичайно значне поширення в країнах Європейського Союзу. Але слід зазначити, що обмежувати пошук потрібної інформації лише цими інформаційними ресурсами, що належать до єдиної інформаційно-аналітичної системи, яка безпосередньо пов'язана з управлінням міграційних процесів, недоречно. Пояснення цьому досить просте – дані ресурси не є вичерпними.

Окрім цього, можна отримувати інформацію від тих осіб, які знаходяться в пунктах тимчасового перебування разом з іноземцем, особа якого не ідентифікована. Досить ймовірно, що іноземний громадянин, який перебуває у спеціальній установі, може вступати в контакти з іншими особами, ділячись з ними різною інформацією. Не виключно, що ця інформація буде містити дані, за допомогою яких можна встановити його особу. Тому, якщо мігрант категорично відмовляється сприяти встановленню власної особи, документуванню та поверненню назад в державу, громадянином якої він є, це усе може компенсувати інформація, отримана з інших джерел, наприклад, іноземних громадян, які спільно перебувають з ним. Міжнародна практика свідчить: якщо вміло організувати роботу з контингентом відповідної установи, то можна отримати необхідні відомості, які знадобляться під час встановлення особи іноземця. Але слід зазначити, що даний спосіб має орієнтуюче значення, оскільки він не дає гарантію того, що в результаті будуть отримані документи, які засвідчуватимуть потрібну особу і надаватимуть їй право на перетин державного кордону.

Таких захід, як відстеження телефонних переговорів іноземців, які знаходяться у спеціальних установах, досить успішно застосовується в багатьох країнах Європейського Союзу (наприклад, в Австрії). Існують й інші способи, які допомагають визначити державу громадянства та саму особу іноземного громадянина. Але найчастіше ці способи не приносять бажаних результатів. Натомість відстеження телефонних номерів (а не змісту самих переговорів), які набирає особа, допомагає чітко визначити країну громадянства, а також коло її спілкування. У свою чергу, визначивши державу, куди було здійснено телефонний дзвінок, з'являється підстава звернутися до відповідної консульської установи із запитом, щоб було проведено співбесіду з іноземцем і після цього здійснено процедуру документування. Встановлення ж кола спілкування іноземного громадянина допоможе припустити, що, можливо, його особам відома будь-яка інформація, яка допоможе ідентифікувати справжню особу іноземця. Але так само, як і попередній, цей спосіб також має орієнтуєний характер. Крім того, слід врахувати, що даний захід певною мірою зачіпає право людини на таємницю телефонних дзвінків та інших переговорів.

Доцільним є використання диференційованого підходу під час притягнення іноземного громадянина до відповідальності. Міжнародна практика змушує нас звернути увагу на те, що застосування такого підходу при встановленні відповідного терміну заборони в'їзду до країни є таким собі компромісом для мігрантів, який спонукає їх іти на контакт з відповідними уповноваженими органами держави. Це сприяє здійсненню документування, а також організації повернення до держави громадянства. Цей підхід передбачає, що іноземець має право вибору. Він може відмовитися співпрацювати з міграційною службою, і навпаки – погодитися на здійснення процедури повернення, отримавши при цьому заборону на повторний в'їзд до даної країни на максимально можливий термін або ж активно допомагати та сприяти своєму поверненню і в результаті цього отримати мінімальний термін заборон на повторний в'їзд (а іноді взагалі не отримати такої заборони). Таке стимулювання іноземного громадянина до співпраці несе в собі багато перспектив. Передусім це стосується забезпечення інтересів держави шляхом скорочення витрат, необхідних для утримання особи у спеціальній установі. Також завдяки цьому процедура адміністративного видворення та реадмісії осіб буде здійснюватися значно швидше.

Останнім часом питанням ідентифікації особи іноземців почали приділяти більше уваги. Про це свідчить Методика проведення ідентифікації особи іноземних громадян та осіб без громадянства, затриманих компетентними органами без документів, що засвідчують особу, схвалена 4 червня 2008 р. Спільною комісією держав-учасників Угоди про співпрацю держав-учасників СНД. Ця методика детально описує основні дії уповноважених державних органів, а також визначає заходи, які слід здійснювати під час встановлення особи іноземного громадянина. Тобто, можна сказати, що дана методика була розроблена для боротьби з нелегальною міграцією.

Слід зауважити, що запропоновані вище варіанти дій, які безпосередньо стосуються ідентифікації та повернення особи, що з певних причин відмовляється співпрацювати, потрібно застосовувати комплексно, адже лише тоді можна буде досягнути максимального ефекту.

Беручи до уваги усе сказане вище, можна зробити висновок, що докладається багато зусиль для подолання існуючих проблем, які стосуються міграційних процесів, включаючи й реадмісію осіб. Проте, на жаль, не завжди ці зусилля дають необхідний бажаний результат. Іноді особу окремих іноземних громадян так і не вдається встановити. Світова ж практика на сьогоднішній день не виробила якогось одного універсального рішення щодо подолання цих проблем. Тому в різних державах такі недоліки вирішуються абсолютно по-різному.

Отже, з прикрістю можна констатувати, що питання, як же потрібно будувати стосунки з такою категорією громадян, як нелегальні мігранти, досі залишається відкритим. Тому воно потребує негайного вирішення, щоб у подальшому це не призвело до більш серйозних наслідків.

Провівши дослідження багатьох різноманітних історичних аспектів, які повідомляють про виникнення поняття реадмісія та становлення безпосередньо самого інституту реадмісії осіб, можна, без сумнівів, стверджувати, що корені міжнародно-правового регулювання процесу реадмісії сягають в глибину століть, а точніше у X століття. Із достовірних фактів ми дізнаємося, що одними з перших двосторонніх міжнародних договірних актів, які містили у собі взаємні обов'язки держав, що стосувалися приймання та передавання нелегальних мігрантів на територію тієї держави, відповідно з якої вони прибули, стали укладені саме на українській землі угоди, датовані 911 р., між Руссю та Візантією.

Зважаючи на це, можна зробити висновок, що питання міграційних процесів, у тому числі і реадмісія, завжди були актуальними. Але якщо на ранніх етапах зародження людства ці явища лише почали формуватися, то з часом вони набули таких масштабів, що призвели до багатьох проблем, які, на жаль, існують і сьогодні. Та хочеться вірити, що ми зможемо вирішити й остаточно подолати усі ці проблеми.

<sup>1</sup> Депортація. Матеріал з Вікіпедії – вільної енциклопедії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://uk.wikipedia.org/wiki/Депортація>

<sup>2</sup> Екстрадиція. Матеріал з Вікіпедії – вільної енциклопедії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://uk.wikipedia.org/wiki/Екстрадиція>

<sup>3</sup> Німко О. Б. Адміністративно-правове регулювання реадмісії в Україні / О. Б. Німко, С. М. Мамчур // Форум права. – 2016. – № 3. – С. 229–235 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP\\_index.htm\\_2016\\_3.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2016_3.pdf) ; Фахова стаття.

- <sup>4</sup> Німко О. Б. Державне регулювання забезпечення соціальним житлом: правові та організаційні засади / О. Б. Німко // Техника 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>5</sup> Правовые основы реадмисии : учеб. пособ. / С. А. Герасимов, Л. И. Белянская, С. А. Акимова ; под. ред. И. Н. Глебова, А. С. Прудникова. – М. : ЮНИТИ – ДАНА, 2010. – 159 с.
- <sup>6</sup> Аксющенко Г. В. Иммиграция как источник вызовов безопасности / Г. В. Аксющенко // Власть. – 2007. – № 8. – С. 19–22.
- <sup>7</sup> Реадмісія. Матеріал з Вікіпедії – вільної енциклопедії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://uk.wikipedia.org/wiki/Рeadмісія>
- <sup>8</sup> Історія держави і права України. Джерела права періоду Київської Русі : навч. посіб. / упоряд. і наук. комент. А. М. Гуз. – К. : КНТ, 2007. – 69 с.
- <sup>9</sup> Зелінська Н. А. Конкуренція інституту видачі та права притулку у стародавні часи та середньовіччі / Н. А. Зелінська // Актуальні проблеми держави і права. – 2009. – Вип. 48. – С. 275.
- <sup>10</sup> Соловьёв С. М. Публичные чтения о Петре Великом / С. М. Соловьёв ; подг. текста, статья и комент. Л. Н. Пушкарёва. – М. : Наука, 1984. – 235 с.
- <sup>11</sup> Coleman N. European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights / Coleman N. – Leiden – Boston: BRILL, 2009. – 395 p.
- <sup>12</sup> Хрестоматия русского международного права : в 2 ч. / сост. О. Эйхельман. – К. : Универ. типогр., 1887. – Ч. 1. – 477 с.
- <sup>13</sup> Kłaczynski M. Readmission agreements concluded by Poland / M. Kłaczynski // Refugees in Europe: 7<sup>th</sup> Polish – German Seminar on Contemporary Problems of International Law (Poland, Krakow, 4–10 May 1997). – Krakow: Jagiellonian University, 1999. – P. 34.
- <sup>14</sup> Макаруха З. Правове регулювання актуальних проблем співробітництва України та ЄС у сфері свободи, безпеки та юстиції / З. Макаруха // Право України. – 2010. – № 6. – С. 135–141.
- <sup>15</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>16</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. – 2010. – № 4 (17). – С. 97–101. – (Серія : Юридичний вісник «Повітряне і космічне право»).
- <sup>17</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. – Симферополь, 2012. – № 4. – С. 292–295. – (Серия: Юридические науки).
- <sup>18</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>19</sup> Roig A. EC Readmission Agreement: A Re – evaluation of the Political Impasse / T. Huddleston, A. Roig // European Journal of Migration and Law. – 2007. – № 9. – P. 367.

#### Резюме

**Німко О. Б., Мамчур С. М. Історія виникнення реадмісії та аналіз зарубіжного досвіду правового регулювання реадмісії.**

У статті окреслено, що таке міграція, її сутність та види. Визначено поняття реадмісії осіб. Проведено дослідження виникнення реадмісії. Здійснено аналіз зарубіжного досвіду щодо правового регулювання процедури реадмісії на основі спеціальних рекомендацій, які безпосередньо спрямовані на подолання нелегальної міграції, а також охарактеризовано їх як позитивний, так і негативний боки.

**Ключові слова:** міграція, реадмісія, мігранти, міжнародні угоди, іноземці, депортація, держава, громадянство.

#### Резюме

**Німко О. Б., Мамчур С. М. История возникновения реадмисии и анализ зарубежного опыта правового регулирования реадмисии.**

В статье обозначено, что такое миграция, ее сущность и виды. Определено понятие реадмисии лиц. Проведено исследование возникновения реадмисии. Осуществлен анализ зарубежного опыта правового регулирования процедуры реадмисии на основе специальных рекомендаций, которые непосредственно направлены на преодоление нелегальной миграции, а также описаны их как положительная, так и отрицательная стороны.

**Ключевые слова:** миграция, реадмисия, мигранты, международные соглашения, иностранцы, депортация, государство, гражданство.

#### Summary

**Nimko O., Mamchur S. History of readmission and the analysis of foreign experience of legal regulation of readmission.**

The article indicated that such a migration, its essence and types. The concept of readmission. A study of the emergence of readmission. The analysis of foreign experience of legal regulation of readmission procedures on the basis of specific recommendations, which are specifically aimed at overcoming the illegal migration, and describes them as positive or negative side.

**Key words:** migration, readmission, migrants, international agreements, foreigners, deportation, the State whose nationality.



**О. М. ОХОТНІКОВА**

*Олена Миколаївна Охотнікова, кандидат юридичних наук, доцент ДВНЗ КНЕУ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»*

**РОЛЬ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ В СФЕРІ МОНІТОРИНГУ ЗЕМЕЛЬ В УКРАЇНІ**

Економічні зміни в Україні, що відбулися упродовж останніх років, значно вплинули на структуру, характер та тенденції землекористування і тим самим визначили подальший розвиток державної політики у сфері управління моніторингу земель. Невід'ємною складовою економічної політики України є формування ефективного організаційно-правового механізму в сфері моніторингу, спрямованого на забезпечення достатнього рівня екологічних і соціальних умов життя населення та збереження земель. Це потребує нових підходів до вдосконалення механізмів реалізації завдань в зазначеній сфері, яка в нашій країні до сьогодні поки що не знайшла остаточного вирішення. Дослідження процесу управління в сфері моніторингу з урахуванням усіх особливостей землекористування є вкрай важливим для стратегічного планування процесів сталого розвитку країни, де спостерігаються подекуди недостатньо обґрунтовані підходи до реформування та відсутня науково-методологічна платформа.

Крім того, заходи земельної реформи не розв'язали поставлених завдань щодо створення системи раціонального використання та охорони земель. Тому вирішення цієї проблеми стало дуже актуальним. Негативні тенденції сучасного використання земельного фонду країни зумовлюють необхідність розробки нових концептуальних підходів державного управління в сфері моніторингу як один із найважливіших факторів збереження земель.

Науково-теоретичним підґрунтям для проведення дослідження стали праці таких учених, як: В. Авер'янов, С. Біла, М. Білинська, В. Бодров, О. Дацій, Т. Лозинська, Н. Малиш, В. Малиновський, А. Мельник, І. Мельнюхова та ін. Вагомий внесок у розробку окремих аспектів державного управління моніторингу зробили: В. Андрейцев, В. Єрмоленко, О. Мордвінов, І. Каракаш, В. Курило, А. Статівка, П. Саблук, О. Шапоренко та ін. Незважаючи на значну кількість публікацій, вітчизняною наукою недостатньо досліджені питання формування й розвитку моніторингу в Україні, а також вдосконалення шляхів та механізмів її реалізації.

Відповідно до ч. 1 ст. 191 Земельного кодексу України моніторингом земель є система спостереження за станом земель з метою своєчасного виявлення змін, їх оцінки, відвернення та ліквідації наслідків негативних процесів<sup>1</sup>. Також існує наступне трактування: моніторинг (державний контроль) – вид діяльності держави, що полягає у здійсненні нею відповідними засобами та способами специфічного контрольно-владного впливу держави на стан суспільних відносин<sup>2</sup>. В. Гаращук визначає, що моніторинг земель складається із систематичних спостережень за станом земель, виявлення змін, а також оцінки: стану використання угідь, полів<sup>3</sup>.

Ми вважаємо, що моніторинг землі – це функція управління в галузі використання і охорони земель. Вона виступає як складна система спостереження за станом земель, в основі якої лежить збирання, оброблення, аналіз та систематизація інформації про стан земель з метою своєчасного виявлення будь-яких змін у них, а також розроблення науково обґрунтованих рекомендацій для прийняття та реалізації управлінських рішень щодо запобігання негативним змінам стану земель.

Залежно від поставленої мети моніторинг розподіляють на такі види: фоновий (еталонний), базовий, кризовий (оперативний), науковий (прогностичний). Фоновий (еталонний) моніторинг – це спеціальні спостереження за всіма складовими екосистемами, а також за характером зміни складу земельних угідь, процесами, пов'язаними зі змінами родючості ґрунтів, забруднення територій на фоні нульового значення. За нульову позначку беруть характеристику ґрунту на цілині або в заповідній ділянці, яка умовно прирівнюється до еталонної. Базовий моніторинг представляє систему систематичних поточних спостережень за ґрунтом у просторі й часі. Цей вид моніторингу дає змогу отримати інформацію про зміну ґрунтів у динаміці – через 10, 20, 30 і більше років за показниками дегуміфікації ґрунтів, дефіцитності балансу поживних речовин тощо. Кризовий (оперативний) моніторинг – це моніторинг ґрунтів з підвищеним екологічним ризиком, що визначені як зони надзвичайної екологічної ситуації, які перейшли на деградаційний шлях розвитку. Науковий моніторинг – це інформація підвищеної точності, яка базується на спеціальних даних і значною мірою впливає на зміст управлінських рішень, дає можливість створити більш надійні прогностичні моделі<sup>4</sup>.

Ми пропонуємо класифікацію моніторингу земель залежно від охоплення території: глобальний, національний, регіональний, локальний. Глобальний моніторинг – це моніторинг землі, який пов'язаний з міжнародними науково-технічними програмами та охоплює масштабні території. Національний моніторинг – це

моніторинг землі, який охоплює всю територію України. Регіональний моніторинг – це моніторинг землі, який здійснюється на певних територіях, що характеризуються єдністю фізико-географічних, екологічних та економічних умов. Локальний моніторинг – це моніторинг землі, який здійснюється на території окремих землеволодільців та окремих ділянках ландшафтів.

Слід також зазначити, що в системі моніторингу розрізняють три рівні: санітарно-токсичний; екологічний; біосферний. Так, санітарно-токсичний моніторинг – це спостереження за станом якості навколишнього середовища, головним чином, забруднення природних ресурсів шкідливими речовинами та впливом цього процесу на людину, рослинний і тваринний світ. Екологічний моніторинг – визначення змін в екологічних системах, природних комплексах і їх продуктивності, а також виявлення динаміки запасів корисних копалин, водних, земельних і рослинних ресурсів. Біосферний моніторинг допомагає визначити глобально фонові зміни в природі (ступінь радіації, наявність в атмосфері вуглекислого газу, озону, тепла і рівень їх запиленості, світові міграції птахів, риб, погодні кліматичні умови та зміни на планеті)<sup>4</sup>.

Крім Земельного кодексу України та законів України здійснення моніторингу земель регламентують: наказ Міністерства України від 21 серпня 2002 р. № 323, яким затверджене Положення про порядок інформаційної взаємодії органів Міністерства України та інших суб'єктів системи моніторингу довкілля при здійсненні режимних спостережень за станом довкілля.

Відомо, що проведення моніторингу земель здійснює Державна служба України з питань геодезії, картографії та кадастру (Держгеокадастр) за участю Міністерства охорони навколишнього природного середовища, Міністерства аграрної політики та продовольства і Української академії аграрних наук. Ці органи повинні більше уваги приділяти контролю якості даних, підвищенню достовірності інформації. Необхідно удосконалити підходи до сертифікації та атестації обладнання з метою підвищення надійності й забезпечення механізмів контролю якості даних, підвищення достовірності інформації. Найважливішим пріоритетом є вдосконалення та широке запровадження в практику новітніх інформаційних технологій. Тому вважаємо за доцільне створити Департамент з інформаційного забезпечення моніторингу земель, який буде структурним підрозділом Держгеокадастру. При цьому ми пропонуємо внести доповнення до Положення «Про Державну службу України з питань геодезії, картографії та кадастру», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 14 січня 2015 р. № 15, та викласти в такій редакції:

«п. 5-2 Департамент з інформаційного забезпечення моніторингу земель, як структурний підрозділ Держгеокадастру, у межах своїх повноважень здійснює: контроль за станом атмосферного повітря, водних, мінерально-сировинних і біологічних ресурсів; аналіз інформації; проведення аналізу стану земель і впливу на них факторів забруднення; прогнозування змін та підготовка моделей управлінських рішень щодо нормативно-методичної діяльності та обміну інформацією; контроль аварійних ситуацій та оперативне інформування таких, як публічна презентація результатів моніторингу земель, друкування звітів та розміщення їх в Інтернеті, обмін інформацією між суб'єктами; контроль якості даних та надання достовірної інформації; забезпечення інформацією інших суб'єктів моніторингу земель; підготовка висококваліфікованих фахівців».

Наступною проблемою є те, що кожний окремий суб'єкт системи моніторингу земель має свою структурно-організаційну, науково-методичну та технічну бази. Спостереження за станом земель та фактори впливу на них у системі моніторингу відбувається одночасно в декількох відомчих мережах, вони не узгоджені між собою, що призводить до дублювання функцій. Крім того, сучасний стан організації спостережень за станом земель та аналізу результатів не забезпечує необхідні інформаційні потреби системи моніторингу. Тому потрібно насамперед удосконалити систему органів, що здійснюють моніторинг землі. Для цього необхідно передусім змінити механізм фінансування органів, що здійснюють зазначений моніторинг, та посадових осіб, які приймають управлінські рішення.

Як зазначалось вище, до головного органу, що здійснює державне управління в сфері моніторингу земель, належить Державна служба України з питань геодезії, картографії та кадастру (Держгеокадастр), яка повинна мати повноваження також щодо контролю, що, у свою чергу, забезпечить збереження земель. Тому слід, на наш погляд, внести доповнення до п. 4. п.п. 57 та викласти в такій редакції: «4.57 здійснює контроль за використанням та охороною земель».

Крім того, пропонуємо запровадити модель щодо збереження земель, яка буде мати відображення в наступних діях: 1) вдосконалення біотехнологічних ресурсів зі збереження землі; 2) запобігання шкідливим та небезпечним викидам в атмосферне повітря, що псує стан землі; 3) створення програми зі збереження навколишнього середовища та земель.

З огляду на процеси глобалізації світового економічного простору неможливо вирішувати проблеми державного управління моніторингом земель без урахування міжнародного досвіду. Тому, визначаючи державну політику у сфері моніторингу, приймаючи закони та регуляторні акти, потрібно узгоджувати їх з міжнародними нормами. В умовах євроінтеграції України особливого значення набуває запровадження європейського досвіду щодо державного управління в сфері моніторингу, що, у свою чергу, сприяє розвитку земельних відносин держави та забезпечує підґрунтя для взаємовигідного економічного, соціального, фінансового, громадського та науково-технологічного співробітництва в цій галузі.

Державне управління у сфері моніторингу земель у зарубіжних країнах здійснюється також на підставі законів, інструкцій, директив, програм. Так, найбільш повні програми моніторингу земель (ґрунтів) існують у Німеччині й Швеції. Важливо підкреслити, що в цих країнах проведення моніторингових робіт регулюється міністерськими інструкціями, а державних законів про моніторинг ґрунтів немає. А ось в Іспанії, де моні-

торинг розвинутий значно гірше, є зразковий закон про моніторинг ґрунтів. На розвиток мережі моніторингу земель у Європі значно вплинула низка директив ЄС про допустимість концентрації важких металів, контроль викидів підприємств, застосування відходів виробництва на сільськогосподарських угіддях тощо<sup>5</sup>.

Також слід враховувати, що для функціонування ефективної інформаційної системи, тобто для наповнення її відповідними даними, потрібно володіти повним спектром інформації про землі, а точніше – про ґрунтовий покрив землі. З цієї метою було створено Атлас ґрунтів Європи з численними картографічними матеріалами. У подальшому ініційовано створення Європейської бази даних про ґрунти (The European Soil Data Centre (ESDAC), безпосереднім виконавцем якої призначено Європейське бюро Ґрунтових Мереж (The European Soil Bureau Network (ESBN)). Водночас ця база даних не змінює відповідних баз окремих країн, адже на підставі макромасштабу неможливо розв'язати макрорівневі завдання. Крім того, для ефективного здійснення моніторингу земель важливо не тільки покладатись на інформаційні ресурси міжнародного співтовариства, а й розвивати власні. Саме тому в більшості країн Західної, Центральної і Східної Європи створюються дигіталізовані (оцифровані) ґрунтові карти з аналітичними матеріалами. Створення баз даних про ґрунтовий покрив та його стан в окремих країнах, а далі у регіонах, областях і найдрібніших адміністративних утвореннях, що відбувається наразі в Німеччині, Угорщині, Чехії, Словаччині, Румунії, Нідерландах та інших країнах, дає можливість не тільки більш об'єктивно планувати ґрунтоохоронні заходи із залученням місцевих ресурсів, а й виконувати не менш важливу роботу – залучати до ґрунтоохоронної діяльності широкі верстви населення і безпосередніх землекористувачів та землевласників<sup>6</sup>.

Слід зазначити, що вивчення міжнародного досвіду щодо державного управління в сфері проведення моніторингу земель є досить важливим. Адже Європейські країни та США активно застосовують новітні технології у цій сфері. Наприклад, функціонування системи супутникового моніторингу земель допомагає спостерігати за земельними ресурсами та робити прогнози щодо їх змін.

Отже, в результаті проведеного нами аналізу зарубіжного досвіду моніторингу земель ми пропонуємо українську модель моніторингу земель, яка включає в себе наступні складові: єдина мережа суб'єктів моніторингу довкілля; єдина автоматизована система збору, оброблення, аналізу і збереження даних та інформації, отриманих у результаті здійснення моніторингу; контроль аварійних ситуацій та оперативне інформування; підготовка висококваліфікованих фахівців та застосування спеціального сучасного обладнання; аналіз та розвиток радіаційного моніторингу; правове забезпечення моніторингу землі.

Ми вважаємо, що запропонована нами модель буде відігравати важливу роль у підвищенні ефективності державного управління в сфері моніторингу земель. При цьому слід вказати, що проаналізувавши правове забезпечення моніторингу земель в Україні можна зробити висновок, що на сьогодні в нашій країні не існує зведеного нормативного акта. Тому потрібно провести необхідну кодифікацію законодавства про моніторинг землі, яка може виступати у вигляді прийняття нового Закону України «Про моніторинг земель», в якому будуть міститися як норми колишніх актів, що виправдали себе, так і нові нормативні розпорядження.

Таким чином, можна зробити висновок, що проблема щодо ролі державного управління в сфері моніторингу земель є недостатньо вивченою, а стан правового забезпечення зазначеної проблеми потребує подальшого вдосконалення до відповідних норм і стандартів ЄС. Крім того, на нашу думку, слід також вдосконалити інформаційне забезпечення моніторингу земель, зробивши його інформаційну систему відкритою, при цьому систематизувати дані про облік земель. А запровадження міжнародного досвіду буде сприяти підвищенню ефективності державного управління в сфері моніторингу земель в Україні.

<sup>1</sup> Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3–4. – Ст. 27.

<sup>2</sup> Курило В. І. До питання діяльності органів публічної влади у сфері контролю за використанням та охороною земельних ресурсів / В. І. Курило, О. П. Світличний // Землеустрій, кадастр і моніторинг земель. – 2013. – № 1–2. – С. 47–52. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Zemleustry\\_2013](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Zemleustry_2013)

<sup>3</sup> Гарашук В. М. Контроль та нагляд у державному управлінні: навч. посіб. / В. М. Гарашук. – Х. : Фоліо, 2002. – 176 с.

<sup>4</sup> Боголюбов С. А. Земельное право : учеб. для вузов / С. А. Боголюбов, В. В. Никишин, В. В. Устюкова. – М. : Норма, 2013. – 462 с.

<sup>5</sup> Директива Ради 86/278/ ЄЕС про захист навколишнього середовища та, зокрема, ґрунту у випадках використання у сільському господарстві осаду стічних вод від 12 червня 1986 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/45875>

<sup>6</sup> United States Department of Agriculture Foreign Agricultural Service : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pecad.fas.usda.gov/>

## Резюме

### **Охотнікова О. М. Роль державного управління в сфері моніторингу земель в Україні.**

Досліджується роль державного управління в сфері моніторингу земель в Україні. Зроблено порівняльно-правовий аналіз моніторингу земель з використанням міжнародного досвіду. Запропоновано нову інноваційну модель щодо збереження землі. Організаційно-правовий механізм державного управління в сфері моніторингу земель в Україні не є ефективним повною мірою, недостатньо вивчений та потребує удосконалення. У даній статті запропоновано удосконалення зазначеного механізму.

**Ключові слова:** моніторинг землі, правове забезпечення моніторингу земель, органи державного управління в сфері моніторингу, види та класифікація моніторингу земель, земельний кадастр.

Резюме

**Охотникова Е. Н. Роль государственного управления в сфере мониторинга земель в Украине.**

Исследуется роль государственного управления в сфере мониторинга земель в Украине. Сделан сравнительно-правовой анализ мониторинга земель с использованием международного опыта. Предложена новая инновационная модель по сохранению земли. Организационно-правовой механизм государственного управления в сфере мониторинга земель в Украине является неэффективным в полном объеме, недостаточно изученным и нуждается в усовершенствовании. В данной статье предложено усовершенствование этого механизма.

**Ключевые слова:** мониторинг земли, правовое обеспечение мониторинга земель, органы государственного управления в сфере мониторинга, виды и классификация мониторинга земель, земельный кадастр.

Summary

**Okhotnikova O. The role of government in the area of monitoring of land in Ukraine.**

We investigate the role of public administration in the area of monitoring of land in Ukraine. Made comparative – legal analysis of land monitoring using international experience. A new innovative model for land preservation. Organizational – legal mechanism governance in the field of monitoring of land in Ukraine has not been effective in full, inadequately studied, it is the one that needs to be improved. In this article, an improvement of the mechanism proposed.

**Key words:** monitoring of land, legal support for land monitoring, public authorities in the field of monitoring, types and classification of land monitoring, land cadastre.

УДК 340+342

**Р. П. ПАНАСЮК**

*Роман Петрович Панасюк, кандидат історичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

## КАМЕРАЛІСТИКА В СИСТЕМІ РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН

**Актуальність** статті визначається необхідністю наукового обґрунтування подальшого розвитку проблем адміністрування господарської діяльності з урахуванням історичного досвіду зародження і розвитку адміністративного права. Наукова новизна полягає у тому, що дана наукова робота є спробою історичної ретроспективи адміністративного регулювання правовідносин у сфері господарської діяльності.

**Мета** наукової роботи – визначити місце і роль камеральної науки в регулюванні господарських правовідносин.

**Об'єктом** дослідження є історична ретроспектива суспільних відносин у сфері господарювання, що пов'язанні з камералістикою.

**Предметом** є наука камералістика як частина регулювання господарських правовідносин.

Проблемами історичного розвитку адміністративного права як елементу сфери господарювання займалися такі відомі вчені адміністративісти, як К. С. Бельський, Д. О. Беззубов, В. П. Петков, Р. А. Калужний, В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко, Х. П. Ярмак та ін.<sup>1</sup>

Прийнято вважати, що базою для зародження адміністративного права стала наука «камералістика», яка зародилась в XVII ст. в Німеччині та Австрії. У країнах Західної Європи термін «камералістика» (походить від латинського *camera* – палацова скарбниця) у період раннього Середньовіччя означало «казнохранилище», згодом це слово означало установу, яка відала королівськими доходами, королівською скарбницею. Так звані «камери» управлінські повноваження, відали збором податків, а також мали деякі поліцейські і навіть судові повноваження. У Російській імперії камер-колегія існувала у XVIII ст. і відала державними доходами.

У європейських університетах викладання камералістики розпочалось з XVII ст., коли в Халі і Франкфурті-на-Одері (Німеччина) було засновано першу в історії кафедру камералістики.

У той час вона включала в себе комплекс управлінських та економічних дисциплін. Тобто наука, яка вивчала управління господарством, фінансами та економікою за допомогою різноманітних державних органів управління, а отже, і порядок функціонування цих органів. Також камералістика відала питаннями діяльності державних органів не лише у сфері господарства чи економіки, а й поліції, політики та ін.

У період раннього абсолютизму монарху (царю, королю, князю) належала верховна і необмежена влада. Він керував державою, підвладною територією, двором на власний розсуд і розуміння, не спираючись на юридичний закон. Відповідно, не було об'єктивних передумов і юридичних умов для формування камералістики як правової науки і диференціації його на складові галузі знання. Тому на практиці норми камерального права не були схожі на сучасні правові норми, а являли собою поради і настанови правителям у сфері державного управління, фінансів та банківської справи з метою отримання максимальної кількості грошей на користь



монарха<sup>2</sup>. Камералістика була орієнтована на вирішення проблеми створення необхідних умов для зростання доходів казни короля (*die Kammer*) і являла собою своєрідну різновидність німецької політики меркантилізму. Поступово накопичені практичні знання в сфері управління лише у XVII ст. оформились у наукову дисципліну. Вона виникла спочатку як наука прагматична, інструментальна зі скромними завданнями, але згодом перетворилася на політичну науку з досить об'ємним і багатогранним предметом вивчення.

Виникнення камералістики пов'язано з ускладненням господарських правовідносин у країнах Західної Європи на початку XVII століття. Тобто передумовою, причиною виникнення камералістики стала господарська сфера. Камералістика передусім регулювала відносини господарського страхування (страхування транспортних операцій, пов'язаних з морськими перевезеннями), банківською справою. Насамперед це – правове регулювання ломбардних операцій, заставного майна. З 1727 р. за наказом короля Пруссії в університетах створюються кафедри під назвою «Економічні, поліцейські і камеральні науки». Необхідно зазначити, що кафедри займались саме економічним, а не юридичним напрямом навчання.

Ідеї камералістів мали вплив на практику державного управління. Автори тогочасних трактатів намагались сформулювати принципи, правила, орієнтовані на практичне застосування, приділяючи мало уваги теоретичним аспектам. Їх завданням було узагальнити існуючий досвід в управлінні певною сферою господарства та систематизувати законодавство.

Ускладнення суспільних відносин взагалі та управлінських відносин зокрема викликало, як наслідок, ускладнення також і камералістики, що призвело до необхідності розширення меж її регулювання<sup>3</sup>.

У XVII–XIX ст.ст. камеральне право отримало новий імпульс розвитку, що було пов'язано із виникненням мануфактур, тобто створенням великих господарських підприємств, що займались безпосередньо виробництвом, насамперед у сфері кораблебудування та легкій промисловості.

У цей час органи державної влади поступово трансформувались у міністерства та інші окремі відомства, публічна влада стає все більш централізованою. У науковій літературі наголошується, що з часом камералістика включила до свого предмета аграрну науку, гірничу справу, мануфактурну та питання поліції (управління в широкому сенсі)<sup>4</sup>. Це призводить до розділення камералістики на «стару» і «нову». «Стара» продовжувала вивчати традиційні питання економіки, господарства та фінансів, «нова» – проблеми регуляції діяльності мануфактур, поліції тощо. Іншими словами, «нова» камералістика охопила всі дисципліни, пов'язані з державною політикою, передусім економічну науку.

Загалом у XVIII ст. камералістика як наука продовжила динамічно розвиватись. Вона досягнула Російської імперії і стала викладатись в усіх університетах країни. У цей час відбувається виділення окремих галузей камералістики, зокрема «поліцейського права». Слід зазначити, що термін «поліція» означав не лише підтримання правопорядку, по суті він означав управління містом. Норми поліцейського права поділялись на два інститути – інститут поліції безпеки (закони «благочиння») і інститут поліції благоустрою (закони «благоустрою»), які стосувались регуляції сфери економіки, що включала в себе транспорт, кредитні установи, сільське господарство, банки, промисловість. На думку учених-поліцейств, різниця між ними полягала у тому, що благочиння стосувалося охорони порядку та безпеки суспільства і його членів, а благоустрої був складовим елементом політичної економії<sup>5</sup>. Застосуванням норм поліцейського права займалися відповідно органи поліції, які опікувалися не лише подоланням протиправних проявів поведінки приватних осіб, а також і управлінням сферою господарювання.

Філософсько-ідеологічною основою камералістики в XVII–XVIII ст.ст. була домінантна в той час концепція «поліцейської держави», згідно з якою головним завданням будь-якої держави є досягнення «загального блага»<sup>6</sup>. Ідеологи поліцейської держави вважали, що загального блага можна досягнути завдяки детальної регламентації і контролю всіх сфер життя, оскільки індивід не в змозі сам зрозуміти, що для нього і для суспільства добре, а що ні. Суть даного підходу яскраво ілюструє відома сентенція Фрідріха Великого: «Народу, як хворій дитині, необхідно указувати, що йому їсти і пити»<sup>7</sup>. Тому держава мала контролювати розвиток промисловості, зростання міст, фізичне і духовне здоров'я підданих, зовнішній вигляд карет та ін. Поліцейське право поділяється на поліцію безпеки та поліцію добробуту. Поліція безпеки охороняє громадський порядок у державі, життя та безпеку громадян. Діяльність поліції добробуту полягає в складній системі адміністративних заходів, спрямованих на контроль державних та приватних господарств.

Камералістична концепція раціонального управління передбачала побудову державного апарату за функціональним принципом, чітку регламентацію та спеціалізацію праці державних чиновників, колегіальність внутрішньої організації органів управління. Повноваження кожного органу управління, обов'язки державного службовця, принципи діловодства в обов'язковому порядку мали фіксуватись та регламентуватись. Вся діяльність чиновників обмежувалась статутами та різноманітними інструкціями.

Отже, у науковій літературі, камералістика розглядається як напрям розвитку економічної думки XVII–XVIII ст. в Західній Європі, який являв собою сукупність господарських та адміністративних знань з ведення камерального господарства. У роботах камералістів були сформовані основні принципи організації державного апарату та способи раціонального використання державних коштів. Камеральні науки склалися із трьох основних частин: економічної та фінансової політики, політичного блоку.

Камералістика почала регулювати відносини, які виникали між об'єктами господарювання. Ці правовідносини мали адміністративний, господарський, цивільний характер. Тобто, на цьому етапі розвитку ми можемо констатувати, що камеральне право стало прообразом господарського права, оскільки камералістичні дослідження стосувались чотирьох основних напрямів:

- проблеми цивільної правоздатності у сфері господарювання;
- проблеми виникнення, зміни і припинення господарських правовідносин;
- проблеми господарських договорів;
- проблеми статусу юридичних осіб.

Розглянемо кожен напрям більш детально:

– проблеми цивільної правоздатності у сфері господарювання – у той період вивчалось з точки зору обов'язковості виконання господарських угод, проблем відшкодування збитків, питань сплати податків мануфактурами. Саме на цьому етапі поширилось поняття «податкова правоздатність». Тобто, цивільна правоздатність розглядалась виключно з точки зору сплати податків, боргів та інших фінансово-боргових операцій;

– проблеми виникнення, зміни і припинення господарських правовідносин – пов'язано з постачанням товарів та послуг великим мануфактурам, укладанням та виконанням договорів транспортних перевезень, систематизації правовідносин між мануфактурами і державою в частині захисту прав робітників і сплати податків;

– проблеми господарських договорів – почали виокремлюватись із загальних стандартних документів того часу, держава визнавала за господарськими договорами юридичну силу підзаконних актів. Виникає нова юридична категорія «контрагент», яка регулювала відносини між двома юридичними особами. Господарські договори набули статусу офіційних документів, що впливало на рівень втручання держави на судовий та оперативний захист прав виробників. До цього моменту не забезпечувала оперативне виконання судових рішень і застосування державного примусу;

– проблема статусу юридичних осіб – камеральне право першим почало науково вивчати проблеми статусу юридичних осіб як частини правової системи держави. Оскільки завданням камерального права у XVIII ст. було захисту великих мануфактур, зокрема в судовому порядку, для цього необхідно було визначити мануфактури як частину правової системи, адже раніше вони були насамперед частиною економічної системи країни.

Загалом розвиток виробництва призвів до ускладнення економічних зв'язків. Приміром, для будівництва великого торгового корабля укладались різноманітні договори із постачання комплектуючих. Нерідко виникали господарські спори, які стосувались інтересів декількох мануфактур. Їх вирішення в судовому порядку, з одного боку, потребує створення відповідної нормативно-правової бази. А з іншого, – витрата часу на судовий розгляд призводить до економічних збитків та шкодить інтересам мануфактур. Тому проблема оперативного втручання держави для регуляції економічних відносин стає надзвичайно актуальною.

Після Французької буржуазної революції на зміну «поліцейської держави» поширилась концепція «правової держави». Нова індустріальна Європа із її «духом свобод» та ідеями лібералізму потребувала чітко визначених норм функціонування виконавчої влади, гарантій захисту не лише природних, а й економічних прав громадян від посягань з боку держави<sup>8</sup>. Саме в конституційній державі проблема управління, врахування інтересів різних соціальних груп, досягнення рівноваги в суспільстві вимагала розумної і детальної правової регламентації діяльності виконавчої влади. Внаслідок чого втручання держави у сферу матеріальних інтересів суспільства стало розглядатись як порушення її головного призначення, а поліція втрачає своє всеохоплююче значення. Становлення буржуазної правової держави зумовило новий погляд на управління: воно повинно базуватись на законі та здійснюватись на основі чіткого визначення прав і обов'язків громадян щодо держави та її органів. Головним елементом поліцейського права в країнах Західної Європи стала поліція безпеки, оскільки поступово поліція добробуту виводиться за рамки поліцейського права, завдяки чому суб'єкти господарського права отримали більші можливості для вільного саморозвитку.

Проблема втручання держави в господарську діяльність була особливо гострою в Російській імперії, де існував інститут поліції благоустрою (закони «благоустрою»), який мав повноваження в сфері управління господарською діяльністю. Трансформація поліцейської діяльності у діяльність управлінську відбувалася доволі повільно. Однак під впливом західних ідей відбувається поступовий відхід російської влади від примусово-каральних способів впливу на сферу господарювання. Держава надала більше економічної самостійності суб'єктам господарювання, усувала перешкоди для зайняття окремими видами господарської діяльності та сприяла розвитку окремих галузей виробництва.

Загалом, камеральне право з часом трансформувалось у поліцейське, що пов'язано з поступовим переходом на капіталістичні відносини у сфері економіки. Але ми дотримуємось позиції, що камеральне право не було повністю перетворене на поліцейське, частина камерального права стала підґрунтям для виникнення господарського права як окремої науки. Це пов'язано з тим, що поліцейське право вивчало регулювання частини суспільних відносин, що були пов'язані із забезпеченням громадської безпеки, а камеральне право вивчало проблеми адміністративного регулювання у сфері господарювання. Основним аргументом на користь даної тези є те, що поліцейське право регулювало відносини, пов'язані з громадською, державною та національною безпекою. А камеральне право регулювало частину суспільних відносин, які стосувались виробництва, банківської справи, сфери фінансів. Тому поліцейське право хоч і увібрало в себе частину камерального права, але ту частину камерального права, яка вивчала державне регулювання і державний вплив на економічні відносини. Сферу приватно-цивільних, господарських відносин поліцейське право не увібрало, ця частина камерального права стала базисом для виникнення господарського права.

Наша пропозиція полягає в тому, що історична ретроспектива розвитку і встановлення камерального права доводить, що господарське право виникло через розвиток камерального права, а його основні елементи відображають складність суспільних відносин у сфері економіки.

<sup>1</sup> Бельский К. С. Феноменология административного права / К. С. Бельский. – Смоленск, 1995. – С. 8.

<sup>2</sup> Адміністративне право України. Академічний курс : підруч. : у 2 т. / ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова). – К. : Юридична думка, 2004. – Т. 1. Загальна частина. – 2004. – С. 18–19.

<sup>3</sup> Айрих В. А. Возникновение науки полицейского права: новые штрихи к старому портрету / В. А. Айрих // Вопросы права и политики. – 2014. – № 10. – С. 48–49.

<sup>4</sup> Антологія міжнародного поліцейського права (Історія. Предмет. Методи. Норми. Класифікація) : у 2 т. / за заг. ред. Ю. І. Римаренка (керівник), В. В. Коваленка, В. І. Олефіра та ін. – Херсон : Айлант, 2010. – Т. 1. Від камералістики до поліцейської, 2010. – С. 10.

<sup>5</sup> Антологія української юридичної думки : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. ; упоряд.: Ю. І. Римаренко, В. Б. Авер'янов, І. Б. Усенко ; відп. ред. Ю. І. Римаренко, В. Б. Авер'янов. – К. : Вид. Дім «Юрид. книга», 2003. – Т. 5. Поліцейське та адміністративне право, 2003. – С. 77.

<sup>6</sup> Класичний феномен адміністративного права (Росія) / Д. О. Безубов, В. О. Заросило, М. М. Коренева, Р. П. Панасюк, С. А. Подоляка, О. С. Федченко. – К. : «МП Леся», 2015. – С. 22.

<sup>7</sup> Лазорин К. Б. Формирование полицейского государства в странах Европы в XVIII–XIX веках / К. Б. Лазорин // Пробелы в российском законодательстве / К. Б. Лазорин : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://cyberleninka.ru/article/n/formirovaniye-politseyskogo-gosudarstva-v-stranah-evropy-v-xviii-xix-vekah>

<sup>8</sup> Петров С. В. Адміністративно-господарське право як підгалузь адміністративного права України : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.07. / С. В. Петров : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : [law.univ.kiev.ua/images/stories/Lit/kaf\\_admin/10.docx](http://law.univ.kiev.ua/images/stories/Lit/kaf_admin/10.docx)

#### Резюме

##### **Панасюк Р. П. Камералістика в системі регулювання господарських правовідносин.**

У статті розглядається історія виникнення та розвитку камералістики, виділяються декілька етапів становлення камералістики як правової науки. Також приділяється увага аналізу ролі камералістики в системі регулювання господарських правовідносин. Автор робить висновок, що саме камеральне право мало значний вплив на становлення господарського права.

**Ключові слова:** камералістика, адміністративне право, господарське право, історіографія, державне управління.

#### Резюме

##### **Панасюк Р. П. Камералистика в системе регулирования хозяйственных правоотношений.**

В статье рассматривается история возникновения и развития камералистики, выделяются несколько этапов становления камералистики как правовой науки. Также уделяется внимание анализу роли камералистики в системе регулирования хозяйственных правоотношений. Автор делает вывод, что именно камеральное право имело значительное влияние на становление хозяйственного права.

**Ключевые слова:** камералистика, административное право, хозяйственное право, государственное управление.

#### Summary

##### **Panasiuk R. Cameralistics in the regulation of economic legal relations.**

In the article the history and development of cameralistics, there are several stages of cameralistics as legal science. Also, the analysis focuses role cameralistics in the regulation of economic relations. The author concludes that it is the right desk had a significant influence on the formation of business law.

**Key words:** administrative law, commercial law, public administration.

УДК 347.73:336.743

### **М. А. ПОЖИДАЄВА**

*Марія Анатоліївна Пожидаєва, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського університету імені Бориса Грінченка*

## **ПЕРЕХІД ВІД ВАЛЮТНИХ ОБМЕЖЕНЬ ДО ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ЯК СПРИЯТЛИВА УМОВА ДЛЯ ЕФЕКТИВНОГО ФУНКЦІОНУВАННЯ ПЛАТІЖНИХ СИСТЕМ В УКРАЇНІ**

Останнім часом у контексті євроінтеграційних процесів в Україні однією з актуальних та поширених тем загального обговорення стала валютна лібералізація, яку пов'язують з пом'якшенням валютної політики України шляхом поступового зняття обмежень на валютні операції. Все це супроводжується тенденцією до створення сприятливих умов для вільного руху капіталу в умовах глобалізації світової економіки та запобігання кризовим фінансово-валютним явищам.

З метою нормальної організації грошового обігу в країні та створення адекватних правових умов організації валютних відносин передбачена лібералізація фінансових ринків та набуття режиму внутрішнього

ринку з ЄС у сфері фінансових послуг. Для реалізації цього впроваджуються норми і положення Комплексної програми розвитку фінансового сектору України до 2020 року, затвердженої постановою Правління Національного банку України (далі – НБУ) від 18 червня 2015 р. № 391, з урахуванням рішення Правління НБУ від 16 січня 2017 р. № 28, згідно з яким відбувся перегляд строків реалізації заходів Програми та внесені відповідні уточнення і зміни щодо їх проведення. Згідно з цією Програмою на НБУ, Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку (далі – НКЦПФР), Міністерство фінансів України, Державну фіскальну службу України покладено завдання створити умови для вільного руху капіталу. Для реалізації однією з таких умов має стати лібералізація правового режиму валютних операцій шляхом поетапного скасування наявних регуляторних обмежень на вільний транскордонний рух капіталу до 30 вересня 2018 року. Під час такого переходу від тимчасових та постійних валютних обмежень до правової регламентації буде відбуватись і лібералізація можливостей користувачів та учасників платіжних систем у здійсненні валютних операцій, що безпосередньо покращуватиме інвестиційний клімат в Україні.

У публікаціях загальним питанням правового регулювання валютних відносин приділено чимало уваги представниками вітчизняної юридичної науки, зокрема Е. А. Алісовим, Ж. В. Завальною, А. М. Іскоростенським, О. А. Костюченком, Л. М. Кравченко, В. П. Нагребельним, М. В. Старинським та іншими. Разом із тим, на сьогодні ретельної розробки потребує правова регламентація порядку здійснення валютних операцій відповідно до Концепції нової моделі побудови валютного регулювання в Україні, дорожня карта якої з її поетапним запровадженням була презентована 1 грудня 2016 р. НБУ на його офіційному сайті<sup>1</sup>. Дана Концепція відповідає Директиві ЄС 88/361/ЄЕС про вільний рух капіталу<sup>2</sup>. та Угоді про асоціацію між Україною та ЄС<sup>3</sup>.

З метою створення максимально сприятливих умов для здійснення резидентами зовнішньоекономічної діяльності, залучення іноземного капіталу в Україну відбувається лібералізація національного валютного законодавства шляхом поступового зняття валютних обмежень на операції, пов'язані з рухом капіталу. Водночас це вимагає й публічного валютного контролю за дотриманням приписів, до яких вносяться відповідні зміни про пом'якшення валютного регулювання на рівні чинного законодавства.

**Метою даної статті** є розкриття та визначення впливу лібералізації валютного регулювання на розвиток діяльності платіжних систем в Україні.

Як відомо, валютне регулювання не може проводитися у відриві від реалізації довгострокової економічної політики держави. Сьогодні Україна потребує інвестиційних ресурсів для модернізації економіки, тому одне із головних завдань валютного регулювання – це запобігти непродуктивному відтоку капіталу за кордон, збільшити обсяги іноземних інвестицій та остаточно ліквідувати негативні наслідки валютно-фінансової кризи 2014 р. за допомогою використання різних інструментів валютної політики держави.

Відповідно до ст. 147 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС від 27 червня 2014 р. протягом перших чотирьох років з дати набрання чинності цією Угодою Сторони вживають заходів щодо створення необхідних умов для подальшого поступового застосування правил ЄС про вільний рух капіталу. До кінця п'ятого року з дати набрання чинності цією Угодою Комітет з питань торгівлі розглядає вжиті заходи та визначає умови подальшої лібералізації.

Згідно зі ст. 146 Угоди про асоціацію у разі, якщо за особливих обставин платежі та рух капіталу між сторонами спричиняють або загрожують спричинити серйозні труднощі з точки зору реалізації операцій курсової або грошово-кредитної політики в Україні або одній чи декількох державах-членах Європейського Союзу, відповідні сторони можуть вдаватися до спеціальних заходів щодо руху капіталу між ЄС та Україною на термін, що не перевищує шість місяців, якщо такі заходи вкрай необхідні. Сторона, яка вживає захисні заходи, повинна негайно інформувати іншу сторону про прийняття такого заходу та надавати, наскільки це можливо, часові рамки скасування таких заходів.

Також ст. 3 Директиви ЄС 88/361/ЄЕС про вільний рух капіталу дозволяє державам-членам ЄС застосовувати захисні тимчасові обмежувальні заходи у виняткових випадках, коли короткотермінові рухи капіталу великого розміру вносять значну напругу на ринки іноземних валют та ведуть до серйозних розладів у здійсненні грошової політики і політики валютних курсів будь-якої держави-члена. За загальним правилом ст. 1 Директиви забороняє обмеження руху капіталу, що здійснюється між громадянами, які постійно проживають в державах-членах ЄС. При цьому ст. 7 даної Директиви зазначає, що рух капіталу в або з третій країн країни-члени намагаються організувати так само, як і з резидентами інших держав-членів ЄС.

Отже, європейські стандарти і вимоги щодо забезпечення вільного руху капіталу передбачають режим вільного здійснення валютних операцій. Разом з тим особи, що відмивають брудні гроші або фінансують тероризм, у здійсненні своєї злочинної діяльності можуть скористатись свободою переміщення капіталу та свободою надання фінансових послуг, які забезпечує інтегроване фінансове середовище ЄС. У зв'язку з цим та дотриманням Міжнародних стандартів з протидії відмиванню грошей та фінансуванню тероризму і розповсюдженню зброї масового знищення, ухвалених FATF у лютому 2012 р. («переглянуті Рекомендації FATF»), Європейський Парламент та Рада Європейського Союзу ухвалили четверту Директиву (ЄС) 2015/849 про запобігання використанню фінансової системи для відмивання грошей та фінансування тероризму, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) № 648/2012 Європейського Парламенту та Ради і припиняє дію Директиви 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради і Директиви Комісії 2006/70/ЄС з 26 червня 2017 року. Варто зазначити, що імплементація цієї четвертої Директиви є невід'ємною складовою євроінтеграційних процесів у рамках Угоди про асоціацію між Україною та ЄС.



З метою запобігання незаконним фінансовим операціям, пов'язаним з легалізацією злочинних доходів, компетентні органи держав-членів ЄС здійснюють постійний моніторинг валютно-обмінних та/або розрахункових операцій, які перевищують певне порогове значення суми для клієнта або для однієї операції, незалежно від того, чи відповідна операція здійснюється у вигляді однієї або кількох пов'язаних операцій. Відповідно до ч. 5 ст. 2 Директиви (ЄС) 2015/849 таке порогове значення встановлюється на національному рівні залежно від виду фінансової діяльності та має бути досить низьким, щоб забезпечувати непрактичність і неефективність відповідних видів фінансових операцій для відмивання коштів або фінансування тероризму, і повинно становити не більше ніж 1000 євро. При цьому держави-члени ЄС запроваджують заходи дієвого моніторингу на основі оцінки ризиків або вживають інші відповідні заходи, щоб запобігти зловживанню винятками, наданими на підставі рішень, прийнятих відповідно до ст. 2 даної Директиви.

На відміну від граничної суми фінансової операції, мінімальний розмір якої визначено Директивою (ЄС) 2015/849 для обов'язкового фінансового моніторингу та перевищує 1000 євро, еквівалентним 28910 грн за офіційним курсом НБУ станом на 21 березня 2017 р.<sup>4</sup>, український законодавець установив розмір, який дорівнює чи перевищує 150 000 гривень (для суб'єктів господарювання, які проводять лотереї або проводять та надають можливість доступу до азартних ігор у казино, будь-яких інших азартних ігор, у тому числі електронне (віртуальне) казино – 30 000 грн) або в іноземній валюті, банківських металах, інших активах, що є еквівалентними зазначеним сумах у національній валюті України (див. ст. 15 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 14 жовтня 2014 р.). Таким чином, сума фінансової операції, яка підлягає обов'язковому фінансовому моніторингу згідно з чинним законодавством України, понад втричі перевищує європейський стандарт визначення такої суми фінансової операції. Використання великих сум фінансових операцій при розрахунках містить високу небезпеку відмивання грошей та фінансування тероризму. З метою підвищення пильності та зменшення ризиків, що можуть виникати при таких платежах, український законодавець повинен знизити порогове значення фінансової операції, яка підлягає обов'язковому фінансовому моніторингу, відповідно до вимог ЄС.

Погоджуючись з науковою позицією А. М. Іскоростенського щодо ефективності застосування безвиїзного фінансового моніторингу звітної інформації, яка повинна надходити від суб'єктів валютних операцій та інших державних органів, спостереження, аналізу та інспектування (застосовується у разі виявлення фактів очевидних правопорушень або недостовірної звітності)<sup>5</sup>, слід зазначити, що саме ліберальному або умовно вільному режимам валютного регулювання притаманно звітування суб'єктів валютних правовідносин у сфері руху капіталів.

Водночас цілі захисту суспільства від злочинів і забезпечення стабільності та цілісності фінансової системи ЄС повинні бути збалансовані стосовно потреби в створенні регуляторного середовища, що б дозволяло компаніям розвивати свій бізнес, не зіштовхуючись із непропорційними витратами, пов'язаними з необхідністю дотримання регуляторних вимог.

В Україні у межах початкового етапу впровадження нової моделі валютного регулювання відбувається валютна лібералізація шляхом поступового скасування адміністративних тимчасових антикризових та постійних валютних обмежень (з прив'язкою до макроекономічних передумов). У даному випадку до уваги беруться визначені на офіційному сайті НБУ у Концепції нового валютного регулювання фактори:

– відносно стійка макроекономічна ситуація (низька інфляція, фіскальна дисципліна, економічне зростання);

– відсутність суттєвих розривів у платіжному балансі;

– ефективна монетарна політика;

– діюча програма з МВФ;

– дотримання режиму гнучкого валютного курсу, що буде важливим інструментом згладжування зовнішньоекономічних шоків<sup>6</sup>.

Ці показники відображають відносну макроекономічну та фінансову стабільність за відсутності стану кризових явищ. При цьому послаблення тимчасових обмежень не має призводити до виходу інфляції за межі цілей НБУ. Крім того, за недостатньо високо рівня міжнародних резервів у випадку наявності надлишкової пропозиції валюти на міжбанківському валютному ринку Національний банк повинен кожного разу обирати між послабленням тимчасових обмежень та купівлею валюти для нарощування резервів<sup>7</sup>.

Так, відповідно до ч. 4 ст. 145 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС за відсутності крайніх випадків (особливих обставин, наприклад, кризових явищ) забороняється введення будь-яких нових обмежень на рух капіталу і поточні платежі між резидентами України та держав-членів ЄС, а також робити існуючі умови більш обмежувальними.

Щодо зняття адміністративних обмежень стосовно операцій з експорту послуг з метою підвищення експортного потенціалу нашої країни було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо усунення адміністративних бар'єрів для експорту послуг)» від 3 листопада 2016 р., який набув чинності 3 грудня 2016 року. Були внесені суттєві зміни до ч. 2 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». Так, у разі експорту послуг (крім транспортних) зовнішньоекономічний договір (контракт) може укладатися шляхом прийняття публічної пропозиції про угоду (оферти) або шляхом обміну електронними повідомленнями, або в інший спосіб, зокрема шляхом виставлення рахунка (інвойсу), у тому числі в електронному вигляді, за надані послуги.

Згідно з ч. 3 ст. 1 Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті», подаючи документи до банку, експортери можуть не перекладати українською мовою документи, у тому числі рахунків (інвойс), викладені англійською мовою або іншою іноземною мовою з одночасним викладенням українською (англійською) мовою.

Відповідно до абз. 8 ч. 2 ст. 9 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» первинні документи, складені в електронній формі, застосовуються у бухгалтерському обліку за умови дотримання вимог законодавства про електронні документи та електронний документообіг.

Згідно з зазначеними вище змінами, внесеними до національного законодавства у сфері лібералізації валютного регулювання, НБУ також вніс відповідні зміни, які спрощують проведення операцій з експорту послуг та затверджені постановою Правління НБУ від 30 грудня 2016 р. № 419 «Про затвердження Змін до Інструкції про порядок здійснення контролю за експортними, імпортними операціями» (набули чинності з 3 січня 2017 р.). Позитивно якісною особливістю цих змін є те, що відтепер резиденти, які здійснюють експорт послуг (крім транспортних і страхових), прав інтелектуальної власності, авторських та суміжних прав, не повинні будуть дотримуватися законодавчо встановленого строку розрахунків за цими операціями (зараз такий строк становить 120 днів). Також банки зможуть використовувати копії документів, у тому числі рахунків (інвойс), в електронній формі для валютного контролю за експортно-імпортними операціями резидентів. Для цього резидент повинен буде відсканувати оригінал документа на паперовому носії інформації та засвідчити його електронним цифровим підписом (для юридичних осіб – підписом уповноваженої особи)<sup>8</sup>.

Здійснюючи подальшу лібералізацію валютних операцій, наприкінці лютого 2017 р. НБУ переглянув підходи до ліцензування операцій фізичних осіб з розміщення коштів на закордонних рахунках та здійснення інвестицій за межі України, а також спростив процедуру проведення операцій клієнтів банків із купівлі іноземної валюти/перерахування коштів за межі України на користь нерезидентів шляхом внесення змін до окремих нормативно-правових актів НБУ<sup>9</sup>.

З метою попередження ризикових валютних операцій на банківському ринку України НБУ змінює порядок контролю за такими операціями шляхом затвердження у новій редакції Інструкції про порядок формування уповноваженими банками інформаційного файлу постановою Правління НБУ від 28 лютого 2017 р. № 15, яка набрала чинності з 22 березня 2017 року.

Водночас у зв'язку з наявністю ризиків для цінової та фінансової стабільності продовжують діяти такі тимчасові обмеження на грошово-кредитному та валютному ринках: обов'язковий продаж надходжень в іноземній валюті на користь юридичних осіб на рівні 65 %; 120-денний строк розрахунків за операціями з експорту та імпорту товарів; односторонній строк резервування гривні для купівлі іноземної валюти на міжбанківському валютному ринку; заборона на дострокове погашення кредитів від нерезидентів; купівля готівкової валюти фізичними особами на суму до 12 тис. грн в день; ліміт на зняття готівки з валютного рахунку на суму до 250 тис. грн в день тощо. Ці антикризові обмеження при здійсненні валютних операцій, встановлені безстроковою постановою Правління НБУ «Про врегулювання ситуації на грошово-кредитному та валютному ринках України» від 13 грудня 2016 р. № 410, діють до прийняття НБУ окремої постанови Правління НБУ за умови відсутності ознак нестійкого фінансового стану банківської системи, обставин, що загрожують стабільності банківської та/або фінансової системи України.

Щодо обов'язкового продажу надходжень в іноземній валюті та граничного строку для розрахунків за операціями експорту та імпорту товарів, ці дві вимоги (п. 1 та п. 2 зазначеної вище постанови) встановлюються на строк шість місяців до 15 червня 2017 р. та можуть бути змінені достроково або подовжені в разі необхідності.

Отже, подальше послаблення валютних обмежень безпосередньо залежить від наявності сприятливих передумов в українській економіці. При цьому розпочата у липні 2015 р. лібералізація валютного законодавства України передбачає як кінцевий позитивний її результат – відносну свободу здійснення валютних операцій у межах правової регламентації, що безпосередньо впливає на ефективність, оперативність, безпечність, зручність платіжних систем та стимулює їх подальший розвиток з необхідністю імплементувати основні положення міжнародних стандартів ISO 13616 (IBAN) та ISO 20022 у національне законодавство<sup>10</sup>.

Виконанню транскордонних платежів надавачами платіжних послуг сприяє використання Міжнародного номера банківського рахунку (далі – IBAN) та Ідентифікаційного коду банку (далі – BIC), який є унікальним ідентифікатором банку та використовується в платіжних документах. Концепція IBAN була розроблена Європейським Комітетом з Банківських Стандартів (ECBS) та Міжнародною Організацією Стандартизації (ISO) та затверджена як міжнародний стандарт ISO 13616. Офіційним реєстратором стандарту IBAN є компанія SWIFT. IBAN було створено з метою використання у практиці міжнародних розрахунків<sup>11</sup>.

Номер рахунку IBAN слід обов'язково зазначати в міжнародних переказах до країн ЄС. IBAN використовується в міжнародних та національних електронних платіжних документах, де потрібно вказувати номер рахунку платника та/або отримувача коштів.

У 2008 р. Робочою групою Асоціації УкрСВІФТ було розроблено документ «Положення про правила формування IBAN (міжнародного банківського номера рахунку) в Україні». Даний документ був переданий до Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики (Держспоживстандарт) для його затвердження у якості національного стандарту – Настанови (ДСТУ-Н). Відповідно до наказу Голови Держстандарту України від 11 жовтня 2010 р. № 454 Настанова про правила формування міжнародного номера банківського рахунку (IBAN) в Україні була затверджена з наданням чинності з 1 січня 2011 ро-

ку. Але єдиний формат IBAN для України було затверджено у 2016 році. Електронний формат українського IBAN має відповідний алгоритм формування у вигляді 29 буквено-цифрових символів (наприклад, UA853996220000000260012335661)<sup>12</sup>.

Використання IBAN у платіжних дорученнях дає змогу:

- забезпечити можливість прискореного, повністю автоматичного (STP) проходження міжнародного платежу на рахунок клієнта;
- знизити кількість помилкових зарахувань та пов'язаних із цим розслідувань;
- знизити собівартість операцій обробки міжнародних платежів для банків та, як наслідок, вартість платежів для клієнтів<sup>13</sup>.

Так, переказ грошей з однієї країни ЄС в іншу з використанням коду IBAN зазвичай коштує стільки ж, скільки і переказ усередині країни. На сьогодні використання IBAN в Україні є необов'язковим і залежить від конкретного банку. Станом на кінець 2016 р. в Україні при відкритті рахунку видавали IBAN клієнтам АСВІО Банк, ВТБ Банк, Банк ГРАНТ, КОМІНВЕСТБАНК, ПІРЕУС Банк, ПриватБанк, РАДАБАНК<sup>14</sup>.

Міжнародний стандарт ISO 20022 є методом, якого можна дотримуватись при створенні стандартів для обміну фінансовими повідомленнями. Глобальний та відкритий стандарт ISO 20022 сприяє створенню нових послуг і покращенню автоматизації наскрізної обробки (STP – straight-through processing) міжнародних платежів<sup>15</sup>.

Разом із тим, з метою створення належних умов для ефективного функціонування платіжного ринку України Комплексною програмою розвитку фінансового сектору України до 2020 року передбачено максимальні терміни впровадження заходів щодо її виконання. Так, до 31 грудня 2019 р. заплановані імплементація основних положень міжнародних стандартів ISO 13616 (IBAN) та ISO 20022, створення рівних умов функціонування платіжних систем на ринку України, збільшення безготівкових розрахунків шляхом впровадження інноваційних платіжних продуктів, розвитку електронних платежів та їх інфраструктури, лібералізації податкового законодавства для торговців, а також удосконалення оверсайта платіжних систем у частині управління ризиками та поширення його на інші інфраструктури фінансового ринку з урахуванням Принципів для інфраструктур фінансового ринку Банку міжнародних розрахунків тощо.

Також варто зауважити, що для повного переходу до більш ліберальної моделі валютного регулювання замість жорсткого валютного регулювання потрібно запровадити досконале податкове регулювання. Воно має базуватись на рекомендаціях міжнародної організації ОЕСР (Організація економічного співробітництва та розвитку) з протидії розмиванню податкової бази та переміщенню прибутків за кордон (від англ. «Base erosion and Profit Shifting» – BEPS) та єдиного стандарту автоматичного обміну фінансовою інформацією з фіскальними органами інших країн. На сьогодні за ініціативи НБУ Комітет Верховної Ради з питань податкової та митної політики активно працює над двома законопроектами у сфері податкового регулювання, які враховують рекомендації ОЕСР та передбачають приєднання України до механізму автоматичного обміну податковою інформацією<sup>16</sup>.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити висновок, що валютна лібералізація, ефективне податкове регулювання та подальший розвиток платіжних систем в Україні створять сприятливі умови для вільного руху капіталу та інтеграції нашої держави до внутрішнього ринку ЄС.

<sup>1</sup> Національний банк презентував концепцію нової моделі валютного регулювання. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=40253803](https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=40253803) ; Концепція нового валютного регулювання, Київ, 01.12.2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://bank.gov.ua/doccatalog/document?id=40253908>

<sup>2</sup> Щодо імплементації статті 67 Договору : Директива Ради (88/361, ЄС) від 24 червня 1988 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994\\_182](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_182)

<sup>3</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Закон України від 16 вересня 2014 р. // Офіційний вісник України. – 2014. – № 75. – Т. 1. – Ст. 2125.

<sup>4</sup> Офіційний курс гривні щодо іноземних валют : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://bank.gov.ua/control/uk/currency/detail/currency?period=daily>

<sup>5</sup> *Іскоростенський А. М.* Правове регулювання валютних відносин в Україні / А. М. Іскоростенський. – Ірпінь, 2008. – 234 с. – С. 161.

<sup>6</sup> Концепція нового валютного регулювання, Київ, 01.12.2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://bank.gov.ua/doccatalog/document?id=40253908>

<sup>7</sup> Національний банк презентував концепцію нової моделі валютного регулювання : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=40253803](https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=40253803)

<sup>8</sup> Національний банк усунув адміністративні бар'єри для операцій з експорту послуг. Прес-реліз від 30 грудня 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=41706645&cat\\_id=55838](https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=41706645&cat_id=55838)

<sup>9</sup> Національний банк спростив закордонні операції українців. Прес-реліз від 24 лютого 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=44506364&cat\\_id=55838](https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=44506364&cat_id=55838) ; Національний банк спростив клієнтам банків процедуру проведення валютних операцій. Прес-реліз від 1 березня 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу [https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=44753337&cat\\_id=55838](https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=44753337&cat_id=55838)

<sup>10</sup> Оновлена Комплексна програма розвитку фінансового сектору України до 2020 року : постанова Правління Національного банку України від 18 червня 2015 р. № 391 (у редакції рішення Правління НБУ від 16 січня 2017 р. № 28) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу [https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=32802659](https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=32802659)

<sup>11</sup> Український стандарт IBAN. URL: [Електронний ресурс]. – Режим доступу [http://www.ukrswift.org/untitled-csof?lang\\_id=2&menu\\_id=35](http://www.ukrswift.org/untitled-csof?lang_id=2&menu_id=35)

<sup>12</sup> Положення про правила формування IBAN (міжнародного банківського номера рахунку) в Україні. Підготовлено Робочою групою Асоціації «УкрСВІФТ», 2008. URL: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://media.wix.com/ugd/b74875\\_2abe2d66e20147479044e44375be0f21.pdf](http://media.wix.com/ugd/b74875_2abe2d66e20147479044e44375be0f21.pdf)

<sup>13</sup> Там само.

<sup>14</sup> Перелік українських банків, які вже видають IBAN клієнтам : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ukrswift.org/banki-sho-vidayut-iban?lang\\_id=2&menu\\_id=35](http://www.ukrswift.org/banki-sho-vidayut-iban?lang_id=2&menu_id=35)

<sup>15</sup> ISO 20022 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ukrswift.org/iso-20022?lang\\_id=2&menu\\_id=35](http://www.ukrswift.org/iso-20022?lang_id=2&menu_id=35)

<sup>16</sup> Національний банк презентував концепцію нової моделі валютного регулювання. Прес реліз від 1 грудня 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=40253803&cat\\_id=55838](https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=40253803&cat_id=55838)

#### Резюме

**Пожидаєва М. А. Перехід від валютних обмежень до правової регламентації як сприятлива умова для ефективного функціонування платіжних систем в Україні.**

У статті розглядається лібералізація валютного регулювання та визначається її вплив на розвиток діяльності платіжних систем в Україні. Автор вивчає міжнародні та європейські стандарти і вимоги щодо забезпечення вільного руху капіталу, які передбачають режим вільного здійснення валютних операцій. Робиться ряд висновків про необхідність переходу від тимчасових та постійних валютних обмежень до правової регламентації, під час чого буде відбуватись і лібералізація можливостей користувачів та учасників платіжних систем у здійсненні валютних операцій.

**Ключові слова:** валютна лібералізація, валютне регулювання, валютні обмеження, правова регламентація, платіжні системи.

#### Резюме

**Пожидаєва М. А. Переход от валютных ограничений к правовой регламентации как благоприятное условие для эффективного функционирования платежных систем в Украине.**

В статье рассматривается либерализация валютного регулирования и определяется ее влияние на развитие деятельности платежных систем в Украине. Автор изучает международные и европейские стандарты, требования по обеспечению свободы перемещения капитала, которые предусматривают режим свободного осуществления валютных операций. Делается ряд выводов о необходимости перехода от временных и постоянных валютных ограничений к правовой регламентации, во время чего будет происходить и либерализация возможностей пользователей и участников платежных систем в осуществлении валютных операций.

**Ключевые слова:** валютная либерализация, валютное регулирование, валютные ограничения, правовая регламентация, платежные системы.

#### Summary

**Pozhydaeva M. The transition from currency restrictions to legal regulation as a favorable condition for effective functioning of payment systems in Ukraine.**

The article discusses the liberalization of currency regulation and defines its influence to development of activities of payment systems in Ukraine. The author investigates International and European standards, requirements for providing of capital movements, which are made provisions liberalized regime of currency control and free realization of capital currency operations. The author formulates a number of conclusions about the need for the transition from interim and permanent currency restrictions to legal regulation. At the same time it will happen the liberalization of capabilities for currency operations realization of users and participants of payment systems.

**Key words:** currency liberalization, currency regulation, currency restrictions, legal regulation, payment systems.



**Т. О. ЧЕРНАДЧУК, Н. В. СОКОРЕНКО**

*Тамара Олександрівна Чернадчук, кандидат юридичних наук, доцент юридичного факультету Сумського національного аграрного університету*

*Наталія Володимирівна Сокоренко, студентка V курсу юридичного факультету Сумського національного аграрного університету*

## **АНАЛІЗ ПРАВОВИХ ЗАСАД ФІНАНСУВАННЯ БЮДЖЕТІВ ОБ'ЄДНАНИХ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД В УМОВАХ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ**

Однією з головних передумов розбудови демократичної, правової, економічно розвинутої держави є забезпечення організаційної, правової і фінансової автономії місцевого самоврядування. Конституційні засади фінансової самостійності місцевого самоврядування реалізуються в бюджетних повноваженнях відповідних органів місцевого самоврядування: право на місцевий бюджет, право визначати напрями використання бюджетних коштів тощо. При цьому для ефективного розвитку територіальних громад держави (міст, сіл, селищ) необхідна самостійність у прийнятті рішень. Відповідно перед урядом постає важливе завдання забезпечення децентралізації повноважень, обов'язків та перерозподілу фінансових ресурсів. У свою чергу, запровадження принципів децентралізації влади та розширення можливостей місцевого самоврядування потребує створення відповідної дохідної бази місцевих бюджетів, збільшення їх самодостатності та фінансової спроможності. Місцеві громади повинні володіти достатніми фінансовими ресурсами для забезпечення належного рівня життя мешканців. Нині понад 85 % фінансових ресурсів органів місцевого самоврядування спрямовуються на соціально-культурну сферу, а реалізація інвестиційних проектів, розвиток житлово-комунального господарства, інфраструктури тощо фінансуються за залишковим принципом. Відповідно, у територіальних громад виникає потреба в залученні додаткових фінансових ресурсів. Такими можуть бути як внутрішні, так і зовнішні залучені джерела надходжень фінансових ресурсів. Найголовнішими характеристиками фінансових ресурсів має бути їх доступність у короткому періоді часу, різний обсяг та диференційовані сфери використання.

Верховна Рада України 15 липня 1997 р. ратифікувала Європейську Хартію місцевого самоврядування, у п. 1 ст. 9 якої зазначено, що місцеві органи самоврядування мають право на свої власні адекватні фінансові ресурси, якими вони можуть вільно розпоряджатися в межах своїх повноважень<sup>1</sup>. 1 квітня 2014 р. уряд України затвердив Концепцію реформування місцевого самоврядування<sup>2</sup>. Усе це сприяє налагодженню співпраці міст із фінансовими інституціями у сфері залучення додаткових ресурсів. Усе вищезазначене зумовило потребу в постійному, глибинному і своєчасному аналізі децентралізації та виявлення перешкод і перспектив у фінансуванні об'єднаних територіальних громад<sup>3</sup>.

**Метою даної статті** є дослідження правових засад фінансування бюджетів місцевого самоврядування в умовах сучасної України та фінансування об'єднаних територіальних громад, які утворилися внаслідок здійснення реформи децентралізації, проведення аналізу зарубіжного досвіду в даній сфері.

Питання правового режиму місцевих бюджетів розглядали у своїх наукових працях такі вчені, як М. Гапонюк, О. Гетьманець, М. Кучерявенко, О. Музика, В. Чернадчук та ін.

В умовах проведення реформи місцевого самоврядування на основі Законів України «Про добровільне об'єднання територіальних громад»<sup>4</sup> та «Про співробітництво територіальних громад»<sup>5</sup> відбувається процес об'єднання територіальних громад по всій території України, зокрема і в Сумській області, та здійснюється пошук нових ефективних організаційних форм діяльності.

Необхідність негайного проведення реформи місцевого самоврядування обумовлена також цілою низкою таких негативних факторів, як розбалансованість державної та місцевої влад, недосконалість й корумпована система управління, низька якість надання державних послуг, нерозвинута інфраструктура, що забезпечує його життєдіяльність, неефективне використання бюджетних коштів, надмірне та неефективне бюджетне дотування місцевих громад.

Розподіл дохідних джерел між бюджетами визначається тим, як розмежовано функції і повноваження між центральним урядом і місцевим самоврядуванням. Децентралізація влади, яка відбувається в Україні, повинна супроводжуватися передачею все більшої частини фінансових і т.ч. бюджетних ресурсів на місцевий рівень відповідно до розширення завдань органів місцевого самоврядування. В умовах самодостатнього місцевого самоврядування місцеві податки і збори уособлюють фіскальні повноваження місцевої влади, відображають її соціально-економічну політику і є фінансовою основою розв'язання покладених на них завдань. Проте чинна в Україні практика місцевого оподаткування суперечить сформованим у фінансовій науці

уявленням щодо суті та призначення цього інституту, його ролі у становленні й функціонуванні повноцінного місцевого самоврядування як підвалини кожного демократичного ладу. Структура надходжень місцевих податків і зборів набуває ще більш різких негативних рис на рівні конкретних видів місцевих бюджетів. Адже в багатьох територіальних громадах, окрім комунального податку і ринкового збору, інші місцеві податки і збори не справляються через відсутність об'єктів оподаткування, що робить систему місцевого оподаткування надзвичайно вразливою.

Отже, метою реформи місцевого самоврядування є передусім забезпечення його спроможності самостійно, за рахунок власних ресурсів, вирішувати питання місцевого значення. Йдеться про наділення територіальних громад **більшими ресурсами** та про мобілізацію їхніх внутрішніх резервів.

*Спроможна територіальна громада* – територіальні громади сіл (селищ, міст), які в результаті добровільного об'єднання здатні самостійно або через відповідні органи місцевого самоврядування забезпечити належний рівень надання послуг, зокрема у сфері освіти, культури, охорони здоров'я, соціального захисту, житлово-комунального господарства, з урахуванням кадрових ресурсів, фінансового забезпечення та розвитку інфраструктури відповідної адміністративно-територіальної одиниці<sup>6</sup>.

Перші об'єднані територіальні громади, які були створені минулого року, вже отримали певні переваги. Тільки на розвиток інфраструктури об'єднаних територіальних громад Законом України «Про Державний бюджет України на 2016 рік» від 25 грудня 2015 р. № 928-VIII було передбачено субвенцію в розмірі 1 млрд грн<sup>7</sup>.

Щодо фінансової децентралізації, то наприкінці 2014 р. було ухвалено два важливі закони:

– Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи»<sup>8</sup>.

– Закон України «Про внесення змін до Бюджетного кодексу України щодо реформи між бюджетних відносин». Ухвалення цього Закону дало можливість громадам навіть до об'єднання відчути переваги децентралізації, оскільки збільшилися можливості місцевих бюджетів<sup>9</sup>.

У зв'язку з виникненням ОТГ у бюджетній системі України виникає новий вид місцевих бюджетів, а саме бюджет ОТГ.

На відміну від бюджетів окремих сільських, селищних, міських рад, бюджет ОТГ має більші можливості. Так, бюджети ОТГ набувають функцій, повноважень та фінансових ресурсів **на рівні міста обласного значення**.

Однією з основних переваг є отримання ОТГ **60 % податку на доходи фізичних осіб**, який є основним джерелом наповнення бюджетів.

Також ОТГ отримують підтримку від держави на розвиток інфраструктури – кошти з Державного фонду регіонального розвитку та субвенції з державного бюджету.

Як було згадано вище, у результаті прийняття нового Бюджетного кодексу України органи місцевого самоврядування отримали більше можливостей відповідно дохідної частини своїх бюджетів.

Але це не привело до суттєвих змін щодо розширення повноважень у сфері видатків. Реформа місцевого самоврядування дає можливість ОТГ розширити свої повноваження в сфері видаткової частини місцевих бюджетів. У 2015 р. в результаті реформи міжбюджетних відносин додатково в місцеві бюджети в середньому збільшили свою дохідну частину до 20 %. Щоправда, місцеві бюджети стали передавати на державний рівень 25 % єдиного податку, який раніше на 100 % зачислявся до місцевих бюджетів. Проте дохідна частина місцевих бюджетів суттєво збільшилася. Власні ресурси місцевих бюджетів зросли майже втричі, загалом обсяг фінансових ресурсів збільшився майже на 15 %, що в номінальних цифрах становило 34,1 млрд гривень. Зросли обсяги фінансування освіти (13 %) та охорони здоров'я (12 %). Трансферти з центру стали більш ефективними.

Раніше принципи бюджетного вирівнювання не стимулювали місцеву владу до економічного розвитку. До 2015 р. уряд компенсував бюджетні розриви стовідсотково, тому в депресивних регіонів не було жодної мотивації скорочувати витрати, бо все одно з Києва прийдуть гроші, яких не вистачає. Водночас у тих міст, яким вдавалося заробляти більше, ніж витратити, надлишок забирали до центрального бюджету, а звідти він йшов на дотації «бідним» регіонам. «Хто кого годує» стало лейтмотивом для політичних спекуляцій, які не сприяли єдності країни.

Відтепер трансфертна політика реалізується таким чином. Економісти порахували середню дохідну спроможність по країні. Хто не в змозі досягти цього середнього показника – отримує лише 80 % від бюджетного розриву, що стимулює їх працювати краще. Ефективні ж регіони не віддають весь надлишок до центрального бюджету, а лише його половину, що є також стимулом для розвитку. Ця система є набагато більш економічно стимулюючою, ніж попередня, що дало свої результати, починаючи з 2015 року.

Щодо видаткової частини бюджетів ОТГ доцільно здійснити аналіз досвіду в даному питанні зарубіжних країн<sup>10</sup>.

Так, наприклад, у Данії видатки місцевого самоврядування становлять 36,5 % ВВП, або 64,1 % загальних державних видатків, які є найвищими в Європейському Союзі. Це зумовлено тим, що органи місцевого самоврядування мають значні повноваження у сфері соціального захисту, включаючи виплату різних соціальних пільг, а також догляд за літніми людьми й інвалідами.

Видатки місцевого самоврядування в Латвії є дещо вищими, ніж у сусідніх країнах Балтії. Рівень видатків все ще нижчий, ніж середній показник ЄС у термінах ВВП (10 %), але вищий у термінах загальних державних видатків (27 %). Освіта значно перевищує всі інші сектори в структурі місцевих бюджетів.

Щодо видатків місцевого самоврядування Польщі, то вони перебувають на рівні 13,5 % ВВП, або 32,1 % загальних державних видатків. Вони є вищими за середній показник ЄС і знаходяться між балтійськими та скандинавськими країнами. Освіта, охорона здоров'я і соціальний захист становить більше видатків місцевих бюджетів. Істотна частина економічної діяльності (15 % загальних видатків, включаючи місцеву підтримку сільського господарства, промисловості, наукової діяльності та конструкторських розробок тощо) частково пояснюється суттєвими обсягами коштів ЄС, що є доступними для органів місцевого самоврядування.

Рівень видатків місцевого самоврядування у Швеції є другим найвищим у ЄС і становить 25,4 % ВВП, або 49 % загальних державних видатків. За статистичними даними, соціальні послуги й соціальний добробут (включаючи охорону здоров'я, освіту та догляд за літніми людьми й інвалідами) становлять лівову частку видатків.

Таким чином, аналіз вітчизняного і зарубіжного досвіду щодо децентралізації місцевого самоврядування та фінансування об'єднаних територіальних громад дає змогу представити наступні узагальнення.

1. Встановлено, що принцип децентралізації, під яким слід розуміти передачу значних повноважень та бюджетів від державних органів органам місцевого самоврядування, є одним із найбільш важливих у процесі реформування місцевого самоврядування.

2. Звернено увагу на те, що в процесі децентралізації органи місцевого самоврядування, збільшуючи обсяг доходної частини відповідних бюджетів, розширюючи свої повноваження, разом із тим отримують і більшу відповідальність при вирішенні виникаючих на місцевому рівні проблем. Оптимальним рішенням у такій ситуації є об'єднання декількох невеликих громад у потужнішу громаду, базуючись на географічних, історичних, економічних принципах, тобто створення об'єднаних територіальних громад.

3. Встановлено, що об'єднані територіальні громади урівнюються в повноваженнях з містами обласного значення, а відповідно бюджети об'єднаних громад переводяться на прямі міжбюджетні відносини з державним бюджетом, що, у свою чергу, бюджетне фінансування між державою і громадою, ґрунтується на необхідності максимально можливого наближення надання гарантованих послуг до їх безпосереднього споживача.

4. На підставі аналізу вітчизняного та зарубіжного досвіду визначено переваги фінансування бюджетів створених об'єднаних територіальних громад. Так, наприклад, самостійно визначаючи розмір ставок податкових надходжень до місцевих бюджетів, муніципалітети, зменшуючи податковий тягар, залучають на свої території додаткові інвестиції та гранти.

5. Слід звернути увагу на проблеми, що виникають у процесі реформи місцевого самоврядування, суттєве місце серед яких займають недоліки нормативного забезпечення, неузгодженість дій державних органів, відсутність кваліфікованого кадрового забезпечення, особливо в сфері юридичних питань тощо.

<sup>1</sup> Європейська хартія місцевого самоврядування : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.laws/show/994\\_036/print1384358186169245](http://zakon2.laws/show/994_036/print1384358186169245)

<sup>2</sup> Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні : розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80>

<sup>3</sup> Децентралізація влади : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://decentralization.gov.ua/news/item/id/1862>

<sup>4</sup> Про добровільне об'єднання територіальних громад: Закон України від 5 лютого 2015 р. № 157-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/157-19>

<sup>5</sup> Про співробітництво територіальних громад : Закон України від 17 червня 2014 р. № 1508-VII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1508-18>

<sup>6</sup> Про затвердження Методики формування спроможних територіальних громад : постанова Кабінету Міністрів України від 8 квітня 2015 р. № 214 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/214-2015-%D0%BF>

<sup>7</sup> Про Державний бюджет України на 2016 рік : Закон України від 25 грудня 2015 р. № 928-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/928-19>

<sup>8</sup> Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи : Закон України від 28 грудня 2014 р. № 71-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/71-19>

<sup>9</sup> Про внесення змін до Бюджетного кодексу України щодо реформи між бюджетних відносин : Закон України від 28 грудня 2014 р. № 79-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/79-19>

<sup>10</sup> Місцеве самоврядування в країнах Скандинавії та Балтії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://decentralization.gov.ua/pics/attachments/Misceve-samovryaduvannya-v-krayinah-Skandiinaviyi-ta-Baltiyyi.pdf>

#### Резюме

**Чернадчук Т. О., Сокоренко Н. В. Аналіз правових засад фінансування бюджетів об'єднаних територіальних громад в умовах децентралізації.**

У статті здійснено спробу проаналізувати стан процесу реформування місцевого самоврядування, що проводиться в Україні; перспектив створення об'єднаних територіальних громад; на підставі аналізу вітчизняного та зарубіжного досвіду виявити переваги й недоліки фінансування бюджетів об'єднаних територіальних громад.

**Ключові слова:** децентралізація, місцеве самоврядування, об'єднані територіальні громади, бюджет.

## Резюме

**Чернадчук Т. А., Сокоренко Н. В. Анализ правовых основ финансирования бюджетов объединенных территориальных общин в условиях децентрализации.**

В статье предпринята попытка проанализировать состояние процесса реформирования местного самоуправления, который осуществляется в Украине; перспектив создания объединенных территориальных общин; на основании анализа отечественного и зарубежного опыта выявить преимущества и недостатки финансирования бюджетов объединенных территориальных общин.

**Ключевые слова:** децентрализация, местное самоуправление, объединенные территориальные общины, бюджет.

## Summary

**Chernadchuk T., Sokorenko N. Analysis of the Legal Principles of Funding the Budgets of Associated Local Communities in Terms of Decentralization.**

The article analyses the state of local government reform process conducted in Ukraine; the prospects for the development of associated local communities; the authors reveal the advantages and disadvantages of funding the budgets of associated local communities based on the analysis of domestic and international experience.

**Key words:** decentralization, local government, associated local communities, budget.

УДК 342.9: 342.8

## О. В. ШИНКАРУК, І. І. СПІВАКОВ

*Олександра Василівна Шинкарук, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету біоресурсів і природокористування України*

*Ілля Ігорович Співаков, здобувач кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету біоресурсів і природокористування України*

## ДЕРЖАВНИЙ КОНТРОЛЬ ЯК ФОРМА ЗАХИСТУ ВИБОРЧИХ ВІДНОСИН

Проблематика контролю є однією із фундаментальних в адміністративному праві, тому дослідженню його феномена присвячено чимало наукових праць. Питання контролю прямо чи опосередковано були предметом наукових досліджень представників різних галузевих юридичних наук, але найбільший внесок у розробку зазначеної проблематики здійснили дослідники адміністративного права. Проте наявність численних наукових напрацювань не вказує на те, що проблема знайшла своє вирішення, навпаки, це свідчить про складність контролю як соціального явища, підкреслює його багатогранність, мінливість і залежність від розвитку економічних, політичних та правових реалій часу. Щодо дослідження контролю у сфері виборчих відносин, то більшість наукових робіт присвячена питанням конституційного контролю за виборчим процесом з боку громадськості та міжнародного співтовариства, однак проблематиці державного контролю уваги приділялось значно менше. Все це вказує на актуальність та необхідність проведення подальшого наукового дослідження державного контролю як однієї із провідних форм захисту виборчих відносин.

Питання окремих напрямів дослідження правового регулювання виборчих відносин вивчали такі науковці, як В. Авер'янов, С. Алексєєв, М. Афанасьєв, Д. Бахрах, Ю. Битяк, Н. Богданова, Ю. Веденєєв, А. Венгеров, В. Гаращук, Ю. Дмитрієв, Є. Додін, М. Мельник, В. Погорілко, С. Рябов, А. Селіванов, С. Серьогін, В. Співак, М. Ставнійчук, Т. Стешенко, В. Тацій, О. Тодика, Є. Тихонов, О. Фрицький, Ю. Хромова, Ю. Шемшученко та ін.

**Метою** статті є дослідження та обґрунтування державного контролю як форми захисту виборчих відносин в Україні.

У юридичній науковій літературі контроль розглядають як функцію управління або функцію державних органів. На думку науковців, контроль у державному управлінні – це функція держави та усіх без винятку суб'єктів управління, що реалізується ними під час перевірки дотримання (виконання) об'єктами контролю встановлених вимог (правил, норм), сукупність заходів із виявлення, запобігання та припинення дій (бездіяльності), що суперечить таким вимогам, під час яких суб'єкт контролю наділений правом втручання у професійну (господарську, виробничу) діяльність підконтрольного об'єкта шляхом його підміни, заміни або тимчасового відсторонення від виконання службових обов'язків, відміни або припинення дії його рішення, притягнення останнього до відповідальності<sup>1</sup>. Великий енциклопедичний юридичний словник державний контроль визначає як одну із основних функцій державних органів. Так, сутність державного контролю



полягає в отриманні достовірної і об'єктивної інформації про фактичний стан справ на підконтрольному об'єкті, про стан виконання законів і державних дисциплін, про хід виконання відповідних рішень та рекомендацій, вжиття оперативних заходів щодо запобігання, виявлення й припинення дій, що суперечать встановленим державою нормам<sup>2</sup>.

Звертаємо увагу, що вказівка на інформаційну складову зустрічається майже в усіх наукових роботах, присвячених розкриттю змісту контролю. Наприклад, О. Андрійко також звертала увагу, що контроль є важливим засобом отримання інформації про суспільство в цілому та окремі соціальні процеси, які відбуваються в державі, але на відміну від Ю. Шемшученка вчена робить акцент на важливості контролю у питаннях забезпечення чіткості й доцільності роботи органів влади та управління, які є організаторами діяльності людей, зайнятих у різних сферах суспільного життя<sup>3</sup>, розкриваючи тим самим «контроль» через діяльність владних інституцій.

Х. Шнейдер наголошував, що державному управлінню, як і будь-якому іншому процесові управління, властива інформаційна природа і воно являє собою процес прийняття, перетворення, зберігання, використання та передачі інформації. Управління, у якій би сфері воно не здійснювалось, повинно обов'язково супроводжуватись контролем, оскільки останній є інформаційною основою управлінських процесів<sup>4</sup>.

Із наведеного вище можна зробити висновок, що в основі будь-якого контролю, в тому числі й контролю у виборчій царині, завжди лежить отримання інформації. Саме отримання інформації виступає первинною та невід'ємною частиною (стадією) контролю як управлінської діяльності. Володіння інформацією надає змогу вчасно виявити слабкі місця правового регулювання, зреагувати на порушення режиму законності, знайти найбільш доцільні та раціональні рішення з питань подальшого розвитку різних сфер, і навпаки, відсутність поінформованості про стан справ на підконтрольному об'єкті взагалі не дає змоги приступити до реалізації наступних етапів контрольної діяльності або робить їх неефективними.

За сучасних умов демократизації державного управління контроль все більше перетворюється із засобу покарання на інформаційно-аналітичну діяльність, а розвиток контролю в управлінні все більше стає зорієнтованим на пошук новітніх механізмів отримання інформації про стан керованого об'єкта, який є сприятливим для обох сторін контрольних взаємовідносин. Але інформаційною складовою контроль не закінчується. Функція контролю у державному управлінні також полягає в аналізі та зіставленні фактичного стану в тій чи іншій галузі з вимогами, які поставлені перед ними, відхиленнями у розв'язанні поставлених завдань та причинах цих відхилень, а також оцінкою діяльності й доцільності саме такого шляху. Саме така специфічність призначення контролю і дає змогу виділити його серед інших функцій управління<sup>5</sup>.

Контроль виступає невід'ємною частиною як державного управління взагалі, так і управління виборчих відносин зокрема. Він обов'язково повинен мати місце і у царині виборчих відносин. Звертаємо увагу, що оскільки кінцева мета контролю збігається з тими цілями, які передбачає правове й організаційне регулювання діяльності, поведінки і стандартів, які покликані захистити особистість, суспільство й державу від різних негативних наслідків через ту чи іншу діяльність, забезпечити їх безпеку, законні інтереси, права і свободи суб'єктів суспільних відносин<sup>6</sup>, можливо стверджувати, що контроль може розумітись не лише як форма управління, управлінська діяльність або стадія управління, а одночасно розглядатись як одна із провідних форм адміністративного захисту. Адже кінцева мета контролю, незалежно від площини правовідносин, в якому він реалізується, полягає у збереженні та захисті режиму законності й дисципліни, який неможливо досягти без забезпечення належного рівня захисту реалізації законних прав, свобод та інтересів громадян.

У площині виборчих відносин державний контроль володіє усіма ознаками, притаманними контролю загальному, але у зв'язку із специфічністю самих завдань, що впливають із призначення виборів як соціального інституту, контроль характеризується і власними особливостями. Першою і найбільш значущою з яких, на нашу думку, виступає політичний відтінок, що супроводжує державний контроль на всіх етапах виборчого процесу. Саме політичний характер виборів і є основною причиною застосування спеціалізованого підходу до державного контролю у виборчій царині. Однією з головних цілей адміністративно-правового регулювання виборчих відносин виступає забезпечення максимального обмеження впливу політичних еліт на хід проведення виборів завдяки впровадженню принципів незалежності та неупередженості органів державного управління виборчим процесом. Реалізація відповідних засад управління виборчим процесом значним чином впливає на побудову усєї системи контролю за ходом виборів.

Розглядаючи систему державних органів, що здійснюють контроль у царині виборчих відносин, слід звернути увагу, що головним контролюючим органом, до обов'язків якого законодавцем віднесено реалізацію основного комплексу контрольних повноважень, спрямованих на забезпечення режиму законності й дисципліни під час проведення виборів, виступає колегіальний державний орган – Центральна виборча комісія. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про Центральну виборчу комісію» до загальних повноважень Центральної виборчої комісії віднесено здійснення контролю за діяльністю та консультативно-методичне забезпечення виборчих комісій, які утворюються для організації підготовки та проведення виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів та комісій з місцевих референдумів. Центральна виборча комісія має й інші контрольні повноваження.

У межах територіального виборчого округу контроль за дотриманням і однаковим застосуванням виборчого законодавства дільничними виборчими комісіями та їх членами, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, ЗМІ, політичними партіями та офіційними спостерігачами та

іншими учасниками виборчого процесу здійснюється окружними (територіальними) виборчими комісіями. На даному рівні контроль також здійснюється у багатьох напрямках, від спостереження за належним забезпеченням дільничних виборчих комісій приміщеннями, транспортом, засобами зв'язку органами виконавчої влади та місцевого самоврядування до окремих аспектів фінансування виборчого процесу. Найнижчою контролюючою ланкою у системі, побудованою ЦВК, виступають дільничні виборчі комісії. До їх повноважень віднесено лише здійснення контролю за неухильним додержанням законодавчо встановленого порядку підрахунку голосів. Цікавим є те, що підрахунком голосів займаються саме вони (дільничні комісії), тому можна стверджувати, що ми маємо ситуацію, коли дільничні комісії контролюють саме себе, а відтак і дієвість цього контролю є доволі сумнівною.

Окрім Центральної виборчої комісії контроль за проведенням виборів здійснюється й іншими органами. Так, Президент України будучи главою держави, гарантом її державного суверенітету, територіальної цілісності, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина володіє досить вагомими контрольними повноваженнями для забезпечення додержання законності у державі, державному управлінні. Його повноваження поширюються на всі гілки влади, а видані акти є обов'язковими для виконання на всій території України. Своїми указами та розпорядженнями Президент координує виконання органами публічної адміністрації, їх посадовими та службовими особами загальних програм щодо забезпечення реалізації конституційних прав громадян брати участь в управлінні справами в державі.

Виступаючи вищим органом виконавчої гілки влади, Кабінет Міністрів України здійснює загальнодержавний контроль у всіх напрямках, незалежно від відомчої приналежності підконтрольних об'єктів, а отже, і у виборчих правовідносинах. Відповідно до Закону України «Про Кабінет Міністрів України» до основних завдань уряду належить вжиття заходів щодо забезпечення прав і свобод людини та громадянина, а аналіз законодавчих актів, які визначають статус і повноваження Кабміну дає підстави стверджувати, що основні контрольні повноваження уряду зводяться лише до сфери фінансування виборів та організаційних аспектів, які Кабмін реалізує шляхом прийняття відповідних постанов і розпоряджень.

Вагоме місце під час здійснення контрольної діяльності за виборчими відносинами посідає Національне антикорупційне бюро України, що є державним правоохоронним органом, на який покладається попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень, віднесених до його підслідності, а також запобігання вчиненню нових (ст. 1)<sup>7</sup>. Важливо зазначити, що фактично Національне антикорупційне бюро виступає єдиним органом (окрім суду), який здійснює контроль за Центральною виборчою комісією та створених нею територіальних комісій.

Окрім державних органів, що здійснюють загальний контроль за виборчими відносинами, у вітчизняній правовій моделі з контролю за виборчим процесом діє чимала кількість спеціалізованих контролюючих органів, діяльність яких спрямована на звужене коло відносин. Яскравим прикладом такого вузькоспеціалізованого контролю виступає фінансовий контроль. Він здійснюється Рахунковою Палатою України, Державним казначейством України, Міністерством фінансів України та іншими органами владних повноважень. Широкий спектр повноважень із здійснення фінансового контролю володіє і Центральна виборча комісія.

Окрім фінансового контролю необхідно також звернути увагу на чималий комплекс засобів, що здійснюються щодо спостереження за інформаційною складовою виборів. Наприклад, Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення здійснює нагляд за дотриманням ліцензіатами визначеного законодавством порядку мовлення під час проведення виборчих кампаній та референдумів, інформування Центральної виборчої комісії, відповідних територіальних виборчих комісій, Національної ради про виявлені порушення (п. 7 ст. 11). Після проведення виборів та референдумів Національна рада оприлюднює звіт про дотримання телерадіоорганізаціями визначеного законодавством порядку мовлення під час проведення виборчих кампаній та референдумів (п. 4 ст. 16)<sup>8</sup>.

Важливу роль у системі органів, що володіють контрольними повноваженнями щодо належного забезпечення виборчого процесу відіграють органи внутрішніх справ. Так, під час проведення виборів службовці Національної поліції, надаючи поліцейські послуги, передбачені ст. 2 Закону України «Про національну поліцію», також реалізують контрольну функцію держави з управління виборчим процесом, а саме: 1) забезпечення публічної безпеки і порядку; 2) охорона прав і свобод людини, а також інтересів суспільства і держави; 3) протидія злочинності; 4) надання в межах, визначених законом, послуг з допомоги особам, які з особистих, економічних, соціальних причин або внаслідок надзвичайних ситуацій потребують такої допомоги<sup>9</sup>.

Парламентський контроль у сфері виборчих відносин здійснюється Верховною Радою шляхом прийняття законодавчих актів, які визначають напрями діяльності всіх органів держави, її структур та інститутів<sup>10</sup>, забезпечують проведення обраного політичного курсу та окреслюють напрями діяльності уряду. Крім здійснення законотворчої діяльності Верховна Рада України також реалізує контрольні функції і через спеціально створені органи – комітети, тимчасові спеціальні, ревізійні та (або) слідчі комісії. Важливо підкреслити, що спеціальний комітет з питань виборчих відносин в Україні не створено. Це зумовлено реалізацією принципу недопустимості здійснення контролю політичними інституціями, до яких належить Верховна Рада України, проте деякі аспекти виборчих відносин охоплюються предметами видання Комітету з питань запобігання і протидії корупції, Комітету з питань інформатизації та зв'язку, Комітету з питань свободи слова та інформаційної політики, Комітету з питань прав людини, національних меншин і міжнародних відносин та інших під час виконання ними основних функцій. Право на здійснення парламентського контролю можуть використовувати і окремі депутати.

Судовий контроль за виборами здійснюється адміністративними судами. Кодексом про адміністративне судочинство передбачено цілу низку особливих проваджень, пов'язаних із проведенням виборів, а саме: провадження у справах щодо оскарження рішень, дій або бездіяльності виборчих комісій, комісій з референдуму, членів цих комісій (ст. 172); провадження у справах щодо оскарження рішень, дій або бездіяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, засобів масової інформації, інформаційних агентств, підприємств, установ, організацій, їхніх посадових та службових осіб, творчих працівників засобів масової інформації та інформаційних агентств, які порушують законодавство про вибори та референдум (ст. 174); провадження у справах, пов'язаних із виборами Президента України (ст. 176) тощо. Згідно зі ст. 177 КАС України суд, установивши порушення законодавства про вибори чи референдум, визначає у рішенні спосіб захисту порушених прав та інтересів, а також порядок усунення усіх наслідків цих порушень відповідно до закону або приймає інше передбачене законом рішення. У разі виявлення порушень, що можуть бути підставою для притягнення до відповідальності не за правилами цього Кодексу, суд постановляє окрему ухвалу з повідомленням про наявність таких порушень і надсилає її до органів чи осіб, уповноважених вжити у зв'язку з цим заходів, встановлених законом<sup>11</sup>. Судовий контроль за ходом виборів має чималу кількість особливостей порівняно із загальним судовим контролем, що мають прояв у прискореному строку розгляду відповідної категорії справ, призначення чергових судів під час проведення виборчої кампанії, особливому складі учасників виборчого процесу, обранні суддями спеціальних способів відновлення порушених прав, інтересів та ін.

На нашу думку, саме судовий контроль є найбільш ефективною контрольною формою захисту виборчих прав громадян. Незалежна, найбільш обмежена від політичних процесів в країні судова гілка влади здатна ефективно в найкоротший термін поновити порушені виборчі права громадян – запоруку успішного управління виборчим процесом демократичної правової держави. На жаль, на сьогоднішній день вітчизняне законодавство, яке регулює порядок розгляду судами виборчих справ, не є досконалим, все ще залишається чималою кількістю колізій і протиріч, правових актів рівної юридичної сили, які регулюють одне й те саме питання по-іншому. І хоча за останні роки було проведено величезну роботу з їх усунення шляхом внесення чималої кількості правок до законів, прийняттям рішень КСУ, постанов Пленумів Вищого адміністративного суду України та Верховного Суду України, питання не втратило актуальності і, як ми вважаємо, не втратить його доти, доки не буде прийнято Виборчий кодекс України.

Окремо слід згадати Конституційний Суд України, який здійснює контроль за виборчим процесом шляхом перевірки законодавчих актів, які регулюють виборчі відносини, на предмет відповідності Конституції України.

З вищеведеного можна зробити висновок, що державний контроль за виборчим процесом проходить за чималою кількістю особливостей порівняно із загальним контролем, що здійснюється за додержанням законності у різноманітних сферах суспільних відносин. Зосередження переважної частини у механізмі контрольних повноважень в руках виборчих комісій різних рівнів, які, до того ж, є основними органами-виконавцями щодо забезпечення доступу громадян до реалізації наданих, виступають органами зі спеціальним статусом, створює ситуацію, за якою увесь контроль за виборчим процесом фактично узурпується єдиною інституцією. Це викликає занепокоєння. Хоча Центральна виборча комісія і не входить до вертикалі виконавчої гілки влади, а являє собою спеціально створений для регулювання виборів незалежний орган, нібито обмежений від політичного тиску, з нашої точки зору, виборчі комісії не повинні володіти таким широким спектром контролюючих повноважень. Вважаємо, що частина з них повинна бути передана територіальній громаді, що дасть змогу більш повно, всебічно та незалежно забезпечити контроль за ходом виборів.

Звертаємо увагу, що органи місцевого самоврядування практично зовсім не мають повноважень з контролю за виборами (не враховуючи ту їх незначну складову, що опосередковано торкаються виборчих відносин під час виконання ними основних функцій)<sup>12</sup>. У цьому аспекті вважаємо за доцільне погодитись із думкою О. Чернецької, яка констатує потребу в створенні відповідних механізмів, що дозволили б територіальній громаді здійснювати контроль за діяльністю своїх представників. Відповідну пропозицію вчена аргументує тим, що депутат місцевої ради є представником територіальної громади і зобов'язаний виражати і захищати інтереси територіальної громади, виконувати доручення в межах своїх повноважень<sup>13</sup>.

Окрім вищевказаного, пропонуємо підвищувати роль адміністративних судів як основних захисників прав і свобод громадян. Зокрема, першочергово необхідно привести у відповідність механізм: 1) своєчасного призначення чергових судів в адміністративних судах під час виборів; 2) забезпечення належного прийому судами позовів, апеляційних скарг та інших документів; 3) неухильного дотримання суддями строків розгляду виборчих спорів; 4) швидкого та неупередженого виконання судових рішень.

<sup>11</sup> Музичук О. М. Поняття та особливості контролю і державного управління / О. М. Музичук // Наше право. – 2011. – № 2. – Ч. 1. – С. 50.

<sup>12</sup> Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К. : Видавництво «Юридична думка», 2007. – С. 173.

<sup>13</sup> Виконавча влада і адміністративне право / за ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Видавничий Дім «Ін-Юре», 2002. – С. 430.

<sup>14</sup> Шнейдер Х. Х. Контроль в советском государственном управлении. (По материалам Эстонской ССР) : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук / Х. Х. Шнейдер. – Тарту: Тарт. гос. ун-т, 1974. – 107 с.

<sup>15</sup> Державне управління в Україні : навч. посіб. / за заг. ред. д-ра юрид. наук, професора В. Б. Авер'янова. 1999. – 432 с.



<sup>6</sup> Гуляев А. П. Контролирующие органы и организации России / А. П. Гуляев. – М. : МАЭП, 2000. – С. 7.

<sup>7</sup> Про Національне антикорупційне бюро України : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2014. – № 47. – Ст. 2051.

<sup>8</sup> Про Національну раду України з питань телебачення і радіомовлення : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1997. – № 48. – Ст. 296.

<sup>9</sup> Про Національну поліцію : Закон України від 2 липня 2015 р. № 580-VIII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2015. – № 40–41. – Ст. 379.

<sup>10</sup> Майданник О. О. Теоретичні проблеми контрольної функції парламенту України: дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02 / Олена Олександрівна Майданник. – К., 2006. – С. 268.

<sup>11</sup> Кодекс адміністративного судочинства України: Кодекс України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2005. – № 35–36. – Ст. 446.

<sup>12</sup> Хортюк О. В. (Шинкарук). Цивільно-правова охорона ділової репутації юридичної особи : моногр. / О. В. Хортюк (Шинкарук). – Чернівці : ЧНУ, 2012. – 200 с.

<sup>13</sup> Чернецька О. В. Конституційно-правовий статус депутатів місцевих рад в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / О. В. Чернецька; Київ. нац. ун-т внутр. справ. – К., 2006. – С. 5.

#### Резюме

##### **Шинкарук О. В., Співаков І. І. Державний контроль як форма захисту виборчих відносин.**

Стаття присвячена дослідженню виборчих відносин в Україні. Здійснюється аналіз державного контролю як форми захисту виборчих відносин; розглядається система державних органів, що здійснюють контроль у царині виборчих відносин; обґрунтовується підвищення ролі адміністративних судів як основних захисників прав і свобод громадян.

**Ключові слова:** правовідносини, виборчі відносини, електоральні відносини, контроль, державний контроль, суб'єкти виборчих відносин, адміністративно-правове регулювання.

#### Резюме

##### **Шинкарук А. В., Співаков И. И. Государственный контроль как форма защиты избирательных отношений.**

Статья посвящена исследованию избирательных отношений в Украине, осуществляется анализ государственного контроля как формы защиты избирательных отношений; рассматривается система государственных органов, осуществляющих контроль в области избирательных отношений; обосновывается роль административных судов как основных защитников прав и свобод граждан.

**Ключевые слова:** правоотношения, избирательные отношения, электоральные отношения, контроль, государственный контроль, субъекты избирательных отношений, административно-правовое регулирование.

#### Summary

##### **Shynkaruk O., Spivakov I. State control as form of electoral relations protection.**

Electoral relations in Ukraine have been investigated; state control as form of electoral relations protection has been analyzed; system of public authorities controlling the area of electoral relations has been examined; increasing role of administrative courts as main defenders of human rights and citizens' freedom has been justified in the article.

**Key words:** legal relationship, election relations, electoral relations, control, government control, subjects of electoral relations, administrative and legal regulation.

УДК:342.9: 349.41

**Г. А. МАЙДАНЕВИЧ**

*Григорій Анатолійович Майданевич, здобувач  
Національного університету біоресурсів і природо-  
докористування України*

## **ОСОБЛИВОСТІ ПІДСТАВ АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ТА ОХОРОНИ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ**

Україна є державою з надзвичайно потужним природо-ресурсним потенціалом, багатою на широкий ряд корисних копалин, лісів, водних ресурсів тощо. Проте внаслідок зневажливого, переважно споживачького ставлення до природної екосистеми з боку як фізичних, так і юридичних осіб ми змушені констатувати, що сьогодні становить природної екосистеми в Україні набуває загрозового характеру, що може призвести до техногенної катастрофи. Незаконне видобування бурштину в Рівненській області, нелегальні копанки на Донбасі, знищення лісових насаджень в Закарпатті... На жаль, цей список можна продовжувати ще численним рядом ганебних явищ, що наразі відбуваються в суспільстві. Окремо слід вказати, що знищення або пошкодження природних ресурсів має глобальний характер, шкода від якого завдається не лише Україні, а й



сусідам. Природа, а відповідно і природні ресурси «не ділиться адміністративними кордонами, а отже не можна розділяти її на окремі ділянки або частини»<sup>1</sup>. Зважаючи на це, дослідження проблеми попередження, припинення та покарання за правопорушення виходить на якісно новий рівень актуальності. Особливим чином це стосується адміністративно-деліктних відносин та власне порушення правил використання та охорони природних ресурсів в Україні. Адже адміністративні заходи є найбільш швидкими, простими для застосування, а отже – і ефективними заходами реагування.

Окремим чином актуалізує питання вивчення підстав адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів «Концепція адміністративної реформи», що передбачає необхідність у суттєвому покращенні законодавчого регулювання механізму позасудового захисту прав і свобод громадян. Вивчення підстав виникнення даних відносин допоможе краще зрозуміти їх сутність і фактори, що їх викликають. Завдяки цьому з'явиться можливість вдосконалення не лише адміністративних заходів впливу, а й заходів попередження вчинення адміністративних проступків, що неодмінно позначиться на зменшенні їх кількості.

Окремі аспекти адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів здійснювалися такими вченими, як: С. Балабан, В. Денисенко, В. Єрмоленко, Е. Зінь, В. Коваленко, В. Колпаков, В. Курило, С. Петков, С. Подлінув, М. Самбор, О. Стукаленко, О. Харитонova, О. Шем'яков, Є. Шульга, М. Шиленко та інші. Проте предметом їх досліджень був не комплексний аналіз деліктних відносин у сфері природокористування, а окремі види правопорушень та їх підстави.

**Мета статті** – на основі теоретичних напрацювань та аналізу масиву нормативно-правових актів у сфері використання й охорони природних ресурсів охарактеризувати підстави виникнення адміністративно-деліктних відносин.

Загальновідомо, що в теорії права під поняттям «адміністративний делікт у сфері використання та охорони природних ресурсів» прийнято розуміти протиправну, винну (умисну або необережну) дію чи діяльність, яка посягає на встановлений порядок охорони та використання всіх існуючих вичерпних компонентів навколишнього середовища, основним призначенням яких з матеріальної точки зору є забезпечення необхідними благами суспільство через безпосередню розумову та фізичну діяльність конкретних людей, задіяних в їх використанні. Тоді як адміністративно-деліктні відносини у сфері використання та охорони природних ресурсів – це врегульовані нормами адміністративного права суспільні відносини, які виникають, змінюються або припиняються під час посягання на встановлений порядок охорони та використання всіх існуючих вичерпних компонентів навколишнього середовища, основне призначення яких з матеріальної точки зору – це забезпечення необхідними благами суспільства через безпосередню розумову та фізичну діяльність конкретних людей, задіяних в їх використанні.

Досліджуючи підстави виникнення адміністративно-деліктних відносин в аналізованій сфері, на нашу думку, слід ознайомитись із доктринальними та теоретичними напрацюваннями в контексті визначення сутності категорій «підстава відповідальності», «підстава адміністративної відповідальності», «підстава адміністративно-деліктних відносин».

Досліджуючи теоретико-правові засади підстав адміністративної відповідальності, А. Гуржій стверджує, що всебічний розгляд проблематики адміністративної відповідальності неможливий без визначення її підстав як «...головного чинника об'єктивізації адміністративної відповідальності»<sup>2</sup> та «необхідної умови прикладного застосування адміністративних санкцій»<sup>3</sup>. Будучи «відправною точкою» правозастосовного процесу, підстави відповідальності відіграють провідну роль в об'єктивізації адміністративно-деліктних відносин. Їх наявність активує адміністративно-деліктну норму, приводить у дію механізм її застосування. Одночасно вони виступають критерієм кваліфікації адміністративних деліктів (відсутність підстав адміністративної відповідальності свідчить про відсутність у діянні ознак адміністративного проступку) та засобом їх відмежування від інших правопорушень: кримінальних, цивільних, дисциплінарних тощо. Проблема підстав адміністративної відповідальності безпосередньо пов'язана зі встановленням обсягу застосування заходів адміністративного стягнення, забезпеченням законності при притягненні до відповідальності, дотриманням прав і свобод громадян. Важливість їхнього визначення зумовлена нагальними потребами правозастосовної практики, ефективність якої прямо залежить від того, наскільки правильно й доцільно застосовується кожна адміністративно-деліктна норма<sup>4</sup>.

Тобто, підстави адміністративної відповідальності слугують для активізації адміністративно-деліктної норми, яка, у свою чергу, реалізує своє законодавче покликання.

На жаль, попри власне наукове та практичне значення питання підстав адміністративної відповідальності досі є невирішеним у законодавчому полі. На відміну від Кримінального кодексу України, який містить розгорнуте визначення підстав кримінальної відповідальності, Кодекс України про адміністративні правопорушення (як і інші акти вітчизняного законодавства) не дозволяє чітко ідентифікувати даний адміністративно-правовий феномен. Імплицитне уявлення про нього можна сформулювати хіба що на основі ст. 7 КУпАП, згідно з якою «ніхто не може бути підданий заходу впливу в зв'язку з адміністративним правопорушенням інакше як на підставах і в порядку, встановлених законом». Однак, вочевидь, таке уявлення буде усученим і неповним. У наведеному положенні розкрито юридичну природу підстав адміністративної відповідальності, але не визначено їхню сутність. Іншими словами, законодавець не вказує, що саме слід розуміти під підставами адміністративної відповідальності, – він лише констатує обов'язковість їхнього законодавчого закріплення<sup>5</sup>.

Таким чином, можна спостерігати суспільну необхідність у законодавчому закріпленні підстав адміністративної відповідальності (в тому числі й у сфері використання та охорони природних ресурсів) з метою забезпечення законності при притягненні до відповідальності та дотриманні прав і свобод громадян.

Звернемо увагу, що адміністративні правовідносини виникають, змінюються і припиняються за настання конкретних життєвих обставин, які прийнято називати юридичними фактами. Однією з найбільш важливих їх властивостей є здатність зумовлювати настання правових наслідків<sup>6</sup>.

Загальна теорія держави та права констатує, що юридичні факти є необхідними умовами для виникнення правовідносин і характеризуються такими ознаками: знаходять свій вияв у зовнішніх обставинах або подіях матеріального світу і пов'язані з їх наявністю або відсутністю; прямо або опосередковано передбачені нормами права; викликають передбачені законом юридичні наслідки<sup>7</sup>.

Таким чином, підставами виникнення адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів є конкретні юридичні факти, які породжують наслідки, передбачені в адміністративно-деліктній нормі.

Говорячи про підстави виникнення адміністративно-деліктних правовідносин, слід акцентувати увагу на такому: що стосується неправомірних дій (правопорушень, деліктів), як юридичних фактів, то вони можуть бути тільки такими, що створюють правовідносини, у деяких випадках – такими, що змінюють їх, або такими, що перешкоджають виникненню правовідносин, але ніколи не бувають такими, що припиняють правовідносини, або такими, що поновлюють права і обов'язки. При цьому, якщо зобов'язаний суб'єкт порушить вимогу вести себе певним чином, то замість регулятивних правовідносин виникають правовідносини охоронні (регулятивні правовідносини трансформуються в охоронні), підставою чого є припис норми права та вчинення адміністративного делікту. Але йтиметься вже не про реалізацію правил адміністративно-правових регулятивних норм, якими були визначені вимоги до поведінки зобов'язаного суб'єкта, а про реалізацію положень охоронних адміністративно-правових норм, які передбачають встановлення нових прав та обов'язків унаслідок адміністративного делікту, відображаючи, таким чином, трансформацію регулятивних (управлінських) адміністративно-правових відносин в охоронні (адміністративно-деліктні)<sup>8</sup>. Виходячи з таких міркувань, провадження у справах про адміністративні проступки (у КУпАП – адміністративні правопорушення) становлять ядро адміністративно-деліктних правовідносин<sup>9</sup>.

Отже, підставою виникнення адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів є припис адміністративно-деліктної норми та процедура її активізації, яка, у свою чергу, реалізовує своє законодавче покликання (тобто, безпосереднє вчинення адміністративного делікту, що посягає на встановлений порядок охорони та використання всіх існуючих вичерпних компонентів навколишнього середовища, основне призначення яких з матеріальної точки зору – це забезпечення необхідними благами суспільства через безпосередню розумову та фізичну діяльність конкретних людей, задіяних в їх використанні).

Звернемо увагу, що підставою для виникнення адміністративно-деліктного відношення виступають не будь-які юридичні факти, а лише ті, які є результатом волевиявлення особи, котра винно вчинила дію або бездіяльність, що знайшло свій вираз у порушенні вимог норми права, що передбачає адміністративну відповідальність, а також делікти правозастосування<sup>10</sup>.

Тобто, підставою виникнення адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів буде тільки той делікт, в основі якого знаходиться волевиявлення особи, котра винно вчинила дію або бездіяльність, що виразилися у порушенні вимог норми права.

На наше переконання, порушенням правил використання та охорони природних ресурсів є вчинення особою будь-якого адміністративного делікту в цій сфері, який за своєю суттю здатний потурати техногенним змінам довкілля та бути перепорою для отримання необхідних благ суспільством.

На думку В. Книш, всі адміністративні правопорушення в галузі охорони навколишнього природного середовища та використання природних ресурсів можна класифікувати залежно від об'єкта посягання на земельні, надрові, водні, лісові та рослинні, атмосферні правопорушення, правопорушення проти тваринного світу. До адміністративних земельних правопорушень належать: псування і забруднення сільськогосподарських та інших земель (ст. 52 КУпАП); порушення правил використання земель (ст. 53 КУпАП), самовільне зайняття земельної ділянки (ст. 531 КУпАП); приховування або перекручування земельного кадастру (ст. 532 КУпАП); несвоєчасне повернення тимчасово займаних земель або неприведення їх у стан, придатний для використання за призначенням (ст. 54 КУпАП) тощо. Надрові правопорушення охоплюють порушення вимог щодо охорони надр (ст. 57 КУпАП); порушення правил і вимог проведення робіт з геологічного вивчення надр (ст. 58 КУпАП). Водні правопорушення включають порушення правил охорони водних ресурсів (ст. 59 КУпАП); порушення вимог щодо охорони територіальних і внутрішніх морських вод від забруднення і засмічення (ст. 591 КУпАП); порушення правил водокористування (ст. 60 КУпАП) тощо. До адміністративних лісових та рослинних правопорушень належать: порушення встановленого порядку використання лісосічного фонду, заготівлі і вивезення деревини, заготівлі живиці (ст. 64 КУпАП); незаконна порубка, пошкодження та знищення лісових культур і молодняка (ст. 65 КУпАП); самовільне випалювання сухої рослинності або її залишків (ст. 771 КУпАП); порушення законодавства про захист рослин (ст. 831 КУпАП) тощо. Правопорушення, що посягають на тваринний світ – це порушення правил використання об'єктів тваринного світу (ст. 85 КУпАП); виготовлення та збут заборонених знарядь добування об'єктів тваринного або рослинного світу (ст. 851 КУпАП); порушення правил китобійного промислу (ст. 86 КУпАП) тощо. До адміністративних атмосферних правопорушень можна віднести порушення порядку здійснення викиду забруд-

нюючих речовин в атмосферу або вплив на неї фізичних та біологічних факторів (ст. 78 КУпАП); порушення порядку здійснення діяльності спрямованої на штучні зміни стану атмосфери і атмосферних явищ (ст. 781 КУпАП); недодержання вимог щодо охорони атмосферного повітря при введенні в експлуатацію і експлуатації підприємств і споруд (ст. 79 КУпАП) тощо<sup>11</sup>.

На нашу думку, окрім класифікації порушень правил використання та охорони природних ресурсів за об'єктом доцільно здійснити їх розподіл за критерієм рівня потурання техногенним змінам довкілля, ступенем блокування отримання необхідних благ суспільством та окремо виділити такий критерій класифікації, як делікти, що порушують процедурні аспекти режимних правил у цій сфері за формою вини.

За першим критерієм адміністративні делікти в сфері використання та охорони всіх існуючих вичерпних компонентів навколишнього середовища, основне призначення яких з матеріальної точки зору є забезпечення необхідними благами суспільство через безпосередню розумову та фізичну діяльність конкретних людей, задіяних в їх використанні, слід розподілити на:

1) ті, що явно потурають техногенним змінам довкілля (наприклад, псування і забруднення сільськогосподарських та інших земель (ст. 52 КУпАП); порушення правил використання земель (ст. 53 КУпАП), порушення правил водокористування (ст. 60 КУпАП); порушення порядку здійснення викиду забруднюючих речовин в атмосферу або вплив на неї фізичних та біологічних факторів (ст. 78 КУпАП); порушення правил використання об'єктів тваринного світу (ст. 85 КУпАП); та інші);

2) ті, що опосередковано потурають техногенним змінам довкілля, але не виключають такого діяння в майбутньому (наприклад, недодержання вимог щодо охорони атмосферного повітря при введенні в експлуатацію і експлуатації підприємств і споруд (ст. 79 КУпАП); виготовлення та збут заборонених знарядь добування об'єктів тваринного або рослинного світу (ст. 851 КУпАП); незаконна порубка, пошкодження та знищення лісових культур і молодняка (ст. 65 КУпАП); порушення вимог щодо охорони територіальних і внутрішніх морських вод від забруднення і засмічення (ст. 591 КУпАП) тощо).

За ступенем блокування отримання необхідних благ суспільством адміністративні делікти в сфері використання та охорони природних ресурсів слід розподілити на групи залежно від об'єкта, якому завдається шкода. Відповідно, такими групами є посягання на блокування отримання земельних, надрових, водних, лісових і рослинних, атмосферних благ та благ пов'язаних з тваринним світом.

Делікти, що порушують процедурні аспекти режимних правил у сфері використання та охорони всіх існуючих вичерпних компонентів навколишнього середовища, основним призначенням яких з матеріальної точки зору є забезпечення необхідними благами суспільство через безпосередню розумову та фізичну діяльність конкретних людей, задіяних в їх використанні за формою вини, слід поділити на: 1) ті, що здійснюються особою умисно, з метою задоволення власного корисного мотиву (самовільне зайняття земельної ділянки, приховування або перекручування земельного кадастру); 2) ті, що здійснюються особою з необережності під впливом різноманітних життєвих факторів (порушення вимог пожежної безпеки в лісах, пошкодження сінокосів і пасовищних угідь на землях державного лісового фонду); 3) ті, що можуть вчинятись як умисно для задоволення власного корисного мотиву, так і з необережності під впливом різноманітних життєвих факторів (порушення правил китобійного промислу, недодержання вимог щодо охорони атмосферного повітря при введенні в експлуатацію і експлуатації підприємств та споруд, порушення правил і вимог проведення робіт з геологічного вивчення надр).

Підставу для виникнення адміністративно-деліктних відносин, які за своєю суттю здатні потурати техногенним змінам довкілля та бути перепорою для отримання необхідних благ суспільством, тобто порушують правила використання та охорони природних ресурсів, слід шукати в гіпотезі конкретної адміністративно-деліктної норми. Даний аналіз свідчить про необхідність в гіпотезі даних норм зазначення форми вини правопорушника для забезпечення законності при притягненні до відповідальності та дотриманні прав і свобод громадян.

Щоб виступати підставою юридичної відповідальності, правопорушення повинно бути належним чином виявлено і зафіксовано. Вказану функцію здійснюють уповноважені державні органи і посадові особи<sup>12</sup>.

Виявлення порушення передбачає прийняття певного комплексу управлінських рішень. На Державну екологічну інспекцію покладено обов'язки з ведення цілеспрямованої діяльності у галузі контролю над дотриманням екологічного законодавства, реагування на його порушення та збору доказової бази для притягнення винних у скоєнні правопорушення до відповідальності. Але на певному етапі своєї діяльності екологічна інспекція виконує дії (збір первинної доказової бази, їх оцінка, прийняття рішення щодо притягнення особи до відповідальності), тотожні діяльності органу дізнання в ОВС, і навіть дублює їх<sup>13</sup>. З огляду на це, існує нагальна потреба в чіткому їх законодавчому розподілі.

У результаті проведеного дослідження можна зробити такі висновки:

– підставою виникнення адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів є припис адміністративно-деліктної норми та процедура її активізації, тобто, безпосереднє вчинення адміністративного делікту, який посягає на встановлений порядок охорони й використання всіх існуючих вичерпних компонентів навколишнього середовища, основне призначення яких – забезпечення необхідними благами суспільства;

– порушення правил використання та охорони природних ресурсів є вчинення особою будь-якого адміністративного делікту в даній сфері, який за своєю суттю здатний потурати техногенним змінам довкілля та бути перепорою для отримання необхідних благ суспільством;



– порушення правил використання та охорони природних ресурсів слід класифікувати за об'єктом, за критерієм рівня попурання техногенним змінам довкілля; за ступенем блокування отримання необхідних благ суспільством; за формою вини, що стосується деліктів, які порушують процедурні аспекти режимних правил у сфері використання та охорони природних ресурсів;

– встановлено важливість виявлення та фіксації правопорушення як підстави адміністративно-деліктних відносин.

<sup>1</sup> Шульга С. В. Міжнародно-правова охорона навколишнього середовища від впливу військових конфліктів: проблеми ефективності / С. В. Шульга // Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». – 2017. – № 1 (1). – С. 64. – (Серія «Юридичні науки»).

<sup>2</sup> Возиянов А. А. Понятие и основания административной ответственности / А. А. Возиянов // Человек и право. – 2010. – № 12. – С. 115.

<sup>3</sup> Стадниченко Р. В. К вопросу об основаниях административной ответственности / Р. В. Стадниченко // Вестник Омск. ун-та. – 2005. – № 2. – С. 24. – (Серия «Право»).

<sup>4</sup> Гуржій А. В. Теоретико-правові засади визначення підстав адміністративної відповідальності / А. В. Гуржій // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2011. – № 3. – С. 122.

<sup>5</sup> Там само.

<sup>6</sup> Адміністративне право України. Юридичні факти, що породжують, змінюють та припиняють адміністративно-правові відносини IGROUPTAMSITE. – 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://sites.google.com/site/igrouptamsite/administrativne-pravo-ukraeni/uridicni-fakti-so-porodzuut-zminuut-ta-privinaut-administrativno-pravovi-vidnosini>

<sup>7</sup> Цвік М. В. Загальна теорія держави і права : [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закладів освіти] / М. В. Цвік // Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х. : Право, 2002. – С. 140.

<sup>8</sup> Харитонов О. І. Адміністративно-правові відносини: концептуальні засади та правова природа : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.07 / Олена Іванівна Харитоновна. – Одеса, 2004. – С. 123.

<sup>9</sup> Муза О. В. Виникнення і розвиток адміністративно-деліктних правовідносин / О. В. Муза // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2014. – № 1. – С. 51.

<sup>10</sup> Денисенко В. В. Теорія адміністративно-деліктних отношений : дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.014 / Виктор Васильевич Денисенко. – СПб., 2002. – С. 34–36.

<sup>11</sup> Книш В. І. Особливості адміністративної відповідальності за вчинення правопорушень у галузі охорони навколишнього природного середовища та раціонального використання природних ресурсів / В. І. Книш // Право і Безпека. – 2011. – № 1. – С. 68.

<sup>12</sup> Хортюк О. В. (Шинкарук). Цивільно-правова охорона ділової репутації юридичної особи : моногр. / О. В. Хортюк (Шинкарук). – Чернівці : ЧНУ, 2012. – 200 с.

<sup>13</sup> Зуєв В. А. Правове регулювання реалізації екологічного управління в Україні та шляхи його вдосконалення / В. А. Зуєв // Управління у сфері охорони довкілля та природокористування в Україні: проблеми та шляхи їх вирішення [Текст]. – К. : ВЕГО «МАМА 86», 2003. – С. 82.

## Резюме

**Майданевич Г. А. Особливості підстав адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів.**

У статті здійснюється аналіз підстав виникнення адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів крізь призму таких правових категорій, як: «підстава відповідальності», «підстава адміністративної відповідальності», «підстава адміністративно-деліктних відносин». У процесі дослідження здійснюється спроба кваліфікації порушення правил використання та охорони природних ресурсів.

**Ключові слова:** адміністративний проступок, адміністративний делікт, адміністративна відповідальність, адміністративно-деліктні відносини, використання та охорона природних ресурсів.

## Резюме

**Майданевич Г. А. Особенности оснований административно-деликтных отношений в сфере использования и охраны природных ресурсов.**

В статье осуществляется анализ оснований возникновения административно-деликтных отношений в сфере использования и охраны природных ресурсов через призму таких правовых категорий, как: «основание ответственности», «основание административной ответственности», «основание административно-деликтных отношений». В процессе исследования осуществляется попытка квалификации нарушения правил использования и охраны природных ресурсов.

**Ключевые слова:** административный проступок, административный деликт, административная ответственность, административно-деликтные отношения, использование и охрана природных ресурсов.

## Summary

**Maidanevych H. Peculiarities of emergence of administrative and delictual relationship in the area of exploitation and protection of environmental resources.**

This article analyses the grounds for the administrative and tort relations in the sphere of use and protection of natural resources through the prism of legal categories such as «basis of liability», «basis of administrative responsibility», «the basis of the administrative-tortious relations». In the research process there is an attempt of the qualification of violations of the rules of use and protection of natural resources.

**Key words:** administrative misconduct, administrative offence, administrative responsibility, administrative and tort relations, use and protection of natural resources.



**Н. М. ПАВЛЮК**

*Наталія Михайлівна Павлюк, аспірант Навчально-наукового інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка»*

## **СКЛАДОВІ ЕЛЕМЕНТИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ ЯК СУБ'ЄКТА ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ**

Становлення правової держави і формування громадянського суспільства в Україні потребує перетворення Національної поліції України на важливого суб'єкта протидії проступкам у сфері власності.

Адміністративно-правовий статус Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності повинен і надалі удосконалюватися. Потребує удосконалення адміністративно-правове регулювання реалізації їхньої компетенції, підвищення ефективності управління різними підрозділами цього правоохоронного органу, усунення роз'єднаності й дублювання в роботі, удосконалення відомчого регулювання їхньої діяльності.

Удосконалення адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності неможливе без теоретичного осмислення його дефініції та складових елементів цієї категорії.

З'ясування елементів адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності було предметом наукових досліджень В. М. Корельського, І. О. Личенко, М. І. Мотузова та інших.

**Мета статті** полягає в дослідженні складових елементів адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності.

Термін «статус» є відображенням становища, певного стану<sup>1</sup>. Цей термін є похідним від латинського слова *status* та означає стан, становище громадянина чи юридичної особи<sup>2</sup>. Деякі автори зазначають, що правовий статус є універсальною категорією, що відбиває особливості правовідносин держави, суспільства, особи, індивідуальні особливості суб'єктів і реальне становище їх у системі багатоманітних суспільних відносин<sup>3</sup>.

Похідним від цієї категорії є адміністративно-правовий статус як поняття, що характеризує місце суб'єкта в системі суспільного розподілу праці, визначає межі діяльності щодо інших суб'єктів правовідносин, врегульованих адміністративно-правовими нормами<sup>4</sup>.

Цілком слушною є думка, що говорячи про адміністративно-правовий статус Національної поліції, необхідно враховувати специфіку адміністративно-правового статусу його як державного органу<sup>5</sup>. Адміністративно-правовий статус Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності – це сукупність адміністративно-правових характеристик цього суб'єкта публічної влади, що визначають його взаємозв'язок із суспільством та державою, зміст його прав, обов'язків, компетенції щодо протидії порушенню права власності, особливості реалізації адміністративно-правових засобів протидії посяганням на права власників, гарантії його функціонування.

Адміністративно-правовий статус Національної поліції як колективного суб'єкта адміністративного права пов'язаний з управлінською діяльністю цієї державної організації, реалізацією нею завдань та функцій держави, можливістю прийняття управлінських рішень та застосування заходів адміністративного примусу від імені держави.

Категорія адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності має специфічні ознаки: 1) відображає його взаємозв'язок із суспільством та державою, його специфіку як колективного суб'єкта адміністративного права; 2) обумовлена змістом компетенції, державно-владних повноважень Національної поліції України щодо забезпечення реалізації права володіти, користуватися та розпоряджатися майном, попередження та припинення посягань у сфері власності, відновлення порушених прав та притягнення до адміністративної відповідальності за правопорушення у цій сфері; 3) зумовлена специфікою нормативно-правового закріплення функцій, організаційної структури цього суб'єкта публічної влади, джерел фінансування, відповідальності та іншими особливостями взаємозв'язку з державою та її апаратом; 4) формується зважаючи на потреби власників та соціально-правові ризики щодо можливих порушень їхніх прав володіти, користуватися та розпоряджатися майном.

З огляду на зазначене, безперечно, адміністративно-правовий статус Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності має всі ознаки складної, збірної категорії, яка може бути представлена через сукупність елементів, що є специфічними адміністративно-правовими характеристиками цього суб'єкта публічної влади.

Структура адміністративно-правового статусу Національної поліції як суб'єкта захисту права власності включає в себе такі обов'язкові елементи: компетенцію, адміністративну правосуб'єктність та гарантії реалізації повноважень.

Саме компетенція є тим елементом адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта адміністративно-правового захисту права власності, що перетворює систему юридично закріплених, обумовлених підвідомчістю та визначених функціональним призначенням адміністративних прав і обов'язків цього органу держави на мотивовану здатність їх реалізовувати, яка ґрунтується на знаннях, досвіді її працівників, закріплених у законодавстві правових приписах і усталених у суспільстві етичних, соціальних цінностях, забезпечену можливістю застосування заходів юридичної відповідальності.

Компетенція є важливою характеристикою Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності. Вона охоплює повноваження щодо забезпечення правових можливостей власників володіти, користуватися та розпоряджатися майном, попередження й припинення незаконних посягань на права власників та інші права і обов'язки, відображає предмет відання цього суб'єкта публічної влади.

Наступним важливим елементом адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності є її адміністративна правосуб'єктність. Адміністративна правосуб'єктність характеризує здатність суб'єктів бути носіями суб'єктивних прав та юридичних обов'язків<sup>6</sup>. Отже, вона характеризує Національну поліцію України як носія прав та обов'язків щодо захисту правових можливостей у сфері власності.

Слід погодитися, що особливостями такої правосуб'єктності є: а) зовнішня відокремленість, яка характеризується наявністю системотворчих ознак; б) персоніфікація в суспільних відносинах управлінського типу, тобто виступ у вигляді єдиної особи – персони; в) здатність виражати і здійснювати або персоніфіковану волю у відносинах із публічно-владними інституціями, або волю публічно-владних інституцій у процесі адміністративно-правового регулювання суспільних відносин<sup>7</sup>. Важливою ознакою правосуб'єктності Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності є наявність організаційної структури, встановленого порядку формування, ліквідації, структури управлінської та правоохоронної діяльності, що дають змогу бути їй носієм державно-владних повноважень.

Наявність чіткої ієрархічної системи органів внутрішніх справ в особі Міністерства внутрішніх справ України, головних управлінь Національної поліції України, відділів, відділень поліції, Департаменту патрульної поліції Національної поліції України, підрозділів патрульної служби Департаменту патрульної поліції Національної поліції України, Департаменту поліції охорони та його структурних підрозділів є важливою запорукою ефективної правоохоронної діяльності, пов'язаної із захистом права власності в Україні.

Реалізується адміністративна правосуб'єктність через адміністративну правоздатність та дієздатність цього суб'єкта публічного управління. Як зазначала І. О. Іерусалімова, адміністративна правоздатність робить більш визначеним місце суб'єкта в будь-якій сфері адміністративно-правових відносин<sup>8</sup>. Адміністративна правоздатність Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності конкретизує правовий статус цього суб'єкта публічного управління, відображає можливість володіти комплексом повноважень щодо протидії порушенню права власності, захисту правових можливостей володіти, користуватися та розпоряджатися майном.

Дієздатність пов'язана з визнанням державою за фізичними і юридичними особами можливості в межах, наданих законами, самостійно реалізовувати свої права та обов'язки<sup>9</sup>. Дієздатність Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності проявляється через гарантовану державою юридичну можливість реалізовувати надані повноваження щодо протидії порушенню права власності, захисту правових можливостей володіти, користуватися та розпоряджатися майном, інші повноваження у сфері публічного управління та правоохоронній сфері з метою попередження, припинення незаконних посягань на право власності.

Ще одним елементом адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності є адміністративно-правові гарантії забезпечення реалізації повноважень цього органу публічного управління.

Вони є інструментами, спрямованими на практичну реалізацію адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності, унеможливають виникнення перешкод у процесі реалізації їхніх повноважень.

Зміст правових гарантій розкривається за допомогою сукупності норм права, правозастосовної діяльності, яка на них ґрунтується, та індивідуальних юридичних актів, якими ця діяльність фіксується<sup>10</sup>. Як слушно зазначає І. О. Личенко, адміністративно-правові гарантії у сфері власності проявляються через зміст адміністративно-правових норм, за допомогою яких здійснюються охорона та захист прав, свобод та законних інтересів громадян у сфері власності, а також систему способів та засобів організаційно-процедурного характеру<sup>11</sup>.

Адміністративно-правові гарантії забезпечення реалізації повноважень Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності є запорукою формування в державі адміністративних правовідносин, пов'язаних з реалізацією засобів захисту права власності. У цьому випадку норми права, правозастосовна діяльність та індивідуальні юридичні акти набувають значення таких гарантій<sup>12</sup>. Діяльність Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності гарантується Законом України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 р. № 580-VIII, який формує зміст загальних гарантій функціонування цього держав-

ного органу. Важливими для практичної реалізації адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності є норми постанови Кабінету Міністрів України «Питання функціонування органів поліції охорони як територіальних органів Національної поліції та ліквідації деяких територіальних органів Міністерства внутрішніх справ» від 13 жовтня 2015 р. № 834, постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Національну поліцію» від 28 жовтня 2015 р. № 877, наказу Національної поліції України Про затвердження Положення про Департамент патрульної поліції від 6 листопада 2015 р. № 73, наказу МВС «Про затвердження Інструкції з оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення в органах поліції» від 6 листопада 2015 р. № 1376 та багатьох інших нормативно-правових актів.

Зміст адміністративно-правового регулювання стосується порядку функціонування й реалізації державно-владних повноважень щодо захисту права власності, можливості застосування заходів попередження, припинення адміністративних правопорушень у сфері власності, адміністративного примусу з цією метою, права видавати загальнообов'язкові індивідуальні юридичні акти у цій сфері, здійснювати взаємодію з іншими органами влади та громадськістю щодо захисту права власності.

Отже, структура адміністративно-правового статусу Національної поліції як суб'єкта захисту права власності включає в себе такі обов'язкові елементи: компетенцію, адміністративну правосуб'єктність та гарантії реалізації повноважень.

Поліція має здійснювати превентивну, профілактичну діяльність, спрямовану на запобігання вчиненню правопорушень у сфері власності, виявляти причини та умови, що сприяють їхньому вчиненню; вживати заходів з метою виявлення адміністративних правопорушень у сфері власності; припиняти виявлені проступки, вживати заходів, спрямованих на усунення загроз, що виникли внаслідок учинення адміністративного правопорушення, здійснювати провадження у справах про адміністративні правопорушення, приймати рішення про застосування адміністративних стягнень та забезпечення їх виконання; доставляти у випадках і порядку, визначених законом, затриманих осіб, підозрюваних у вчиненні правопорушення, а також здійснювати охорону об'єктів права державної власності у випадках та порядку, визначених законом та іншими нормативно-правовими актами, брати участь у здійсненні державної охорони; а на договірних засадах – охорони фізичних осіб та об'єктів права приватної й комунальної власності.

Удосконалення адміністративно-правової основи правового статусу Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності та пошук шляхів підвищення ефективності правозахисної діяльності цього новоствореного органу влади пов'язаний з використанням іноземного досвіду та потребою глибокого аналізу результатів його діяльності.

<sup>1</sup> Словник української мови : в 11 т. / за ред.: І. К. Білодід та ін. – К. : Наукова думка, 1970–1980. – Т. 9, 1978. – С. 405.

<sup>2</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. – Ірпінь : ВТФ «Перун», 2003. – С. 1023.

<sup>3</sup> Корельский В. М. Теория государства и права / В. М. Корельский, В. Д. Первалова. – М. : НОРМА-ИНФА, 2002. – С. 549.

<sup>4</sup> Шестаков С. В. Адміністративно-правовий статус працівника міліції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / С. В. Шестаков / Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2003. – С. 14.

<sup>5</sup> Фелик В. І. Особливості адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта профілактичної діяльності / В. І. Фелик // Вісник ХНУВС. – 2016. – № 3 (74). – С. 183.

<sup>6</sup> Личенко І. О. Захист законних інтересів громадян України у сфері власності: адміністративно-правове дослідження : моногр. / І. О. Личенко. – Л. : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2014. – С. 153.

<sup>7</sup> Державне управління проблеми адміністративно-правової теорії та практики / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Факт, 2003. – С. 112–113.

<sup>8</sup> Іерусалімова І. О. Адміністративно-правове забезпечення прав і свобод людини та громадянина : навч. посіб. / І. О. Іерусалімова, І. О. Іерусалімов, П. М. Павлик, Ж. В. Удовенко. – К. : Знання, 2007. – С. 5.

<sup>9</sup> Остапенко О. І. Суб'єкти, уповноважені розглядати справи про адміністративні правопорушення : навч. посіб. / О. І. Остапенко. – Л., 2009. – С. 65.

<sup>10</sup> Рабинович П. М. Упрочение законности – закономерность социализма. Вопросы теории и методологии исследования / П. М. Рабинович. – Л. : Вища шк. Изд-во при Львов. ун-те, 1975. – С. 237.

<sup>11</sup> Личенко І. О. Захист законних інтересів громадян України у сфері власності: адміністративно-правове дослідження : моногр. / І. О. Личенко. – Л. : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2014. – С. 168.

<sup>12</sup> Рудинский Ф. М. Гарантии конституционной свободы совести и атеистическое воспитание / Ф. М. Рудинский // Советское государство и право. – 1983. – № 7. – С. 41.

## Резюме

**Павлюк Н. М. Складові елементи адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності.**

Проаналізовано складові елементи адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності. Встановлено, що удосконалення адміністративно-правового статусу Національної поліції України як суб'єкта захисту права власності неможливе без теоретичного осмислення його дефініції та складових елементів цієї категорії. Доведено, що елементами адміністративно-правового статусу Національної поліції як суб'єкта захисту права власності є: компетенція, адміністративна правосуб'єктність та гарантії реалізації повноважень.

**Ключові слова:** Національна поліція, статус Національної поліції, право власності, адміністративно-правовий захист права власності.

#### Резюме

**Павлюк Н. М. Составляющие элементы административно-правового статуса Национальной полиции Украины как субъекта защиты права собственности.**

Проанализированы составляющие элементы административно-правового статуса Национальной полиции Украины как субъекта защиты права собственности. Установлено, что совершенствование административно-правового статуса Национальной полиции Украины как субъекта защиты права собственности невозможно без теоретического осмысления его дефиниции и составляющих элементов этой категории. Доказано, что элементами административно-правового статуса Национальной полиции как субъекта защиты права собственности являются: компетенция, административная правосубъектность и гарантии реализации полномочий.

**Ключевые слова:** Национальная полиция, статус Национальной полиции, право собственности, административно-правовая защита права собственности.

#### Summary

**Pavliuk N. Administrative and legal status of Ukraine National Police as a subject of property rights protection.**

Components of administrative and legal status of the National Police of Ukraine as a subject of property rights protection were analyzed. It is proved that improvement of administrative and legal status of the National Police of Ukraine as a subject of protection of property rights is impossible without theoretical understanding of its definition and elements of this category. It is believed that components of administrative and legal status of the National Police of Ukraine as a subject of property rights protection are the following: competence, administrative and legal entity and authority implementing guarantee.

**Key words:** National Police, National Police status, law of ownership, administrative – and legal property rights protection.

УДК 342.9

#### Є. К. ПАНИОТОВ

*Євгеній Костянтинівич Паніотів, перший заступник начальника Департаменту Інтерполу та Європолу Національної поліції України, аспірант Міжнародного економіко-гуманітарного університету імені академіка Степана Дем'янчука*

### АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ВІДНОСИНИ В ДІЯЛЬНОСТІ НАЦІОНАЛЬНОГО ЦЕНТРАЛЬНОГО БЮРО ІНТЕРПОЛУ

Національне центральне бюро Інтерполу (далі – НЦБ Інтерполу або НЦБ) – це орган, який має специфічне коло завдань і функцій. Відповідно коло суб'єктів, з якими НЦБ Інтерполу взаємодіє, є достатньо широким, а компетенція цього підрозділу охоплює різні сфери адміністративно-правового регулювання.

Тому для дослідження адміністративно-правових засад діяльності НЦБ Інтерполу ключовим є розгляд саме адміністративно-правових відносин, які виникають за участю цього органу.

У науковій літературі питанням теоретичного визначення адміністративно-правових відносин, а також їх класифікації приділяли увагу багато українських, радянських та іноземних вчених, зокрема Л. Р. Біла-Тіунова, Ю. П. Битяк, З. С. Гладун, Н. В. Дараганова, В. І. Загуменник, Л. В. Єрофєєнко, С. В. Ківалов, А. П. Ключишниченко, М. В. Коваль, В. К. Колпаков, А. П. Коренева, К. М. Костовська, О. В. Кузьменко, М. О. Мацелик, Т. О. Мацелик, Ю. С. Назар, В. В. Новіков, В. В. Проценко, Н. І. Романів, О. П. Савчук, Л. П. Самофалов, В. П. Столбовий, Л. І. Сопільник, В. Д. Сущенко, В. К. Шкарупа, Л. Г. Чистоклетов, О. М. Якуба та ін.

Зокрема, адміністративно-правові відносини визначаються як: суспільні відносини, що урегульовані нормами адміністративного права, учасники яких наділені суб'єктивними правами та юридичними обов'язками в сфері діяльності публічної адміністрації<sup>1</sup>; суспільні відносини, врегульовані нормами адміністративного права, суб'єкти яких наділені правами і обов'язками у сфері забезпечення органами виконавчої влади і органами місцевого самоврядування реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, а також у процесі публічного (державного і самоврядного) управління в сферах соціально-економічного й адміністративно-політичного розвитку та охорони громадського порядку<sup>2</sup>; передбачені нормами адміністративного права суспільні відносини, що виникають у процесі виконавчо-розпорядчої діяльності та адміністрування, в яких сторони виступають як носії певних прав і обов'язків<sup>3</sup> тощо.

С. В. Ківалов та Л. Р. Біла особливостями адміністративних правовідносин визначають те, що обов'язковою стороною в них є державний орган або його посадова особа і те, що права і обов'язки сторін цих відносин пов'язані з діяльністю органів державного управління<sup>4</sup>.



Досить ґрунтовно особливості адміністративно-правових відносин розкривають В. К. Шкарупа, М. В. Коваль, О. П. Савчук, Л. П. Самофалов, М. О. Мацелик. Ці автори, зокрема, зазначають, що одним із проявів адміністративно-правових відносин є те, що вони досить часто можуть виникати у сферах, регулювання яких належить до предмета інших правових галузей<sup>5</sup>.

Щодо класифікації адміністративно-правових відносин, то слід зазначити, що в наукових джерелах серед вчених існують як спільні точки зору з указанного питання, так і мають місце різні підходи та критерії щодо класифікації. Наприклад, З. С. Гладун класифікує адміністративно-правові відносини: за цільовим призначенням – такі, що виникають при реалізації позитивних завдань державного управління та пов'язані з вчиненням правопорушень (деліктів) у процесі здійснення завдань управлінської діяльності; за засобом захисту – такі, що захищаються в адміністративному порядку та такі, що захищаються в судовому порядку; за об'єктом регулювання; за конкретним змістом; за суб'єктом управління; за характером зв'язків (або взаємодії суб'єктів) – вертикальні (коли одна із сторін підпорядкована іншій), горизонтальні (коли одна із сторін другій не підпорядкована) та діагональні (між вищими органами однієї галузі і об'єктами іншої галузі)<sup>6</sup>.

У свою чергу, специфіка адміністративно-правових відносин у діяльності НЦБ Інтерполу України визначається правовим статусом цього органу та змістом його основних завдань і функцій.

Відповідно до ст.ст. 5, 31–33 Статуту Міжнародної організації кримінальної поліції – Інтерпол<sup>7</sup> (далі – Інтерпол), національні центральні бюро – це органи Інтерполу, які забезпечують співробітництво та взаємодію правоохоронних органів своїх країн з відповідними органами інших держав та з Генеральним секретаріатом Інтерполу.

На нашу думку, з правової точки зору інститут НЦБ Інтерполу України доцільно розглядати в широкому й вузькому розуміннях. Після реформування МВС, у 2015 р. НЦБ Інтерполу увійшло у склад Національної поліції України. Так, відповідно до п. 2 розділу I Положення про Робочий апарат Укрбюро Інтерполу, затвердженого наказом Національної поліції України від 21 грудня 2015 р. № 193, «РА Укрбюро Інтерполу є структурним підрозділом апарату центрального органу управління поліції на правах департаменту, який забезпечує реалізацію повноважень Національної поліції України щодо представництва України в Міжнародній організації кримінальної поліції – Інтерполі..., а також повноважень НПУ як Національного центрального бюро Інтерполу (далі – НЦБ Інтерполу)...»<sup>8,9</sup>.

Відповідно до підпункту 32) п. 4 Положення про Національну поліцію, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2015 р. № 877, Національна поліція «здійснює представництво та забезпечує виконання зобов'язань України в Міжнародній організації кримінальної поліції – Інтерполі»<sup>10</sup>.

Тобто на сьогодні, на наш погляд, НЦБ Інтерполу в широкому розумінні – це Національна поліція як центральний орган виконавчої влади, у вузькому – структурний підрозділ апарату центрального органу управління поліцією.

У контексті адміністративного права НЦБ Інтерполу доцільно визначити як суб'єкт, що: на підставі адміністративно-правових норм забезпечує міжнародне співробітництво правоохоронних органів та є структурним підрозділом органу виконавчої влади України, зокрема Національної поліції України, на який покладені завдання й функції, що належать до сфери компетенції поліції згідно з Законом України «Про Національну поліцію»<sup>11</sup> та Положенням про Національну поліцію<sup>12</sup>.

Відповідно до запропонованого розуміння НЦБ Інтерполу як суб'єкта адміністративного права визначається і його правосуб'єктність – тобто права і обов'язки НЦБ Інтерполу як учасника адміністративно-правових відносин. У рамках зазначених правовідносин НЦБ Інтерполу фактично організовує міжнародне співробітництво правоохоронних органів України у сферах їх діяльності, зокрема досудового розслідування, оперативно-розшукової діяльності, криміналістичних питань, у питаннях міжнародної правової допомоги, видачі (екстрадиції) правопорушників, у питаннях інформаційно-телекомунікаційної взаємодії, зокрема отримання доступів до різного роду правоохоронних банків даних тощо. Разом із тим у діяльності НЦБ Інтерполу виникають правовідносини у сферах діяльності, у межах завдань і функцій Національної поліції України як центрального органу виконавчої влади України.

З урахуванням цього критеріями класифікації адміністративно-правових відносин у НЦБ Інтерполу є, на нашу думку, наступні:

*1. За галузевою діяльністю:*

а) у правоохоронній діяльності. Правоохоронне спрямування діяльності НЦБ Інтерполу відображено в завданнях, функціях, повноваженнях поліції, визначених у Законі України «Про Національну поліцію України» та Положенні про Національну поліцію, а також безпосередньо в Положенні про Робочий апарат Укрбюро Інтерполу;

б) у сфері державного управління. Правовідносини у сфері державного управління виникають у діяльності НЦБ Інтерполу в рамках виконання підрозділом завдань, функцій та повноважень, також визначених переліченими вище нормативними актами.

*За характером зв'язків (за характером взаємодії суб'єктів відносин):*

– *вертикальні* (відносини субординації) – це іншими словами субординаційні відносини, що виникають у діяльності НЦБ Інтерполу в рамках управлінської ієрархії в системі органів Національної поліції України або, можна сказати, у рамках владно-управлінської діяльності. Такі правовідносини, на нашу думку є двох видів.

Перше, це відносини з вищестоящими суб'єктами управління Національної поліції України. Такі правовідносини виражаються у виконанні НЦБ Інтерполу вказівок, доручень, наказів тощо Голови Національної

поліції України, першого заступника, заступників Голови. Зокрема, згідно з п. 8 розділу I Положення про Робочий апарат Укрбюро Інтерполу, затвердженого наказом Національної поліції від 21 грудня 2015 р. № 193, РА Укрбюро Інтерполу у своїй діяльності підпорядковується Голові Національної поліції та його першому заступникові (заступникові) відповідно до розподілу обов'язків. Тобто, це вертикальні правовідносини в яких НЦБ Інтерполу виступає підпорядкованою стороною.

Друге, це відносини, в яких НЦБ Інтерполу виступає суб'єктом управління. Такі правовідносини виникають між НЦБ Інтерполу та відділами й секторами Укрбюро Інтерполу Головних управлінь Національної поліції в місті Києві та областях. Зокрема, згідно з підпунктом 34) п. 1 розділу III Положення про Робочий апарат Укрбюро Інтерполу, затвердженого наказом Національної поліції від 21 грудня 2015 р. № 193, однією з функцій РА Укрбюро Інтерполу визначено, що підрозділ координує діяльність підрозділів Укрбюро Інтерполу територіальних органів поліції. На практиці управлінський вплив НЦБ Інтерполу на його територіальні підрозділи, або, як визначено в Положенні, – координація, полягає у методичному та організаційному керівному впливі на їх діяльність, що здійснюється у формі вказівок, доручень, рекомендацій тощо.

Крім того, п. 13 розділу V цього ж Положення, присвяченого повноваженням начальника РА Укрбюро Інтерполу, передбачено, що начальник погоджує призначення на посаду та звільнення з посади начальників і працівників підрозділів Укрбюро Інтерполу відповідних територіальних органів НПУ. Тобто, управлінський вплив РА Укрбюро Інтерполу на територіальні підрозділи Укрбюро Інтерполу охоплює також і кадрову сферу;

– *горизонтальні* (відносини координації) – виникають у діяльності НЦБ Інтерполу з підрозділами центральних органів виконавчої влади, правовий статус та місце яких в організаційній структурі відповідних ЦОВВ є тотожним з правовим статусом і місцем НЦБ Інтерполу в організаційній структурі Національної поліції, тобто за відсутності відносин управління-підпорядкування. У рамках діяльності Національної поліції горизонтальні відносини виникають, наприклад, між РА Укрбюро Інтерполу та Департаментом карного розшуку, Департаментом протидії торгівлі людьми, Департаментом протидії наркозлочинності тощо. Також горизонтальними можна назвати відносини НЦБ Інтерполу зі структурними підрозділами Служби безпеки України, Адміністрації Держприкордонслужби, Державної фіскальної служби. Як типові приклади правовідносин НЦБ Інтерполу з відповідними підрозділами, що, на наш погляд, слід віднести до «горизонтальних», можна навести такі:

- правовідносини, що виникають під час організації міжнародного розшуку особи;
- правовідносини, що виникають під час організації перевірок інформації каналами Інтерполу.

Головне, на що ми хотіли б звернути увагу. Такі правовідносини:

1. Врегульовані адміністративно-правовими актами.
2. Виникають між не підпорядкованими одне одному суб'єктами – на партнерських засадах.
3. Стосуються питань міжнародного співробітництва у правоохоронній сфері.

Також до горизонтальних правовідносин, на наш погляд, доцільно віднести правовідносини, що виникають у НЦБ Інтерполу з територіальними підрозділами НЦБ Інтерполу Головних управлінь Національної поліції у частині, що стосується організації і координації міжнародного співробітництва правоохоронних органів України каналами Інтерполу.

Так, правовідносини між НЦБ Інтерполу та його територіальними підрозділами в рамках організації міжнародного співробітництва у правоохоронній сфері передбачають можливість взаємного надсилання обов'язкових для виконання запитів, наприклад, щодо опитування громадян, здійснення розшукових заходів, перевірок відомостей за електронними інформаційними обліками тощо. Важливою особливістю при цьому є, що територіальний підрозділ НЦБ Інтерполу безпосередньо вступає у правовідносини з територіальними підрозділами правоохоронних органів України, а НЦБ Інтерполу вступає у правовідносини з НЦБ Інтерполу інших країн, тобто отримують і надсилають запити, координують міжнародні правоохоронні операції, заходи тощо;

*діагональні* – у рамках співробітництва (обміну інформацією) зі структурними підрозділами інших правоохоронних органів України (СБУ, податкової міліції, прокуратури тощо) або центральних органів виконавчої влади (інших гілок), які є ієрархічно нижчими або вищими відносно НЦБ Інтерполу.

2. *За місцем здійснення (за направленістю):*

– зовнішні – правовідносини, які виникають між НЦБ, або НЦБ при виконанні повноважень Національної поліції України, або Національної поліції як НЦБ Інтерполу з іншими правоохоронними органами, центральними органами виконавчої влади;

– внутрішні – які виникають між посадовими особами в рамках структурних підрозділів НЦБ Інтерполу.

3. *За кількісним складом учасників:*

– двосторонні – відносини НЦБ з одним суб'єктом (наприклад, надання відповіді правоохоронному органу на запит щодо перевірки відомостей за електронними інформаційними банками даних);

– багатосторонні – відносини з декількома суб'єктами, наприклад, з декількома правоохоронними органами (підрозділами) України в рамках розслідування кримінального провадження, або декількох кримінальних проваджень щодо пов'язаних між собою фігурантів, або щодо заходів із здійснення розшуку особи тощо.

4. *За організаційно-правовим складом учасників:*

– адміністративно-правові відносини в діяльності НЦБ Інтерполу України можна розглядати як такі, що здійснюються:

– в межах одного центрального органу виконавчої влади, зокрема Національної поліції України – між підрозділами Національної поліції;

– між центральними органами виконавчої влади – між Національною поліцією України та іншими правоохоронними органами (СБУ, Генпрокуратура тощо) і центральними органами виконавчої влади (Мін'юст, МЗС тощо);

– з органами інших гілок влади (суди, Верховна Рада);

– дипломатичними представництвами України за кордоном;

– недержавними формуваннями;

– іншими юридичними та фізичними особами.

5. *За предметом правового регулювання (за галузевою залежністю / за особливістю змісту динамічних властивостей відносин)*: матеріальні – закріплюють адміністративно-правовий статус суб'єктів адміністративно-правових відносин у діяльності НЦБ Інтерполу, визначають їх компетенцію і повноваження, завдання і функції, права і обов'язки тощо.

6. *За характером дій зобов'язаного суб'єкта (за характером обов'язку)*:

– активні – НЦБ зобов'язане виконувати покладені на нього завдання і функції. Зокрема, реагувати згідно з законодавством на запити правоохоронних органів України щодо здійснення за кордоном перевірок у рамках кримінальних проваджень та оперативно-розшукових справ, на запити правоохоронних органів іноземних країн щодо вжиття відповідних заходів на території України, звернення Народних депутатів України, громадян тощо.

7. *За майновою належністю*: немайнові.

Підсумовуючи викладене можна зазначити, що сутність адміністративно-правових відносин у діяльності НЦБ Інтерполу України, а також особливості їх класифікації зумовлені специфічними правовим статусом та правосуб'єктністю цього органу. Зазначені відносини урегульовані адміністративно-правовими нормами, вони складаються під час зовнішньої та внутрішньоорганізаційної діяльності, охоплюють сферу державного управління, за предметом правового регулювання є матеріальними, за характером зв'язків – вертикальними, горизонтальними та діагональними, за кількісним складом учасників – двосторонніми й багатосторонніми, за характером обов'язку – активними, за майновою належністю – немайновими.

Таким чином, адміністративно-правові відносини у сфері функціонування НЦБ Інтерполу є суспільними відносинами, врегульованими нормами адміністративного права, що виникають між НЦБ Інтерполу та органами державної влади, іншими юридичними й фізичними особами, з приводу реалізації завдань правоохоронного характеру, пов'язаних з міжнародним співробітництвом.

<sup>1</sup> *Мацелик Т. О.* Адміністративне право України у структурно-логічних схемах (загальна частина): навчальн. посібн. / Т. О. Мацелик, М. В. Коваль, В. Р. Біла та ін. ; за заг. ред. к.ю.н., доцента Т. О. Мацелик. – Ірпінь: Вид-во Національного університету ДПС України, 2012. – 242 с. – С. 30.

<sup>2</sup> *Коломоєць Т. О.* Адміністративне право України. Академічний курс: підруч. / Т. О. Коломієць. – К.: Юрінком Інтер, 2011. – 576 с. – Бібліогр.: С. 559–574. – С. 43–44.

<sup>3</sup> *Сопільник Л. І.* Адміністративне право України (у схемах): навч. посіб. / Л. І. Сопільник, В. В. Новіков, Л. Г. Чистоклетов. – 2-ге вид., доп. та перероб. – Л.: Вид-во Львівської політехніки, 2012. – 234 с. – С. 37.

<sup>4</sup> *Ківалов С. В.* Адміністративне право України: навч.-метод. посіб. / С. В. Ківалов, Л. Р. Біла. – 4-е вид., перероб. і доп. – Одеса: Фенікс, 2008. – 388 с. – С. 30.

<sup>5</sup> *Шкарупа В. К.* Адміністративне право України: Конспект лекцій / В. К. Шкарупа, М. В. Коваль, О. П. Савчук та ін. – Ірпінь: Національна академія ДПС України, 2005. – 248 с. – С. 33–37.

<sup>6</sup> *Гладун З. С.* Адміністративне право України: навч. посіб. / З. С. Гладун. – Тернопіль: Карт-бланш, 2004. – 579 с. – С. 26–28.

<sup>7</sup> Устав Международной организации уголовной полиции Интерпола // Международное публичное право: сб. документов. – М.: БЕК, 1996. – Т. 2.

<sup>8</sup> Про затвердження Положення про Робочий апарат Укрбюро Інтерполу: наказ Національної поліції України від 21 грудня 2015 року № 193.

<sup>9</sup> На момент підготовки цієї статті в організаційно-штатній структурі Національної поліції НЦБ Інтерполу отримало назву Департамент Інтерполу та Європолу, проте Положення про цей департамент ще не затверджено. Тому автор посилається на чинне Положення про Робочий апарат Укрбюро Інтерполу.

<sup>10</sup> Положення про Національну поліцію, затвержене постановою Кабінету Міністрів України від 25 жовтня 2015 р. № 877 // Урядовий кур'єр. – 2015. – № 207.

<sup>11</sup> Про Національну поліцію: Закон України // Урядовий кур'єр. – 2015. – № 146.

<sup>12</sup> Положення про Національну поліцію, затвержене постановою Кабінету Міністрів України від 25 жовтня 2015 р. № 877 // Урядовий кур'єр. – 2015. – № 207.

## Резюме

**Паніотов Є. К.** Адміністративно-правові відносини в діяльності Національного центрального бюро Інтерполу.

У статті здійснюється огляд теоретичних досліджень українських вчених щодо поняття адміністративно-правових відносин. На основі зроблених висновків пропонуються визначення і класифікація адміністративно-правових відносин, що виникають у діяльності українського Національного центрального бюро Інтерполу.

**Ключові слова:** адміністративно-правові відносини, НЦБ Інтерполу, Національна поліція, міжнародне співробітництво.

#### Резюме

**Паниотів Є. К. Адміністративно-правові відносини в діяльності Національного центрального бюро Інтерпола.**

В статті здійснюється огляд теоретичних досліджень українських учених щодо поняття адміністративно-правових відносин. На основі зроблених ними висновків пропонується визначення та класифікація адміністративно-правових відносин, які виникають в діяльності українського Національного центрального бюро Інтерпола.

**Ключевые слова:** адміністративно-правові відносини, НЦБ Інтерпола, міжнародне співробітництво.

#### Summary

**Paniotov Y. Administrative legal relationships within activities of INTERPOL National Central Bureau.**

In this article there is review of theoretical researches of Ukrainian scientists regarding conception of the legal relationships regulated by administrative law. On the base of their conclusions the conception and classification of legal relations which take place in activities on Ukrainian INTERPOL National Central Bureau are proposed.

**Key words:** administrative legal relationships, NCB INTERPOL, international cooperation.



УДК 347.921.3

**М. П. КУРИЛО**

*Микола Петрович Курило, доктор юридичних наук, доцент, перший проректор Національного аграрного університету*

### **ЦИВІЛІСТИЧНИЙ ПРОЦЕС В УМОВАХ ПРОВЕДЕННЯ СУДОВО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ**

Уже стала хрестоматійною теза про незалежність та самостійність судової влади як невід'ємну ознаку (елемент) правової та демократичної держави. У всьому світі здійснення правосуддя є показником втілення принципу верховенства права, демократичних і правових цінностей сучасного суспільства. У цьому аспекті очевидним є високий ступінь відповідальності держави за формування судової системи, досягнення високого ступеня довіри суспільства до неї, забезпечення доступного та справедливого судового розгляду.

Протягом останнього десятиліття в Україні ми можемо спостерігати за безперервним пошуком ефективної моделі судової влади та правосуддя, конструкцій судочинства і його видів. Не буде помилкою вважати, що процеси реформування вітчизняної судової системи ще далекі від свого завершення, що змушує нас знову звертатися до напрацювань цивілістичної процесуальної думки і досвіду законодавчих реформ різних країн, які відобразили в певному сенсі шлях дослідження і обґрунтування належних форм судової діяльності.

Цікавим у руслі таких зауважень є проведення багатьох історичних паралелей. Епохальною сьогодні вбачається судова реформа середини XIX століття, метою якої було створення вперше в умовах самодержавства суду швидкого, правого і милостивого і яка дала знаменитий Статут цивільного судочинства, що випередив, за свідченням його сучасників, навіть розвинені європейські країни<sup>1</sup>. Видається, що вплив цього законодавчого акта і пам'ятки правової думки на становлення цивільної правової процедури в європейському контексті ще до кінця не осмислено і адекватно не оцінено<sup>2</sup>.

Проводячи історичну ретроспективу, не можна не звернути увагу і на Статут цивільного судочинства Австро-Угорщини 1895 року, який також залишив помітний слід в історії нашої державності. Складений на основі наукових поглядів тодішнього міністра юстиції Австро-Угорщини Франца Кляйна, цивільний процесуальний кодекс започаткував публічно-правове розуміння природи цивільного процесу. Постулати загальної «соціалізації» цивільного процесу були спрямовані на посилення ролі судді в керівництві процесом і можливості встановлення об'єктивної істини у справі, обмеження свавілля сторін<sup>3</sup>. Більш ніж столітній досвід функціонування австрійського ЦПК є яскравим прикладом розвитку інституціональності цивільного процесу. Не випадково, що і сьогодні ідеї Ф. Кляйна знаходять багатьох своїх послідовників<sup>4</sup>.

Не менш значущими видаються результати кодифікації радянського законодавства середини XX століття, які закріпили на тривалий час базиси активності суду і модель цивільного судочинства, що включала процедури позовного та безспірного провадження, а також визначила сферу судового захисту публічних прав громадян і форму адміністративної юстиції.

Як бачимо, розвиток правової думки був найбільш плідним та інтенсивним на стику (злам) епох або в період проведення повномасштабних кодифікацій. Видається, що така діалектика розвитку не виглядає випадковою. Цілі реформ обумовлюють необхідні прийоми, методи і засоби її досягнення. Важливість забезпечення кожному права на судовий захист незалежно від стану, розширення гласності та змагальності судового процесу, скорочення судових інстанцій, становлення інституту адвокатури дозволило відбутися судовій реформі минулого. Очевидно, що сьогодні судова влада, як і понад півтора століття тому, потребує кардинальних змін її структури, форм діяльності, критеріїв оцінки якості здійснення правосуддя, оновлення законодавства і нової судової практики. Крім того, знаковими для розуміння сучасного етапу розвитку судової системи є тенденції уніфікації судових процедур і правил, що мають глобальний контекст, гармонізація вітчизняного законодавства з правом ЄС, важливість самовизначення в такому зрізі національної доктрини і практики.

Перші кроки в цьому напрямку вже зроблені. Зміни Конституції України (щодо правосуддя) – основа подальшої модернізації законодавства і судової практики. Нагадаємо основні положення запропонованих змін.

Юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також інші справи. Законом може бути визначений обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору

Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України. Відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди. З метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди.

Основними засадами судочинства є: рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; забезпечення доведеності вини; змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості; підтримання публічного обвинувачення в суді прокурором; забезпечення обвинуваченому права на захист; гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами; розумні строки розгляду справи судом; забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення; обов'язковість судового рішення.

В Україні діє Вища рада правосуддя. Держава забезпечує виконання судового рішення у визначеному законом порядку. Контроль за виконанням судового рішення здійснює суд.

Здавалося б, новели, які розглядаються, спрямовані на вдосконалення практики функціонування національного правосуддя і вирішення накопичених проблем правозастосування. Проте, наскільки принциповими є запропоновані підходи і наскільки ефективні конституційні основи розвитку цивільного, а в більш широкому плані і всього цивілістичного процесу? Висловимо у зв'язку з цим декілька зауважень.

Очевидно, що будь-яке реформування, і судової системи зокрема, не може викликатися раптовими факторами. Йому передують певний період, протягом якого виявляються недоліки, які не дозволяють належним чином здійснювати правосуддя і свідчать про кризовий стан судової влади.

В Україні прийнята стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки.

Метою Стратегії є визначення пріоритетів реформування системи судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів задля практичної реалізації принципу верховенства права та забезпечення функціонування судової влади, що відповідає суспільним очікуванням щодо незалежного та справедливого суду, а також європейським цінностям та стандартам захисту прав людини.

Крім того, у ній зазначається, що серед першочергових реформ, які необхідно запровадити, особлива увага приділяється судовій реформі, метою якої є утвердження такого правопорядку, який ґрунтується на високому рівні правової культури в суспільстві, діяльності всіх суб'єктів суспільних відносин на засадах верховенства права та захисту прав і свобод людини, а в разі їх порушення – справедливого їх відновлення в розумні строки.

Як підкреслюють розробники цієї Стратегії, на сьогодні система правосуддя не виконує поставлених перед нею завдань на належному рівні. Основними чинниками такої ситуації є:

- 1) низький рівень правової культури та правової свідомості суспільства;
- 2) поширеність корупційних явищ у сфері правосуддя;
- 3) недосконалість кадрового планування в системі судової влади;
- 4) збереження факторів залежності суддів від виконавчої та законодавчої гілок влади, зокрема, наявність конституційних положень, які стримують посилення незалежності суддів;
- 5) абсолютизація принципу про поширення юрисдикції судів на всі правовідносини;
- 6) недосконалість процесуальних інструментів для захисту прав та інтересів осіб, у тому числі нерозвинена система альтернативних методів вирішення спорів;
- 7) недосконалість методик визначення оптимального кількісного складу суддів та чисельності працівників апаратів судів відповідно до навантаження;
- 8) непропорційне робоче навантаження на суддів і працівників апарату судів та відсутність механізмів оперативного вирівнювання навантаження на суддів, що знижує якість правосуддя;
- 9) недосконалість бюджетного планування і управління в системі судової влади та відсутність єдиних методологічних підходів у плануванні видатків судів;
- 10) недостатній рівень єдності та послідовності судової практики;
- 11) відсутність чи недостатній рівень використання можливостей сучасних інформаційних систем (електронне правосуддя);
- 12) низький рівень публічності сфери правосуддя та довіри до судової системи взагалі і до суддів зокрема.

Не применшуючи значення такої Стратегії для розвитку сфери судової юрисдикції, все ж зазначимо, що основна частина виявлених недоліків стосується питань судоустрою, порядку призначення суддів, фінансування судової системи і рівня її незалежності. Тим самим залишаються дещо осторонь проблеми власне судочинства, що відображають, насамперед, доступність і якість судових процедур, механізм забезпечення справедливості судового розгляду і низку інших важливих характеристик здійснення правосуддя.

Водночас, важливість глибокого аналізу всіх без винятку процесів, що відбуваються всередині судової системи, очевидна. Виявлення недоліків, які мають судочинний характер і властиві процесуальним інститутам, стадіям і правозастосовним циклам, так само як і факторів, що ускладнюють судовий захист, сприяє формуванню системного підходу до удосконалення законодавства та практики його застосування. У підсум-

ку, недоліки правового регулювання визначають шлях законодавчих реформ та їх завдання, вирішуючи які можна підвищити ефективність правової діяльності суду і осіб, які беруть участь у справі.

Залишаючи поза межами цього дослідження питання, що належать до сфери судоустрою, зупинимося на судочинному аспекті передбачуваних змін як можливій методологічній основі змін до процесуального законодавства.

На наш погляд, серед причин, які обумовлюють необхідність суттєвої модернізації законодавства, можна назвати такі:

- 1) висока вартість функціонування судової системи;
- 2) перевантаженість судової системи, зокрема, касаційної інстанції;
- 3) тривалість судових процесів;
- 4) нерациональність судових процедур;

5) відсутність належних процесуальних засобів, що дозволяють отримувати ефективний захист права, або навпаки, надмірне правове регулювання, яке за певних умов стає перешкодою до отримання захисту, або ускладнює його.

Показово, що в самій Стратегії реформування судоустрою та судочинства питання ефективності процесуальних форм вирішення правових спорів розглядаються під дещо іншим кутом зору. Дозволимо собі процитувати положення Стратегії в цій частині повністю. На думку авторів цього документа, ефективність правосуддя підвищиться внаслідок:

- перегляду структури судової системи України в цілому шляхом визначення чітких критеріїв та механізмів розмежування судових юрисдикцій адміністративних, господарських і загальних (цивільних і кримінальних) судів; оптимізації системи судів після детального аналізу розбіжностей і оцінки ризиків із належним урахуванням вимог щодо ефективності та справедливості;
- укрупнення окремих елементів системи на відповідних рівнях (зокрема, створення міжрайонних судів, укрупнення апеляційних округів);
- поступового впровадження та розширення застосування суду присяжних;
- підвищення ефективності управління кадровими ресурсами судів через оптимізацію кількості суддів у судах та адміністративних посад залежно від навантаження;
- посилення ролі судового збору як основного джерела фінансування судової системи; підвищення розміру ставок судового збору у майнових та інших спорах із одночасним забезпеченням належного рівня доступу до правосуддя; запровадження механізму визначення розміру судового збору залежно від суб'єкта звернення до суду та предмету позову, заяви чи скарги;
- уживання заходів із забезпечення професійної привабливості і престижності роботи в органах судової влади, у тому числі шляхом покращення їх матеріально-технічного забезпечення;
- забезпечення широкого використання інформаційних систем (ІС) для надання більшої кількості послуг «електронного правосуддя»; створення в судах інформаційних систем електронного менеджменту, зокрема введення повноцінних електронних систем, у тому числі системи електронного документообігу, та відстеження справ (до вищих інстанцій), електронних повідомлень, електронних викликів, електронного розгляду справ (у деяких випадках), електронних платежів, аудіо- та відеофіксації засідань, інформаційної системи внутрішньої бази даних, інформаційної системи законодавчої бази даних, удосконалення системи забезпечення рівного та неупередженого розподілу справ між суддями, зокрема, визначення судді та (або) складу колеги суддів на всіх стадіях судового провадження;
- поетапне впровадження інструментів «електронного правосуддя», що надасть можливість користувачам звертатися до суду, сплачувати судовий збір, брати участь у провадженнях та отримувати необхідну інформацію і документи через електронні засоби;
- запровадження механізмів забезпечення вирішення спорів і протидії зловживанням процесуальними правами шляхом накладання ефективних процесуальних обмежень на сторони за недотримання (без поважних причин) принципу «найкращих зусиль», ненадання або приховування доказів тощо;
- розширення способів альтернативного (позасудового) врегулювання спорів, зокрема, шляхом практичного впровадження інституту медіації і посередництва, розширення переліку категорій справ, які можуть вирішуватися третейськими суддями або розглядатися судами у спрощеному провадженні; запровадження ефективних процесуальних механізмів для попередження розгляду справ за відсутності спору між сторонами; вивчення доцільності введення мирових суддів;
- визначення категорій справ у кожній юрисдикції, у яких зменшується кількість стадій оскарження; зменшення навантаження на суди;
- розробка системи перегляду судових рішень та повторного перегляду справ за нововиявленими обставинами для забезпечення кращого доступу до правосуддя, сприяння єдності практики та кращому роз'ясненню судових рішень;
- удосконалення процесуальних повноважень касаційної інстанції;
- розробка соціально-економічних гарантій діяльності у сфері здійснення правосуддя;
- запровадження інструментів і методології для оцінки функціонування судової системи відповідно до стандартів Ради Європи.

Як видно з наведених положень, основні зусилля, на думку авторів Стратегії, повинні бути спрямовані на розмежування судової компетенції, впровадження механізмів, які дозволять ефективно протидіяти злов-

живанню процесуальними правами, розширення альтернативних методів вирішення конфліктів, посилення інстанційного перегляду судових рішень.

Безумовно, у процесі реформ судочинства необхідно вирішувати завдання з чітким визначенням повноважень судів, посилення значення судів першої інстанції, розвитку АРС, підвищення ефективності апеляційних інстанцій і досягнення єдності судової практики. Але це все деталі або навіть напівзаходи на тлі непорушності основ здійснення правосуддя.

Крім того, необхідно звернути увагу ще на один важливий аспект. Зміни судової влади повинні бути спрямовані на забезпечення потреб не тільки самої судової системи, але і її споживачів – осіб, які звертаються до суду за судовим захистом і сподіваються на його ефективність. Виходячи з нинішньої редакції Стратегії реформування, переважно йдеться про інтереси самої судової системи. Стратегія буквально пронизана ідеєю спрощення судочинства. Але слід враховувати, що будь-яке спрощення завжди пов'язано зі зниженням рівня процесуальних гарантій осіб, які беруть участь у справі, а в підсумку може виникнути нова проблема – ефективності наданого судового захисту права.

Необхідний системний підхід до вдосконалення законодавства. Вважаємо, що таку властивість реформи можуть набути повною мірою реалізуючи доктрину єдності процесу, яка відображає, насамперед, генетичний зв'язок (єдність) процесуальних галузей права. Колись забуті ідеї В. О. Рязановського щодо об'єднання судочинства, як нам видається, сьогодні мають законодавчу перспективу<sup>5</sup>.

Автор цього дослідження вже неодноразово порушував питання про підстави єдності цивілістичного процесу та їх значення для розвитку теорії і практики національного судочинства. Вихідним елементом єдності цивілістичного процесу є використання загального логічного алгоритму розгляду і вирішення правового спору, в основі якого правозастосування та його стадійність, що мають незмінне змістовне наповнення, яке обумовлює конструкції таких процесуальних форм, що мають значний ступінь спільності<sup>6</sup>.

Для формування нових підходів до нормативної регламентації судочинства першочергового значення набуває досягнення певного ступеня узгодженості судових процедур як нового для вітчизняної теорії і практики напряму розвитку процесуального законодавства. Мова йде про так звані автономні інститути процесуального права, такі його складові, як: об'єкт судового захисту, принципи судочинства, склад осіб, які беруть участь у справі, процесуальні строки, процесуальні права та обов'язки, представництво, докази, оскарження судових рішень, де найбільш ефективними можуть бути результати уніфікації та гармонізації. Такого роду уніфікація і гармонізація – це вимога часу, і зарубіжний досвід є прекрасною емпіричною базою, що доводить необхідність формування загальних стандартів здійснення процесуальної діяльності в умовах перспективної європейської інтеграції.

Показовою в цьому плані є робота, проведена зі створення так званого Кодексу Типо (El código procesal civil modelo para Iberoamerica), Транснаціональних правил цивільного судочинства, які уособлюють методологічну основу гармонізації процесуального законодавства, пошук фундаментальної спільності і механізму нівелювання основних відмінностей наявних процесуальних систем<sup>7</sup>. Конвергенція процесуальних форм розгляду правових спорів має стати основною тенденцією і для сучасного етапу розвитку вітчизняного права, долаючи недоліки ситуації диференціації форм здійснення судової влади та правосуддя в Україні.

Ця теза дозволяє зробити висновок про характер можливих законодавчих рішень, про необхідність пошуку таких способів і процедур розгляду спорів, які були б прийнятні для різних видів судочинства. Зрештою, це проблема загальних засад здійснення процесуальної діяльності, що дозволяють подолати правові відмінності, закладені, через різні причини, у нормативній регламентації цивілістичного процесу.

Один із можливих варіантів такого рішення вбачається у прийнятті Процесуального цивілістичного кодексу України, концепцією якого є органічне поєднання найбільш ефективної конструкції позовного провадження, цивільної процесуальної за своєю сутністю, та елементів процесу, властивих іншим суміжним його видам, що надасть можливість в одному законі врахувати процесуальні особливості розгляду багатьох категорій справ.

У цьому зв'язку можна запропонувати таку систему кодексу: загальні положення, позовне провадження, наказне провадження, окреме провадження, особливості провадження в окремих категоріях адміністративних справ, особливості провадження в господарських справах, розгляд трудових справ, особливості провадження в окремих категоріях цивільних справ, провадження у справах, що виникають із шлюбно-сімейних відносин, справи, що виникають із житлових правовідносин, провадження у справах, що виникають із земельних правовідносин, перегляд судових рішень, процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень і рішень інших органів (посадових осіб), судовий контроль за виконанням судових рішень та провадження у справах про оскарження рішень третейських судів та про видачу виконавчих листів на примусове виконання рішень третейських судів, про визнання і виконання рішень іноземних судів в Україні, відновлення втраченого судового провадження, провадження у справах за участю іноземних осіб, виконавче провадження, прикінцеві та перехідні положення.

Висловлені щодо структури Процесуального цивілістичного кодексу пропозиції викладені, звичайно, виключно de lege ferenda, але видається, що з урахуванням цих положень, модель цивілістичного процесу отримає належний розвиток у законодавстві і буде сприйнята і затребувана практикою його застосування. У будь-якому випадку, ідеї єдності процесу, як нам вбачається, сприяють розвитку цивілістичної думки, систематизації накопиченої наукового спадщини, формуванню цілісної системи знань про судочинство і його види.



<sup>1</sup> Сучасники тієї епохи зазначали, що нове судове законодавство в усій своїй сукупності, якими не були його технічні недоліки, є законодавчою і розумовою пам'яткою, яка повинна слугувати нащадкам найвеличнішою частиною нашого часу. Цит. за: *Васьковський Е. В.* Курс гражданского процесса. – М.: Издание Бр. Башмаковых, 1913. – Т. 1. – С. 16.

<sup>2</sup> *Курило М. П.* Наука цивільного процесу на межі століть: нарис розвитку ідеї єдності процесу // Науково-практичний журнал «Судова апеляція». – Вип. 3 (40). – К., 2015. – С. 106.

<sup>3</sup> *Аболонин В. О.* Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс». – Екатеринбург, 2008. – С. 13, 27, 28; *Rechberger W.* Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa // *Ritsumeikan Law Review*. – № 25. – 2008. – С. 101–110.

<sup>4</sup> *Сахнова Т. В.* Континентальный процесс: основное противоречие в контексте современных тенденций // Актуальные проблемы защиты прав в России и других странах Совета Европы: современное состояние и проблемы гармонизации. Сборник научных статей / Отв. ред.: Улетова Г. Д. – Краснодар: Юрид. центр Пресс, 2011. – С. 61–63.

<sup>5</sup> *Рязановский В. А.* Единство процесса: Учебное пособие. – М.: ОАО «Издательский Дом «Городец», 2005. – С. 31.

<sup>6</sup> *Курило М. П.* Єдність цивілістичного процесу: проблеми теорії і практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2014. – С. 28.

<sup>7</sup> *Комаров В. В.* Цивільний процес у глобальному контексті // Право України. – 2011. – № 10. – С. 36–37.

### Резюме

#### **Курило М. П. Цивілістичний процес в умовах проведення судово-правової реформи.**

У статті аналізуються проблеми функціонування цивілістичного процесу в умовах проведення судової реформи. Дослідник вважає, що зміни Конституції України (щодо правосуддя) – основа подальшої модернізації законодавства і судової практики. Відзначається важливість виявлення недоліків, що мають судочинний характер і властиві процесуальним інститутам, стадіям і правозастосовним циклам, так само як і факторів, що ускладнюють судовий захист, що сприяє формуванню системного підходу до вдосконалення законодавства і практики його застосування.

Обґрунтовується необхідність реалізації доктрини єдності процесу, яка відбиває генетичний зв'язок процесуальних галузей права. Вихідним елементом єдності цивілістичного процесу є використання загального логічного алгоритму розгляду і вирішення правового спору, в основі якого правозастосування та його стадійність, що мають незмінне змістовне наповнення, що обумовлює конструкції таких процесуальних форм, які мають значний ступінь своєї спільності.

**Ключові слова:** цивілістичний процес, судова реформа, єдність процесу, уніфікація судових процедур, процесуальний цивілістичний кодекс, судовий захист.

### Резюме

#### **Курило М. П. Цивилистический процесс в условиях проведения судебного-правовой реформы.**

В статье анализируются проблемы функционирования цивилистического процесса в условиях проведения судебной реформы. Исследователь считает, что изменения Конституции Украины (относительно правосудия) – основа дальнейшей модернизации законодательства и судебной практики. Отмечается важность выявления недостатков, имеющих судопроизводственный характер и свойственных процессуальным институтам, стадиям и правоприменительным циклам, равно как и факторов, осложняющих судебную защиту, что способствует формированию системного подхода к совершенствованию законодательства и практики его применения.

Обосновывается необходимость реализации доктрины единства процесса, которая отражает генетическую связь процессуальных отраслей права. Исходным элементом единства цивилистического процесса является использование общего логического алгоритма рассмотрения и разрешения правового спора, в основе которого правоприменение и его стадийность, имеющие неизменное содержательное наполнение, что обуславливает конструкции таких процессуальных форм, которые имеют значительную степень своей общности.

**Ключевые слова:** цивилистический процесс, судебная реформа, единство процесса, унификация судебных процедур, процессуальный цивилистический кодекс, судебная защита.

### Summary

#### **Kurilo M. Civilistic process in the conditions of judicial and legal reformation.**

In the article the problems of civilistic process functioning in the conditions judicial reformation are analysed. The researcher considers that the changes of the Constitution of Ukraine (in relation to justice) are the basis of further legislation and judicial practice modernization. The exposure of defects, having proceedings character and peculiar to judicial institutes, stages and law-enforcement cycles, as well as factors complicating judicial defense, assists the forming of a system approach to legislation and practice of its application improvement.

The necessity of process doctrine unity realization that reflects genetic connection of the judicial fields of law is grounded. The initial element of the civilistic process unity is the use of general logical algorithm of consideration and permission of legal dispute, in basis of which law-enforcement and its phasicness, having the unchanging rich content filling, that stipulates the constructions of such judicial forms that have a considerable degree of similarity.

**Key words:** civilistic process, judicial reform, process unity, judicial procedures unitization, civilistic code of practice, judicial defense.

**В. М. ПАШКОВ, А. О. ОЛЕФІР**

*Віталій Михайлович Пашков, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

*Андрій Олександрович Олефір, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ  
РЕКЛАМИ ЛІКАРСЬКИХ ЗАСОБІВ**

Сучасні фармацевтичні підприємства не можуть успішно здійснювати господарську діяльність без реклами. Адаптація до змін попиту на окремих ринках, необхідність отримання зворотного зв'язку від споживача потребують нових ефективних підходів до розвитку маркетингу та розповсюдження інформації про лікарські засоби. Враховуючи фундаментальні зміни в суспільстві (інформаційну переваженість, загальний доступ до інтернету, соціальні мережі, а також свободу руху товарів, робочої сили та фінансів), самолікування стає все більш популярним. Водночас кількість смертей від неправильного і неконтрольованого застосування лікарських засобів посідає п'яте місце в світі серед причин смертності, саме тому нормативне регулювання обігу лікарських засобів дедалі посилюється<sup>1</sup>.

Незважаючи на те, що рекламну діяльність у фармацевтичних відносинах досліджували такі вітчизняні науковці, як Г. Андрощук, Ю. Агаманова, Р. Ваксман, О. Вінник, Р. Гревцова, К. Жирнова, О. Кашинцева, В. Комаров, В. Устименко, О. Шишка та інші, а також іноземні фахівці М. Абрахам, Л. Бредлі, В. Данн, Дж. Донох'ю, Д. Кастро, М. Ліпскі, К. Тейлор та інші, низка питань, пов'язаних із особливостями реклами лікарських засобів, залишилися без належних теоретичних обґрунтувань.

**Метою статті** є дослідити сучасні тенденції рекламної діяльності на фармацевтичному ринку, ознаки реклами, основні обмеження та заборони щодо рекламування лікарських засобів, а також зарубіжний досвід правового регулювання цих відносин.

Попри те, що фармацевтичний ринок має власну специфіку, він регулюється загальними правилами господарської діяльності, згідно з якими реклама (маркетинг) є вагомим фактором конкурентоспроможності кожного підприємства.

У країнах з розвинутою ринковою економікою правове регулювання реклами є ефективним механізмом, який поєднує в собі елементи саморегулювання та державного регулювання. Держави, що розвиваються, як правило, запозичують досвід розвинутих країн, що на певних історичних етапах мали справу з аналогічними проблемами.

До речі, в ЄС положення щодо рекламування лікарських засобів не затверджуються у формі самостійного закону, а закріплюються в законодавстві про лікарські засоби, зокрема, у Директиві 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради «Кодекс Співтовариства відносно лікарських засобів (для застосування людиною)» від 6 листопада 2001 р. (далі – Директива 2001/83/ЄС). Згідно з п. 1 ст. 86 Директиви 2001/83/ЄС реклама лікарських засобів – інформація про лікарський засіб, розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформулювати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких лікарських засобів, у тому числі у формі прямого надання інформації споживачам (пацієнтам) медичними торговими представниками, проведення опитувань серед споживачів (пацієнтів) або використання стимулів, що сприяють призначенню, поставці, продажу або споживанню лікарських засобів. При цьому реклама має широкий зміст і включає не тільки рекламу для населення, а й будь-яку форму прямого доведення інформації до осіб, уповноважених призначати або поставляти лікарські засоби, зокрема, шляхом: відвідування медичними торговими представниками осіб, уповноважених призначати лікарські засоби, та/або надання їм зразків лікарських засобів; використання стимулів, які заохочують до призначення або постачання лікарських засобів, у формі подарунків, пропозицій або обіцянок прибутку або винагороди у грошовому чи речовому вираженні, за винятком випадків, коли їх реальна вартість мінімальна; фінансової підтримки заходів, що сприяють продажу лікарських засобів, з участю в цих заходах осіб, уповноважених призначати або постачати лікарські препарати; фінансової підтримки наукових конференцій, в яких беруть участь особи, уповноважені призначати чи постачати лікарські препарати, зокрема, оплати дорожніх витрат і витрат на проживання, пов'язаних із участю в науковій конференції.

Інформація про лікарський засіб у той чи іншій формі охоплюється поняттям «рекламний продукт», під яким розуміють основний засіб рекламної діяльності, що створюється та розміщується в засобах масової

інформації на договірних засадах, є власне об'єктом інтелектуальної власності і містить у собі комбінацію інформаційного та емоційного компонентів для здійснення відповідного впливу на свідомість споживача в межах нормативно встановлених вимог<sup>2</sup>.

При цьому рекламний продукт має відображати відомості, закріплені у короткій характеристиці лікарського засобу (назва препарату, сила дії діючої речовини, лікарська форма, якісний і кількісний склад активних фармацевтичних інгредієнтів та допоміжних речовин, дозування, детальні клінічні дані, фармакологічні властивості тощо). Етикетки та інструкції для застосування лікарських засобів відіграють важливу роль при інформуванні пацієнтів стосовно застосування без рецептурних препаратів, а саме: допомагають швидко вибрати необхідний лікарський засіб в аптеці відповідно до симптоматики та інших споживчих потреб, а також самостійно його застосувати; забезпечують додаткову поінформованість споживача у зручний спосіб<sup>3</sup>.

Директива 2001/83/ЄС містить правила, які є загальнообов'язковими не тільки для держав-членів ЄС, а й виступають стандартом прогресивного правового регулювання. Так, щодо фармацевтичної продукції встановлений перелік інформації, що не може бути визначена як реклама, до якої належить: маркування та інструкція з застосування лікарського засобу; розміщення інформації про виробника лікарського засобу в місцях, у яких цей лікарський засіб реалізується чи надається споживачеві (пацієнту), у тому числі на елементах обладнання та/або оформлення місць торгівлі; засновані на фактах відомості інформативного характеру і довідковий матеріал щодо зміни упаковки, попереджень про побічні реакції як заходи з дотримання обережності при застосуванні лікарських засобів, торгові каталоги і прайс-листи, за умови, що в них не містяться рекламні твердження про лікарські засоби; інформація щодо стану здоров'я людини або захворювань за умови, якщо відсутні посилання, навіть непрямі, на певні лікарські засоби. Крім цього, нормативними актами, що регламентують загальні засади рекламної діяльності (Закон України «Про рекламу» від 3 липня 1996 р., Закон України «Про телебачення і радіомовлення» від 21 грудня 1993 р., постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Типових правил розміщення зовнішньої реклами» від 29 грудня 2003 р., рішення Полтавської міської ради «Про затвердження правил розміщення зовнішньої реклами та спеціальних конструкцій для розміщення зовнішньої реклами в м. Полтаві» від 3 квітня 2007 р.), можуть встановлюватися й інші обмеження. Таким чином, інститут реклами лікарських засобів має дворівневу структуру – загальну та спеціальну.

Якщо реклама надає загальну інформацію про лікарський засіб і порядок його застосування, то отримання більш детальної інформації є можливим при ознайомленні з інформацією на етикетці чи інструкції із застосування препарату та консультації з лікарем<sup>4</sup>.

Рекламний продукт, адресований некваліфікованому споживачеві (пацієнтам та їх представникам) може бути представлений у різних формах, у тому числі: друковані матеріали; електронна інформація; аудіо-та відеозапис; зовнішня реклама; інші (реklamні сценарії для телефонних ліній допомоги, рекламні текстові повідомлення). Сегментація цільової аудиторії в процесі реклами відбувається на підставі: стану здоров'я, виду (групи) захворювання, роду занять і способу життя тощо. Такі категорії, як стать і вік, не важливі.

Залежно від характеру впливу реклами на споживача реклама лікарських засобів здійснюється у таких формах<sup>5</sup>: 1) рекламні оголошення нагадувального характеру, в яких зазначається назва препарату та мінімальний обсяг інформації, де відсутні відомості про корисність, ефективність і безпечність препарату; 2) рекламна інформація про конкретний препарат (особливості терапії, показники безпечності та ефективності); 3) інформація про вид захворювання або медичний стан, на який спрямована дія препарату, без зазначення назви конкретного препарату (пропозиція проконсультуватися з лікарем).

Реклама лікарських засобів має особливості насамперед психологічні. З огляду на це варто нагадати такі правила реклами: не використовувати порівняння (стан здоров'я «до» і «після» застосування препарату); акцентувати увагу на змісті повідомлення (тексті), а не зображенні; використовувати ситуацію «вимушеного бранця» (підземна реклама), а також рекламу в місцях продажу продукції (аптеки, медичні заклади, особливо під час сезонних захворювань, розповсюдження рекламних матеріалів промоутерами); перехід від негативних до позитивних безособових повідомлень; використання мультиплікаційних зображень, що в алегоричній формі передають основну ідею реклами; інформація має бути зрозумілою пересічному громадянину. Нетрадиційні методи промоції лікарських засобів можуть передбачати залучення медичних працівників до промоції лікарських засобів, відкриття гарячих телефонних ліній щодо певних видів захворювань, використання елементів дизайну та оформлення оригінального препарату при виробництві його генеричних копій<sup>6</sup>.

На сучасному етапі фармацевтична політика відображає суперечності між завданнями економії публічних коштів і забезпечення економічної ефективності фармацевтичних підприємств, з одного боку, та забезпеченням доступу громадськості до безпечних, ефективних і доступних лікарських засобів, з другого боку<sup>7</sup>. Фахівці зазначають, що важливо забезпечити захист прав споживачів лікарських засобів, а також надавати інформацію хворим і лікарям про лікарські засоби, можливості лікування<sup>8</sup>. Деякі автори пов'язують неякісну медичну допомогу, фальсифікацію лікарських засобів (як вітчизняних так і імпортованих), самолікування населення з негативними наслідками реклами<sup>9</sup>. Із цим висновком можна погодитися лише частково, оскільки предметне українське законодавство має бути посилене за прикладом ЄС. Законодавство ЄС комплексно регулює зазначені відносини, дозволяє вирішити й інші питання, про які говорять дослідники. На їх думку, реклама слугує не тільки популяризації лікарських засобів, а також має ряд побічних наслідків, зокрема для тих людей, які беззастережно довіряють і схильні безконтрольно (без призначень) вживати лікарські засоби<sup>10</sup>.

Щодо рекламування лікарських засобів основним дискусійним питанням є сфера її легального поширення<sup>11</sup>. Як правило, не передбачається повна заборона реклами лікарських засобів, хоча встановлюються обмеження, зумовлені тим, що лікарські засоби є специфічним товаром, неконтрольоване виготовлення (споживання) якого спричиняє негативні суспільні наслідки. Саме тому підходи до реклами не однакові в різних країнах. Варто зазначити, що в ЄС і США деякі лікарські засоби не рекламують з етичних міркувань, хоча це не заборонено законом<sup>12</sup>.

У ст. 97 Директиви 2001/83/ЄС закріплено вимоги до держав-членів щодо застосування ефективних засобів постійного контролю реклами лікарських засобів, про що йтиметься нижче.

У Болгарії законодавчі вимоги до реклами лікарських засобів передбачають, що перед опублікуванням будь-який рекламний матеріал має пройти процедуру узгодження експертною радою урядового агентства з лікарських засобів. До цієї ради входять представники агентства, медіа-сфери і охорони здоров'я, громадських організацій. На підставі висновку експертної ради агентство ухвалює позитивне чи негативне рішення. Такий самий порядок передбачений і щодо внесення змін до вже схваленої реклами<sup>13</sup>.

У Тайвані будь-яка реклама безрецептурних препаратів підлягає попередньому схваленню урядовим департаментом охорони здоров'я. При цьому строк дії дозволу на розміщення реклами – один рік. Також заявник може клопотати про неодноразове подовження строку дії цього дозволу, що передбачає повний повторний аналіз рекламних матеріалів. Рецептурні лікарські засоби дозволено рекламувати тільки у спеціалізованій літературі для працівників сфери охорони здоров'я<sup>14</sup>.

Рекламна діяльність у КНР перебуває під жорстким державним контролем. Так, всі види рекламної продукції підлягають попередньому узгодженню з уповноваженим органом публічної влади. Варто звернути увагу і на загальні вимоги щодо реклами: якщо використовуються цифрові, статистичні дані, результати опитувань, уривки з текстів, цитати, то обов'язковим є посилання на першоджерело та дотримання оригінальності тексту; зміст реклами має забезпечувати духовне та фізичне вдосконалення громадян, поліпшувати якість товарів і послуг, захищати права споживачів, при дотриманні етичних норм і публічних інтересів; реклама не має шкодити духовному і фізичному здоров'ю громадян з обмеженими можливостями та неповнолітнім; рекламний продукт містить зрозумілі символи, на підставі яких споживач надає оцінку рекламованому товару, роботі, послугі. Реклама, яка поширюється в засобах масової інформації, повинна мати спеціальне маркування та відрізнятися від іншої інформації для недопущення змішування<sup>15</sup>.

У світі домінуючою є тенденція до уніфікації національних законів, що регулюють рекламну діяльність, тому актуальною є розробка єдиних правил правового регулювання реклами. Як приклади міжнародних документів можуть бути згадані Міжнародний кодекс рекламної практики Міжнародної торговельної палати (1986 р.), Європейська конвенція про транскордонне телебачення (1989 р.), Мадридська угода про міжнародну реєстрацію знаків (1891 р.). Важливу роль у цьому контексті відіграє Європейська конвенція з прав людини (1950 р.), в якій визнається право на свободу вираження поглядів, а також встановлюється ефективний механізм реалізації цього права. У ст. 10 Конвенції зазначено, що кожна людина має право на свободу вираження поглядів<sup>16</sup>. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати й передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Реалізація цих свобод може бути обмежена на підставі закону в інтересах національної безпеки, для охорони здоров'я або моралі, для захисту репутації або прав інших осіб. Тобто, реклама лікарських засобів гарантована правом на свободу вираження поглядів, але має більш низький рівень захисту порівняно з некомерційними способами поширення інформації. Обмеження можуть бути встановлені законодавством і спрямовані на досягнення законних цілей, а також бути необхідними в демократичному суспільстві.

Таким чином, можна визначити три системи нагляду (контролю) за рекламуванням лікарських засобів: 1) попередня перевірка (до розміщення реклами); 2) загальний нагляд (контроль) після розміщення реклами відповідно до формалізованих процедур; 3) відсутність нагляду (контролю) за рекламою. Останній підхід у фармацевтичній сфері не застосовується.

Для з'ясування того, чи доцільно рекламувати лікарські засоби, необхідно визначитися з перевагами і недоліками цієї діяльності. До позитивних аспектів реклами лікарських засобів належать такі: забезпечує додаткову поінформованість пацієнтів щодо лікарських засобів; заохочує пацієнтів звертатися до офіційних джерел інформації про лікарські засоби; пацієнти більше уваги приділяють стану свого здоров'я, одержують інформацію щодо симптомів і перебігу захворювань; надання громадянам актуальної інформації про нові лікарські засоби, їх властивості, або виробників; популяризація торгових марок; допомога пацієнтам під час вибору необхідних препаратів; стимулювання розвитку конкуренції, а отже, зниження цін і підвищення якості продукції; забезпечення відповідального використання лікарських засобів і обізнаності пацієнтів для більш кваліфікованого спілкування з медичним персоналом; залучення додаткових інвестицій для розвитку ринку рекламних послуг; пацієнти більш активно залучаються до процесу надання медичних послуг. Прибічники рекламування лікарських засобів зазначають, що ця реклама є соціально корисною і забезпечує виховання споживачів. Іншими словами, забезпечує право кожного на інформацію<sup>17</sup>.

З-поміж недоліків слід звернути увагу на наступні: 1) можливість недобросовісної промоції лікарських засобів. Хоча цьому може ефективно запобігати попередня перевірка рекламного продукту; 2) пацієнти частіше вдаються до самолікування. Водночас слід пам'ятати, що у світі поширеною є концепція відповідального самолікування, яка забезпечує економію витрат публічних коштів на охорону здоров'я; 3) фармацевтичні компанії визначають змісту рекламного продукту на власний розсуд, що часто зумовлено винятково комер-



ційними інтересами<sup>18</sup>, обґрунтовуючи це необхідністю захисту прав людини<sup>19</sup>; 4) витрати на рекламу призводять до зростання цін на лікарські засоби; 5) нерациональне застосування лікарських засобів. Так, близько 100 000 людей щорічно помирає від несприятливих реакцій на вживання лікарських засобів<sup>20</sup>. За даними ВООЗ, смертність внаслідок неправильного і неконтрольованого застосування лікарських засобів посідає п'яте місце в світі серед причин смерті<sup>21</sup>; 6) заохочення купувати високоартісні препарати. З цією метою подекуди нормальні фізіологічні стани людини (випадіння волосся, сором'язливість) називаються захворюваннями<sup>22</sup>.

Варто визначити такі спеціальні види реклами лікарських засобів:

1. Реклама для невизначеного кола осіб (населення), предметом якої, зазвичай, є безрецептурні препарати, визнані безпечними і ефективними для застосування громадянами без нагляду з боку медичного працівника. У розвинутих державах така реклама дозволена, хоча перебуває під контролем з боку органів державної влади у сфері охорони здоров'я. Саме тому в Директиві 2001/83/ЄС на держави-члени покладено обов'язок забезпечити закріплення правил реклами лікарських засобів і ефективно контролювати їх дотримання.

У більшості країн на рівні законів затверджені переліки рецептурних і деяких безрецептурних препаратів, реклама яких заборонена, зокрема, це: 1) наркотичні лікарські засоби і ті, що містять психотропні речовини, прекуртори; 2) лікарські засоби, що можуть викликати синдром звикання, крім лікарських засобів для зовнішнього (місцевого) застосування; 3) препарати, призначені для використання жінками під час вагітності та годування грудьми, виключно або в основному для дітей; 4) препарати для лікування туберкульозу, венеричних і небезпечних інфекційних захворювань, ВІЛ/СНІДу, онкологічних та інших пухлинних захворювань, хронічного безсоння, цукрового діабету, ожиріння, у тому числі лікарські засоби для схуднення, ерекційної дисфункції. Рішення про відповідну класифікацію лікарських засобів приймається після їх державної реєстрації (перереєстрації), тобто допуску на ринок.

Наприклад, у Великій Британії заборонена будь-яка реклама для населення, що стосується лікування онкологічних захворювань або засобів терапії, будь-які інші рекомендації, пов'язані з лікуванням. Лікарські засоби, що містять психотропні або наркотичні речовини, також заборонені до рекламування, за винятком препаратів, зазначених у таблиці 3 до Конвенції про наркотичні засоби<sup>23</sup>.

У законодавстві Данії допускається реклама населенню лікарських засобів, що відповідають наступним ознакам: реалізуються тільки за рецептом лікаря; застосовуються після консультації з лікарем. Під населенням (загальною аудиторією) розуміють будь-яких осіб, які не є лікарями, стоматологами, ветеринарними лікарями, фармацевтами, молодшими медичними працівниками, фармакоекономістами, біоаналітиками, клінічними дієтологами, рентгенологами або студентами навчальних закладів, що здійснюють підготовку зазначених спеціалістів<sup>24</sup>.

Нормативні приписи ст. 87 Директиви 2001/83/ЄС передбачають вимоги, яким повинна відповідати реклама лікарських засобів для пацієнтів, зокрема: має бути зрозуміло, що інформаційне повідомлення є рекламою і рекламowana продукція ідентифікована як лікарський засіб; рекламний продукт містить наступний мінімум інформації: назва лікарського засобу, його загальноприйнята назва, якщо лікарський засіб містить одну діючу речовину; інформація, необхідна для правильного застосування лікарського засобу; зрозуміла рекомендація про те, що слід уважно прочитати інструкцію із застосування або маркування на вторинній упаковці. До того ж, заборонена реклама лікарських засобів за наявності наступних підстав: торгова ліцензія на лікарський засіб була видана з порушенням законодавства; якщо з бюджету здійснюється компенсація витрат на купівлю препарату; якщо препарати розподіляються безпосередньо фармацевтичними виробниками з метою реклами (кампанії з вакцинації, схвалені уповноваженими органами держав-членів ЄС, є винятком).

Абсолютна заборона реклами лікарських засобів, у тому числі безрецептурних, не відповідає європейській практиці. Заборона має поширюватися на рецептурні препарати. У всіх державах-членах ЄС дозволена реклама безрецептурних препаратів, із певними обмеженнями<sup>25</sup>. В Україні, як і в ЄС, реклама лікарських засобів, які відпускаються за рецептом, заборонена. Крім того, в Україні затверджено перелік критеріїв, що забороняють рекламу деяких безрецептурних препаратів.

Хто ж може стати вигодонабувачем від повної заборони реклами лікарських засобів? Насамперед це фармацевтичні виробники, що не модернізували основні фонди, тому зазнають суттєвої конкуренції з боку високотехнологічних препаратів. Заборона допоможе їм утримати рівень продажів протягом деякого часу, оскільки споживачі будуть позбавлені інформації про аналогічні препарати. Також це може призвести до перерозподілу медіа-ринку (понад 30 % доходів медійних компаній формується за рахунок реклами лікарських засобів) – зменшення рентабельності підприємств і, як наслідок, появи нових підприємців. Водночас ідея щодо максимального обмеження реклами схвалюється медичними працівниками, які зацікавлені в утриманні монополії на видачу рецептів і розширенні сфери їх застосування. На їх думку, може бути дозволена реклама лише тих препаратів, які призначені для застосування без медичного втручання для діагностичних цілей або моніторингу процесу лікування, за необхідності – на підставі консультації фармацевта<sup>26</sup>.

2. Реклама, адресована спеціалістам у сфері охорони здоров'я (лікарям, молодшим медичним працівникам, фармацевтам), що називається інформуванням про лікарські засоби (інформаційною політикою). Найбільші рекламні витрати спрямовані на дану аудиторію<sup>27</sup>. Обмеження щодо рекламних оголошень, які були визначені вище, не поширюються на рекламу, що розміщується у спеціалізованих виданнях для медичних установ та медичних працівників або розповсюджується на семінарах, конференціях з медичної тематики. Такі заходи можуть виступати засобами активного просування фармацевтичних препаратів.

У Директиві 2001/83/ЄС закріплені наступні правила промоції лікарських засобів для спеціалістів у сфері охорони здоров'я, а саме: 1) роботодавці зобов'язані забезпечити належну підготовку медичних торгових представників; 2) медичним торговим представникам заборонено продавати, пропонувати для купівлі або обіцяти заохочення особам, які мають правом призначати або постачати ліки, крім випадків, якщо їх вартість є незначною і вони мають безпосередній стосунок до медичної або фармацевтичної практики (заходи гостинності мають бути суворо обмежені та поширюватися винятково на фахівців у сфері охорони здоров'я); 3) власник торгової ліцензії на лікарський засіб (фармацевтичний виробник) зобов'язаний: створити на підприємстві науково-дослідну службу, відповідальну за надання інформації про лікарський засіб, що надійшов у продаж; надавати в розпорядження або повідомляти орган державного контролю за обігом лікарських засобів про зразки всіх видів реклами, із зазначенням осіб, яким вона адресована, методів її поширення і дати першого розміщення реклами; перевіряти, щоб медичні торгові представники, які рекламують його лікарські засоби, відповідали вимогам, встановленим центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, та пройшли професійне навчання і виконували покладені на них обов'язки; надавати органу державного контролю за обігом лікарських засобів та органам публічної влади, що здійснюють нагляд за рекламуванням лікарських засобів, повну інформацію і допомогу, необхідну для здійснення такого нагляду.

Для медичних торгових представників, які надають інформацію про лікарський засіб спеціалістам у сфері охорони здоров'я, також встановлений ряд вимог: володіти достатніми науковими знаннями для того, щоб надавати точну і повну інформацію про рекламований лікарський засіб; під час кожного візиту медичні торгові представники зобов'язані надавати особі, яку вони відвідують, коротку характеристику запропонованого лікарського засобу; вони також повинні надавати власнику торгової ліцензії на лікарський засіб будь-яку відому їм інформацію про застосування рекламованого лікарського засобу, зокрема про побічні реакції.

На практиці промоція лікарських засобів, адресована спеціалістам у сфері охорони здоров'я, супроводжується наданням медичним працівникам безкоштовних зразків препаратів. При цьому відповідно до Директиви 2001/83/ЄС обов'язково мають бути дотримані такі умови: щорічна кількість зразків кожного рецептурного лікарського засобу, що надається, повинна бути обмежена; зразки мають надаватися тільки після письмового запиту особи, що призначає лікарський засіб, на якому є підпис цієї особи і дата; особи, які надають зразки, повинні забезпечити функціонування адекватної системи контролю та обліку; кожен зразок повинен бути не більше за розміром, ніж найменша за розміром упаковка, що перебуває в ринковому обігу; кожен зразок повинен бути маркований формулюванням «безплатний зразок лікарського засобу, що не призначений для продажу» або іншим формулюванням аналогічного змісту; кожен зразок повинен супроводжуватися копією короткої характеристики лікарського засобу; забороняється надання зразків лікарських засобів, що містять речовини, визначені міжнародними конвенціями, такими як Конвенції ООН 1961 р. та 1971 р., як наркотична або психотропна речовина.

Передача подарунків медичним працівникам протягом багатьох років виступала основою фармацевтичного маркетингу. Зрозуміло, що подарунки надаються в обмін на звернення лікарем уваги на відповідний рекламний матеріал, аби призначити своїм пацієнтам рекламований лікарський засіб<sup>28</sup>. На думку деяких авторів, прояви гостинності негативно впливають на характер взаємовідносин лікаря та пацієнта, оскільки медичний працівник (свідомо чи ні) виявляється запрограмованим на призначення препаратів, що були йому подаровані. Також звертається увага на пряму залежність зростання цін на ліки від зростаючих витрат на рекламу<sup>29</sup>.

До речі, у Директиві 2001/83/ЄС встановлені й інші обмеження заходів гостинності щодо осіб, уповноважених призначати лікарські засоби, наприклад: забороняється пропозиція або передача подарунка, обіцянка прибутку або винагороди в грошовій або натуральній формі, за винятком випадків, коли реальна вартість цих лікарських засобів є мінімальною і вони стосуються практичної медичної або фармацевтичної діяльності; гостинність під час інформаційних заходів, що сприяють продажу лікарських засобів, є обмеженою і не повинна поширюватися на осіб, які не є фахівцями охорони здоров'я; прояви гостинності можуть мати місце прямо або опосередковано під час зустрічей, організованих з професійною або науковою метою (гостинність обмежена основною науковою метою заходу і не поширюється на осіб, які не є медичними працівниками).

Як з'ясувалося, вимоги законодавства ЄС до реклами лікарських засобів є доволі жорсткими та деталізованими, що зумовлено необхідністю протидіяти недобросовісній рекламі. Часто в рекламних сюжетах перебільшується ефективність лікарських засобів і медичних виробів, підкреслюється їх ексклюзивність. Це може бути кваліфіковано як порушення законодавства про захист економічної конкуренції та захист прав споживачів. Окрім того, у рекламі можуть використовуватися так звані «щасливі» пацієнти, яким вдалосявилікувати певні захворювання за допомогою рекламованих препаратів.

За загальним правилом реклама повинна містити об'єктивну інформацію про лікарський засіб, має бути зрозумілою, що повідомлення є рекламою і рекламований продукт є лікарським засобом. Також повинні бути посилення на обов'язковість одержання консультації медичного працівника перед застосуванням і рекомендації щодо ознайомлення з інструкцією для застосування. На упаковці лікарського засобу має бути розміщений текст такого змісту: «Самолікування може бути шкідливим для вашого здоров'я», що займає не менше 15 % площі всієї реклами. При цьому текст реклами повинен відповідати даним, викладеним у короткій характеристиці лікарського засобу, а реклама – сприяти його раціональному застосуванню шляхом надання об'єктивної інформації про препарат.

У Директиві 2001/83/ЄС передбачено види інформації, яку не повинна містити реклама лікарських засобів. Це інформація, яка: створює враження, що медична консультація або хірургічна операція є необов'язковими, зокрема, якщо пропонуються діагностика чи лікування поштою; дає змогу припустити, що ефективність лікування гарантована, а застосування лікарського засобу не супроводжується розвитком побічних реакцій або його ефективність є такою ж або вищою, ніж ефективність іншого методу лікування або лікарського засобу; дає змогу припустити, що стан здоров'я людини може бути покращений у результаті застосування лікарського засобу; дає змогу припустити, що стан здоров'я людини може погіршитися, якщо не буде застосований лікарський засіб, за винятком програм із вакцинації; містить посилання на рекомендації вчених, медичних працівників або осіб, які не належать до цих категорій, але в зв'язку з їх популярністю можуть заохотити застосування лікарського засобу; дає змогу припустити, що лікарський засіб є харчовим, косметичним або іншим споживчим продуктом; дає змогу припустити, що безпека або ефективність лікарського засобу зумовлена його природним походженням; за допомогою опису або докладної демонстрації історії хвороби може призвести до помилкового самоустановленого діагнозу; посилаються на відгуки про одужання, супроводжується неправильними визначеннями, які викликають тривогу або вводять в оману; містить недоречні визначення, що викликають тривогу або вводять в оману, яскраві зображення позитивних змін у людському організмі, зумовлені захворюванням, травмою або дією лікарського засобу на організм людини або частину тіла. У інших країнах також мають місце наступні заборони щодо реклами лікарських засобів: посилання на терапевтичні ефекти у зв'язку з важко виліковними захворюваннями, зображення зміни людського тіла або його частин у результаті хвороби або травми, будь-які зображення лікарів, імен чи образів відомих людей, повідомлення, що сприяють виникненню страху захворіти за умови не застосування певних лікарських засобів тощо<sup>30</sup>.

На підставі вищевикладеного можна дійти висновку, що розміщення реклами лікарських засобів є об'єктом особливої уваги з боку держави. Препарати, на відміну від іншої продукції, належать до групи спеціалізованих споживчих товарів. Ризики зростають, коли пацієнти під впливом «агресивної» реклами вдаються до самолікування. Якщо повна заборона реклами лікарських засобів є недоцільною, то слід встановити більш суворі вимоги щодо змісту рекламного продукту та правил розміщення. Тобто, імплементувати у вітчизняне законодавство нормативні приписи Директиви 2001/83/ЄС. Правове регулювання реклами лікарських засобів може бути удосконалене за допомогою таких правових засобів: необхідно передбачити механізм громадського контролю за дотриманням етичних норм у рекламі лікарських засобів; заборонити рекламу лікарських засобів для дітей, а також препаратів, призначених для лікування небезпечних інфекційних, паразитарних захворювань і збудників цих хвороб, хронічного безсоння, серцево-судинних захворювань, а також тих, вартість яких відшкодовується за державними програмами, або торгові назви яких можуть призвести до змішування з рецептурними лікарськими засобами; затвердити етичні стандарти (кодекси) промоції лікарських засобів для фармацевтичних підприємств; реклама для населення не повинна містити будь-які посилання на вартість або особливості ціноутворення на лікарські засоби. Реклама лікарського засобу має містити візуалізовану інформацію про побічні реакції та протипоказання до застосування, безплатний номер телефону для консультацій і веб-сайт, що містить інформацію про лікарський засіб.

<sup>1</sup> Niklaus P. Lang, European Interactive Digital Advertising Alliance Launches, *Journal of clinical Periodontol*, 36 (2009) 3–8 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.easa-alliance.org/News/News/page.aspx/46?xf\\_itemId=157&xf\\_selectionDatapartId=91](http://www.easa-alliance.org/News/News/page.aspx/46?xf_itemId=157&xf_selectionDatapartId=91); Golichenko M., Merkinaite S. In Breach of International Law: Ukrainian Drug Legislation and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (2011) 8–13 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.countheccosts.org/ru/resource-library/breach-international-law-ukrainian-drug-legislation-and-european-convention-protection>

<sup>2</sup> Ваксман Р. В. Вдосконалення господарсько-правового забезпечення рекламної діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / Р. В. Ваксман; Нац. юрид. ун-т ім. Я. Мудрого. – Х., 2014. – 20 с.

<sup>3</sup> Advertising of nonprescription medicines to the public: A significant contributor to healthcare, *The World Self-Medication Industry* : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wsmi.org>

<sup>4</sup> Advertising of nonprescription medicines to the public: A significant contributor to healthcare, *The World Self-Medication Industry* : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wsmi.org>

<sup>5</sup> Bradley L., Zito J. Direct-to-Consumer Prescription Drug Advertising, *Medical Care*, 35 (1) (1997) 86–92.

<sup>6</sup> Advertising of nonprescription medicines to the public: A significant contributor to healthcare, *The World Self-Medication Industry* : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wsmi.org>

<sup>7</sup> Abraham M. The off-line impact of online ads, *Harvard Business Review* (2008) <http://www.hrb.org/2008/04/the-off-line-impact-of-online-ads>; Doran E. Drug promotion in Australia: Policy contestation and the tightening of regulation, *Australian review of public affairs*, 11 (2) (2013) 19–41 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.australianreview.net/journal/v11/n2/doran\\_lofgren.html](http://www.australianreview.net/journal/v11/n2/doran_lofgren.html)

<sup>8</sup> Горбатенко А. Реклама лікарських засобів: основні правила і обмеження / А. Горбатенко, О. Бежевец // Юридический портал Pravotoday.in.ua. – 2011 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravotoday.in.ua/ua/press-centre/publications/pub-297/>

<sup>9</sup> Жирнова К. О. Проблемні аспекти правового регулювання реклами медичних брендів в Україні / К. О. Жирнова // Актуальні проблеми публічного та приватного права. – Одеса : ГО Причорноморська фундація права. – 2013. – № 2. – С. 29–33.

<sup>10</sup> Комаров В. А. Правове регулювання реклами лікарських засобів / В. А. Комаров // Збірник наукових праць Міжрегіональної фінансово-юридичної академії (економіка, право). – 2011. – № 1 (1). – С. 103–107.

<sup>11</sup> Abraham M. The off-line impact of online ads, *Harvard Business Review* (2008) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.hrb.org/2008/04/the-off-line-impact-of-online-ads>



<sup>12</sup> *Castro D.* Benefits and Limitations of Industry Self-Regulation for Online Behavioral Advertising, The information technology & innovation foundation (2011) 1–14 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/benefits-and-limitations-industry-self-regulation-online-behavioral-advertising>

<sup>13</sup> Medicinal Products in Human Medicine Act Bulgaria, Pharmine : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pharmine.org/uploads/2014/05>

<sup>14</sup> Laura Wen-yu Young, Advertising law: Taiwan, World Trade Press : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wangandwang.com/files/2013/04>

<sup>15</sup> Advertisement Law of the People's Republic of China (as amended on September 1, 2015) WIPO <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=15654>

<sup>16</sup> The European Convention on Human Rights and its Five Protocols, Council of Europe : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html>

<sup>17</sup> *Limbu Y.* Prescription drug advertising: pros, cons and avenues for future research, New Mexico State University, Department of Marketing 436–447 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.researchgate.net/file.PostFile> ; *Bonaccorso S., Sturchio J.* For and Against: Direct to Consumer Advertising Is Medicalising Normal Human Experience: Against, British Medical Journal 324 (2002) 1–37 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1122846/>

<sup>18</sup> *Halpern S.* Medical Authority and the Culture of Rights, Journal of Health Politics Policy and Law 29 (2004). – P. 4–5.

<sup>19</sup> *T'Hoën E.* Direct-to-Consumer Advertising: For Better Profits or for Better Health, American Journal of Health-System Pharmacy 55 (1998). – P. 594–597.

<sup>20</sup> *Limbu Y.* Prescription drug advertising: pros, cons and avenues for future research, New Mexico State University, Department of Marketing. – P. 436–447 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.researchgate.net/file.PostFile>

<sup>21</sup> *Golichenko M., Merkinaitė S.* In Breach of International Law: Ukrainian Drug Legislation and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (2011) 8–13 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.counthecosts.org/ru/resource-library/breach-international-law-ukrainian-drug-legislation-and-european-convention-protection>

<sup>22</sup> *Angell M.* The Truth about Drug Companies, New York: Random House (2004). – P. 123–126.

<sup>23</sup> The Human Medicines Regulations, Legislation.gov.uk 1916 (2012) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2012/1916/contents/made>

<sup>24</sup> The Danish Medicines Act // Leagemiddelstyrelsen: Danish Medicines Agency. Legislation : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://laegemiddelstyrelsen.dk/en/about/targets-and-tasks/legislation/the-danish-medicines-act>

<sup>25</sup> *Relman A., Angell M.* How the drug industry distorts medicine and politics – America's Other Drug Problem, The New Republic 587 (4) (2002) 27–41 ; *Dunn W.* Advertising is Good Medicine: Enter Stage Right (2006) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.enterstageright.com/archive/articles/0901/0901drugcoadvertising.htm>

<sup>26</sup> *Lipsky M., Taylor C.* The Opinions and Experiences of Family Physicians Regarding Direct-to-Consumer Advertising, Journal of Family Practice 45 (6) (1997). – P. 495–499.

<sup>27</sup> *Donohue J.* A History of Drug Advertising: The Evolving Roles of Consumers and Consumer Protection, PMCID Milbank Q., 84 (2006). – P. 659–699.

<sup>28</sup> *Ziegler M., Lew P., Singer B.* The Accuracy of Drug Information from Pharmaceutical Sales Representatives, Journal of the American Medical Association 273 (16) (1995) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/7715044>

<sup>29</sup> *Relman A., Angell M.* How the drug industry distorts medicine and politics – America's Other Drug Problem, The New Republic 587 (4) (2002). – P. 27–41.

<sup>30</sup> *Wilkes M., Bell R., Kravitz R.* Direct-To-Consumer Prescription Drug Advertising: Trends, Impact, and Implications, Health affairs 19 (2) (2000). – P. 110–128.

## Резюме

**Пашков В. М., Олефір А. О. Зарубіжний досвід правового регулювання реклами лікарських засобів.**

У статті досліджено сучасні тенденції рекламної діяльності на фармацевтичному ринку та зарубіжний досвід правового регулювання цих відносин. Щодо реклами лікарських засобів визначено її ознаки, види, основні правила та заборони.

**Ключові слова:** реклама, лікарські засоби, рецепт, рецептурний лікарський засіб, безрецептурний лікарський засіб, правове регулювання, Директива 2001/83/ЄС.

## Резюме

**Пашков В. М., Олефір А. А. Зарубежный опыт правового регулирования рекламы лекарственных средств.**

В статье исследованы современные тенденции рекламной деятельности на фармацевтическом рынке и зарубежный опыт правового регулирования этих отношений. Относительно рекламы лекарственных средств определены ее признаки, виды, основные правила осуществления и запреты.

**Ключевые слова:** реклама, лекарственные средства, рецепт, рецептурный препарат, безрецептурный препарат, правовое регулирование, Директива 2001/83/ЕС.

## Summary

**Pashkov V., Olefir A. Foreign experience of legal regulation of drug advertising.**

In the article were examined current trends of advertising in the pharmaceutical market and foreign experience of legal regulation of these relations. As for the advertising of medicines, were distinguished their symptoms, types, basic rules and prohibitions.

**Key words:** advertising, drugs, prescription, prescription drug, OTC drug, legal regulation, Directive 2001/83/EU.



**І. А. БІРЮКОВ**

*Іван Андрійович Бірюков, кандидат юридичних наук, професор, професор Навчально-наукового інституту права та психології Національної академії внутрішніх справ України*

**ДО ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ШЛЮБУ**

Інститут шлюбу привертав увагу дослідників на кожному етапі розвитку суспільства. При цьому значна увага приділялася визначенню поняття шлюбу – адже це багато в чому зумовлює його правову природу й правове регулювання<sup>1</sup>.

Сучасне життя ставить нові виклики щодо шлюбу, і науковці, передусім юристи, не можуть залишати їх поза своєю увагою. Особливої актуальності це питання набуває у зв'язку з тим, що в багатьох країнах, досвід яких активно враховується Україною, ставлення до шлюбу кардинально змінюється, зокрема пропагується правове закріплення укладання одностатевих шлюбів.

У засобах масової інформації часто за позитив видають поведінку тих відомих людей, які не цінують шлюб як духовну цінність, міняють дружин (чоловіків), роблячи при цьому вигляд незалежної, вільної людини. Складається враження, що подібний досвід шлюбного життя заохочується. Хоч це сфера не права, а моралі, але вона має безпосереднє відношення до шлюбу як до духовної та правової категорії і аж ніяк не сприяє його зміцненню.

Попри те, що в Україні шлюб вважається основою суспільства, а його цінність загально визнана, такі процеси не можуть не позначитися на правотворчій політиці та розробці доктрини шлюбу.

Показовим щодо цього є обговорення на сесії Верховної Ради України законопроекту № 5294 щодо запобігання та протидії домашньому насильству в Україні. За наполяганням громадськості, виходячи з традицій українського народу та християнських цінностей, із законопроекту було вилучено терміни «гендерний» та «сексуальна орієнтація». Водночас парламент не ратифікував Конвенцію Ради Європи «Про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цим явищем» – знову-таки через наявність у Конвенції норм про «гендер» і «сексуальну орієнтацію»<sup>2</sup>.

Можна також помітити і втручання законодавця в сферу моральних чи релігійних цінностей через надання деяким з них вигляду законодавчих норм, які регулюють шлюбні відносини. Прикладом чого може слугувати ст. 51 Сімейного кодексу України (далі – СК), згідно з якою дружина та чоловік мають рівне право на повагу до своєї індивідуальності своїх звичок та уподобань. Переходячи таким чином у сферу моральності, законодавець перебирає на себе ту сферу життя, яка створюється жінкою та чоловіком на свій розсуд<sup>3</sup>. Від такого втручання шлюб не зміцнюється, а авторитет закону знижується.

Викладене визначає актуальність дослідження понятійного апарату сімейного права, зокрема інституту шлюбу, насамперед з метою привертання уваги фахівців до проблем, пов'язаних з його удосконаленням та застосуванням у законодавчій практиці.

При створенні СК законодавець теж не лишився осторонь цього питання. На відміну від Кодексу про шлюб та сім'ю Української РСР, у якому не було визначення питання шлюбу, у СК йому присвячено частину першу ст. 21, згідно з якою шлюбом є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у державному органі реєстрації актів цивільного стану.

Коментуючи дану законодавчу норму, Ю. С. Червоний звертає увагу на те, що таке визначення поняття шлюбу навряд чи можна визнати вичерпним. На його думку, у ньому не зазначено, що шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка, що він є підставою для виникнення прав та обов'язків подружжя, що дійсним є лише шлюб, укладений з додержанням умов, передбачених законом. З урахуванням сказаного, Ю. С. Червоний наводить своє визначення поняття шлюбу, а саме – це вільний, спрямований на створення сім'ї союз жінки та чоловіка, укладений з додержанням умов та форм, встановлених законом, який породжує взаємні права та обов'язки подружжя<sup>4</sup>.

Як бачимо, запропоноване Ю. С. Червоним визначення поняття шлюбу створює нову проблему. За цим визначенням шлюб – це юридичний факт, з яким пов'язують виникнення сім'ї, прав та обов'язків подружжя. Насправді шлюб – це різновид сім'ї. Не шлюб породжує сім'ю, а належним чином оформлена домовленість чоловіка та жінки продовжувати своє життя разом, у шлюбі.

У зв'язку з цим доречно нагадати позицію Д. Мейера, який ще у 50-ті роки XIX ст. зазначав: сказати, що шлюб є сімейний союз двох осіб різної статі – не означає визначити зміст шлюбного союзу. Але зміст шлюбу не вичерпується і переліком всіх прав і обов'язків, що випливають із сімейного союзу чоловіка та жінки. Будь-яке визначення поняття шлюбу в галузі права буде чисто формальним. Воно може бути встановлено не в праві, а у сфері релігії і «нравственности»<sup>5</sup>. Виходячи з таких позицій щодо визначення поняття

шлюбу, Д. Мейер назвав перший параграф своєї лекції на тему «Право союзу брачного» не «Поняття шлюбу», а «Существо брака и условия его заключения»<sup>6</sup>.

Підхід Д. Мейера до визначення поняття шлюбу хоч і не був сприйнятий наступними дослідниками цього питання, але ніхто не спростував його. Так, Г. Ф. Шершеневич зазначав, що «с юридической точки зрения брак есть союз мужчины и женщины с целью сожительства, основанный на взаимном соглашении и заключенный в установленной форме»<sup>7</sup>.

Фактично запропоноване Г. Ф. Шершеневичем визначення поняття шлюбу було покладено в основу дослідження сутності шлюбу багатьма вченими і використано законодавцем України у чинному СК.

Варто також звернути увагу на те, що питання визначення поняття шлюбу розглядалося не лише юристами, а й іншими фахівцями. Наприклад, Гегель вважав, що шлюб за своєю суттю є «нравственное отношение», з урахуванням чого визначав поняття шлюбу як «правовую нравственную любовь»<sup>8</sup>. Ф. Ніцше під шлюбом розумів «... в более высоком понимании, как душевную близость людей различного пола, т.е. как мы надеемся его видеть в будущем...»<sup>9</sup>.

Не оминув визначення поняття шлюбу і Л. М. Толстой. На його думку, «брак, как условие, есть обязательство двух людей разных полов иметь детей друг от друга. Нарушение этого условия, есть обман, измена и преступление»<sup>10</sup>.

Слід також звернути увагу на те, що Гегель, Ніцше, Толстой не досліджували шлюб як правову категорію. Вони розглядали його як явище релігійне, філософське чи соціальне, але вони, як і Д. Мейер, були одноставні в тому, що в основі шлюбу лежить «нравственность», коренем якої є «нрав».

В. Даль зазначав: «... нрав – одна половина или одно из двух основных свойств духа человека. Ум и нрав четко образуют дух (душу в высшем значении). Ко нраву относятся, как понятия подчиненные: воля, любовь, милосердие, страсти и пр., а к уму: разум, рассудок, память и пр. Согласованный союз нрава и ума, сердца и думки образуют стройность, совершенство духа»<sup>11</sup>.

Про духовні цінності шлюбу йшлося і в законодавчих актах, історично-пов'язаних з Україною. Так, у параграфі першому, глави п'ятої, книги першої «Собрания малороссийских прав...» зазначено, що шлюб має особливе значення, тому що його зміст становлять три духовні добродетності: віра; надія; любов<sup>12</sup>.

Віра проявляється у довірі подружжя одне одному. Якщо один із подружжя стане невірним, то досконалості шлюбу не буде. Жінка та чоловік укладають шлюб з надією народити дітей і виховати їх. Без любові втрачаються і віра, і надія, шлюб занепадає. Про духовну складову людського життя писали З. В. Ромовська<sup>13</sup>, Р. О. Стефанчук<sup>14</sup> та інші.

У ст. 1 СК теж застосовується слово «духовність» як одне із завдань Сімейного кодексу, пов'язане з забезпеченням кожної дитини можливістю духовного та фізичного розвитку. Адже ж не секрет, що повноцінний духовний розвиток дитини може відбутися за умови злагодженості і досконалості духовності насамперед її батьків.

У більшості випадків, укладаючи шлюб вперше, жінка та чоловік уявляють його ідеалом, плекають надію, що він базуватиметься на духовних цінностях. Але в реальному житті часто буває так, що до «нраву» як його розумів В. Даль, додається норов у його найгіршому значенні. Норов може проявлятися в різкому конфліктному характері одного чи обох з подружжя, його (їх) впертості, сварливості, злопам'ятності тощо. Під впливом такого норову позитивні якості «нраву» змінюються. Настає розбрат – занепад шлюбу. Норовливість – теж прояв душі людини.

Важливим є і ставлення подружжя до майнових складових шлюбу, а саме: надмірна ощадливість, скупість, заздрість, схильність до розкоші чи надмірного вживання спиртних напоїв обома чи одним з подружжя. Такі риси характеру змінюють духовні складові шлюбу, збуденіють його, перетворюють з духовного на прагматичний, пов'язаний не з духовними цінностями, а з реальним майновим станом сімейних відносин. Подібне тому, про що писав І. Нечуй-Левицький у своєму творі «Кайдашева сім'я», проявляється в багатьох сім'ях і сьогодні.

Отже, виходячи з вищевикладеного, можна стверджувати, що без застосування слова «духовний» сформулювати змістовне визначення поняття шлюбу неможливо.

Як уже зазначалось, у СК шлюб названо союзом жінки і чоловіка. Насправді термін «союз» не має правового змісту. Тут чітко проглядається його релігійне підґрунтя. Так, у згаданому вище параграфі «Собрания...» записано: «Супружеский чин есть святыи по закону Божию и по многим особим добродетелям, которые в себе несет». Як бачимо, шлюб названо «чином», а не союзом. При чому наголошувалось, що подружній чин між всіма чинами на світі перше місце займає.

До встановлення радянської влади шлюб укладався в церкві. Церемонія вінчання була урочистою, піднесеною. Освячення шлюбу у церкві мало на меті не лише закріпити союз жінки та чоловіка, а й наблизити його до Бога – зробити їх союз священним.

Таким чином, перефразувавши слова Д. Мейера щодо поняття шлюбу, можна сказати: без визначення змісту шлюбу в галузі «нравственности» та релігії неможливо дати його визначення і в праві. А свідченням того, що шлюб має юридичне підґрунтя, виступають відповідні статті в СК.

Якщо подивитись на шлюб з юридичної точки зору, то впадає в очі наступне. Для регулювання шлюбних (сімейних) відносин, крім норм сімейного законодавства, застосовуються також норми інших правових галузей, у тому числі і цивільного права. Однією з таких норм є ст. 49 ЦК під назвою «Акти цивільного стану». У частині першій названої статті зазначено, що актами цивільного стану є події та дії, які нерозривно пов'язані

з фізичною особою і започатковують, змінюють чи припиняють її можливість бути суб'єктом цивільних прав та обов'язків. У подальших частинах цієї норми, серед переліку актів цивільного стану, які підлягають державній реєстрації та обов'язковому внесенню до Державного реєстру, зазначено шлюб. Отже, реєстрація шлюбу є нічим іншим як юридичним фактом у вигляді погодженої дії жінки та чоловіка, якою започатковується можливість бути суб'єктами не лише цивільних прав та обов'язків, а й сімейних правовідносин у якості подружжя.

Дією ж є волевиявлення особи (щодо шлюбу – волевиявлення двох осіб – жінки та чоловіка). Таким чином, виходимо на правочин як цивільно-правовий інститут. Але однозначно потрібно сказати – укладання шлюбу не є вчиненням правочину.

По-перше, правочин повинен завжди мати мету. На думку З. В. Ромовської, метою правочину є той матеріально-правовий інтерес, який сторона прагне задовольнити завдяки правочині і який задовольняє, вчинивши його<sup>15</sup>. Метою укладення шлюбу є задоволення не матеріально-правового, а, в переважній більшості, духовно-правового інтересу жінки і чоловіка, спрямованого на створення сім'ї. Реєстрація шлюбу інтерес не задовольняє, а лише створює правові підстави для його задоволення.

По-друге, змістом правочину є права й обов'язки сторін та умови їх виникнення, зміни чи припинення. Права та обов'язки подружжя чітко прописані в законі. Укладаючи шлюб, наречені погоджуються взяти передбачені в законі права та обов'язки подружжя. Характерним при цьому є те, що прописані в законі сімейні права та обов'язки є однаковими для всіх, хто вступає до шлюбу. Саме тому орган державної реєстрації актів цивільного стану зобов'язаний ознайомити наречених з їхніми правами та обов'язками як майбутнім подружжям і потенційними батьками та попередити про відповідальність за приховання перешкод до реєстрації шлюбу (ст. 29 СК). Права та обов'язки учасників правочину зазвичай не збігаються. Кожен правочин має свій зміст.

Отже, об'єктивні права та обов'язки, що зазначені в законі, після реєстрації шлюбу перетворюються на суб'єктивні права та обов'язки подружжя.

По-третє, мотив вчинення особою правочину є байдужим для її контрагента і, як правило, є пасивним при формуванні прав та обов'язків учасників правочину. Особи, які вирішили укласти шлюб, вмотивовані, хоча правового значення їх мотиви теж не мають.

Щодо ознак правочину і порівняння їх з волевиявленням осіб, які бажають укласти шлюб, то тут є багато спільного, а саме: учинення правочину і укладення шлюбу є дією, отже, волевиявленням осіб; правочини в більшості своїй, як і шлюб, стосуються майбутнього; правозгідність є ознакою як правочину, так і шлюбу<sup>16</sup>.

Таким чином, укладення шлюбу хоч і не можна назвати правочином, але він, як і правочин, є наслідком волевиявлення.

Свого часу М. М. Агарков звертав увагу на те, що «...термин «сделка» должен быть сохранен лишь для обозначения действий, создающих тот правовой эффект, на который они направлены. Кроме этого, следует воспользоваться термином «волеизъявление». Волеизъявление, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских правоотношений, может быть действительным или недействительным. Если оно действительно, то оно является сделкой»<sup>17</sup>.

Погоджуючись з такою думкою, можна також стверджувати, що термін «волевиявлення» може бути спрямований не лише на учинення правочину, а й на укладання шлюбу. Стосовно шлюбу теж можна сказати, що волевиявлення на укладання шлюбу може бути дійсним і недійсним. Шлюб – це завжди дійсне волевиявлення. Недійсне волевиявлення не породжує шлюбу. Тому було б більш правильним ст. 39 СК назвати не «Шлюб, який є недійсним», а «Анулювання актового запису про шлюб». При цьому частину першу–третю ст. 39 СК об'єднати в першу частину такого змісту:

Анулювання актового запису про шлюб як волевиявлення жінки й чоловіка відбувається за умови:

- 1) одночасного перебування хоча б одного з них в іншому зареєстрованому шлюбі;
- 2) встановлення факту, що вони є родичами прямої лінії споріднення чи рідним братом і сестрою;
- 3) встановлення факту, що хоча б один з них на момент реєстрації їх спільного волевиявлення був визнаний недієздатним.

Частини 4, 5, 6 названої статті зробити, відповідно, частинами 2, 3, 4.

Що дає запропонована редакція ст. 39 СК?

По-перше, акцентується увага на тому, що акт реєстрації волевиявлення осіб не породив настання шлюбу, а відповідно до нової редакції ст. 124 Конституції України не підпадає під юрисдикцію судів. Підвідомчість цього питання органу РАЦСу є правомірною і не суперечить вимогам Конституції.

По-друге, якщо нікчемне волевиявлення жінки та чоловіка не є шлюбом, то анулювання актового запису аж ніяк не порушує цивільно-правового стану життя жінки та чоловіка, бо юридично воно на їх права та обов'язки не вплинуло. Якщо ж хтось з них вважатиме, що він поніс певні втрати від реєстрації так званого шлюбу, то він має право звернутися з позовом до тієї особи, яка, на його переконання, завдала йому шкоду і довести суду правомірність своїх вимог, але не як учасник шлюбних відносин, а як фізична особа, що є носієм цивільної правосуб'єктності.

Виходячи з викладеного, можна запропонувати наступне визначення поняття шлюбу – це духовно-правовий стан життя жінки та чоловіка, започаткований державною реєстрацією їх погодженого, добровільного, належним чином оформленого волевиявлення про створення сім'ї і прийняття на себе прав і обов'язків подружжя.

Запропоноване визначення поняття шлюбу ґрунтується на положеннях чинного законодавства, сприяє духовному розвитку суспільства, акцентує увагу на тому, що шлюб як стан життя жінки і чоловіка за їх

волею розвивається, удосконалюється, міцнішає, а інколи занепадає та припиняє своє існування. Саме тому законодавче регулювання сімейних відносин повинно бути спрямоване не на утвердження у подружжя почуттів взаємної любові та поваги, а на створення таких соціально-правових умов, за яких подружжя могло б вільно і впевнено творити своє життя, любити одне одного, бути захищеним від порушень своїх прав та інтересів, а також забезпечувати своїм дітям можливості духовного й фізичного розвитку.

Звертаємо увагу, що запропоноване визначення поняття шлюбу – це передусім спроба привернути увагу дослідників, законодавця, практичних працівників до проблем, пов'язаних з формулюванням понятійного апарату законодавчих актів, а не пропозиція замінити нині існуюче в СК визначення поняття шлюбу.

Що ж до визначення поняття шлюбу, зазначеного у ст. 21 СК, то враховуючи, що «будь-яке визначення поняття шлюбу в галузі права буде чисто формальним», бажано його не змінювати. Як уже зазначалося, слово «союз», яким названо шлюб, має релігійне підґрунтя, стало традиційним у літературних джерелах і повсякденній практиці, хоч і не розкриває суті стану, у якому перебуває подружжя, але й не суперечить йому. Крім того, цінним у цьому визначенні є закріплення догми, згідно з якою шлюб може бути укладеним лише між жінкою та чоловіком, чим вибиваються правові підстави різного роду інсинуаціям про одностатеві шлюби, наявність «сексуальних меншин» та захист їх домагань за допомогою закону.

<sup>1</sup> Поняття шлюбу визначали: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – М., 1915. – Т. 2. – С. 263; *Тархов В. А.* Советское семейное право / В. А. Тархов. – Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1962. – С. 28; *Иоффе О. С.* Советское гражданское право / О. С. Иоффе. – Л. : ЛГУ, 1965. – Т. 3. – С. 187; *Оридорога М. Т.* Брачное правоотношение / М. Т. Оридорога. – К. : КВШ МВД СССР. – 1971. – С. 29; *Маслов В. Д.* Действующее законодательство о браке и семье / В. Д. Маслов, З. А. Подопрігора, А. А. Пушкин. – Х., 1972. – С. 33; *Матвеев Г. К.* Советское семейное право : учеб. / Г. К. Матвеев. – М. : Юрид. лит., 1978. – С. 39; *Червоний Ю. С.* Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного – К. : Істина, 2003. – С. 50; *Труба В. И.* Семейные правоотношения как вид общественных отношений и их место в правовом регулировании. Альманах цивилистики: сборник статей / В. И. Труба ; под ред. Р. А. Майданика. – К. : Алерта, 2015. – Вып. 6. – С. 312–325 та інші.

<sup>2</sup> *Кучерява О.* На нашу думку, традиції українського народу тут не причому. Природою закладено виникнення шлюбу між жінкою і чоловіком і це характерно для всього людства. Інакше б діти не народжувалися. Інша сексуальна орієнтація – розпус- та чи хвороба / О. Кучерява // *Голос України*. – 2016. – 18 листопада.

<sup>3</sup> Див.: *Сімейне право України : підруч.* / за ред. В. С. Голанчука. – К. : Істина. 2002. – С. 81; *Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного.* – К. : Істина. 2003. – С. 84–85.

<sup>4</sup> *Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного.* – К. : Істина. 2003. – С. 84–85.

<sup>5</sup> *Русское гражданское право.* Чтения Д. И. Мейера / под ред. Вицина. – С. Петербург, 1902 – С. 758.

В українській мові слово «нравственность» не використовується. Філологи його замінюють словом «моральність», але за своїм змістом ці слова не однакові, це не синоніми. Особливості цих слів добре розумів Гегель, назвавши другу частину своєї роботи «Філософія права» – «Моральність», а третю – «Нравственность».

<sup>6</sup> Там само.

<sup>7</sup> *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – М., 1915. – Т. 2. – С. 263.

<sup>8</sup> *Гегель Г. В.* Философия права / Г. В. Гегель. – М. : Мысль, 1990. – С. 210.

<sup>9</sup> *Ницше Ф.* По ту сторону добра и зла / Ф. Ницше. – М. : ЗАО Изд-во ЭКСМО–Пресс, 1999. – С. 224.

<sup>10</sup> *Толстой Л. Н.* Об истине, жизни и поведении / Л. Н. Толстой. – М. : ЗАО Изд-во ЭКСМО–Пресс, 1999. – С. 158.

<sup>11</sup> *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка / В. Даль. – М. : Русский язык, 1979. – Т. 2. – С. 558.

<sup>12</sup> *Собрание малороссийских прав 1807 г.* // АН Украины. – К. : Наук. думка, 1992. – С. 22.

<sup>13</sup> *Ромовська З. В.* Особисті немайнові права фізичних осіб / З. В. Ромовська // *Українське право*. – 1997. – Число 1. – С. 49.

<sup>14</sup> *Стефанчук Р. О.* Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві : моногр. / Р. О. Стефанчук. – Хмельницький, 2007. – С. 272.

<sup>15</sup> *Ромовська З. В.* Українське цивільне право. Заг. частина : підруч. / З. В. Ромовська. – К. : Атіка, 2005. – С. 341.

<sup>16</sup> *Ромовська З. В.* Там само. – С. 336–343. При аналізі особливостей правової природи шлюбу у порівнянні з правочином використано класифікацію ознак правочину, запропоновану З. Ромовською, відповідальною за зміст Глави XVI «Правочини» ЦК України.

<sup>17</sup> *Агарков М. М.* Избранные труды по гражданскому праву : в 2-х т. / М. М. Агарков. – М. : Центр ЮрИнфоР, 2002. – Т. II. – С. 346–347.

## Резюме

### **Бірюков І. А. До законодавчого визначення поняття шлюбу.**

У статті досліджується сутність шлюбу крізь призму духовної складової життя людини. Акцентується увага на тому, що шлюб – це духовно-правовий стан життя жінки та чоловіка, у якому вони перебувають після державної реєстрації їх спільного волевиявлення. Стверджується, що шлюб не є правочином, вноситься пропозиція щодо удосконалення ст. 39 СК. При цьому наголошується, що запропоноване визначення поняття шлюбу не є пропозицією змінити ст. 21 названого кодексу.

**Ключові слова:** шлюб, сутність шлюбу, подружжя, сімейний стан, сімейний кодекс.

## Резюме

### **Бірюков І. А. К законодательному определению понятия брака.**

В статье исследуется сущность брака через призму духовной составляющей жизни человека. Акцентируется внимание на том, что брак – это духовно-правовое состояние жизни женщины и мужчины, в котором они пребывают после государственной регистрации их совместного волеизъявления. Утверждается, что брак не является сделкой. Вносится предложение по



усовершенствовании ст. 39 СК. При этом подчеркивается, что названное определение понятия брака не следует понимать как предложение изменить текст ст. 21 названного кодекса.

**Ключевые слова:** брак, сущность брака, супруги, семейное положение, семейный кодекс.

### Summary

#### *Biriukov I. By the legal definition of marriage.*

The article examines the essence of marriage through the prism of the spiritual component of human life. Attention focused on the fact that marriage is a spiritual and legal status of life of women after state registration of their common will. Saying that marriage is not a civil transaction, proposing the improvement of the art. 39 of Family Code.

**Key words:** marriage, the nature of marriage, marriage, marital status, family code.

УДК 347.9

**Н. В. ВАСИЛИНА, В. В. КРУКОВЕС**

*Наталія Володимирівна Василина, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

*Валерія Володимирівна Круковес, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ПРАВОВИЙ СТАТУС ЗАЯВНИКІВ ТА ЗАІНТЕРЕСОВАНИХ ОСІБ У СПРАВАХ ПРО ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТУ ПРОЖИВАННЯ ОДНІЄЮ СІМ'ЄЮ ЧОЛОВІКА ТА ЖІНКИ БЕЗ ШЛЮБУ

Кожна категорія справ окремого провадження відрізняється механізмом процесуального порядку розгляду, специфікою доказової бази, процедурою виконання рішень тощо. Не є винятком із цього і справи про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу, які окрім перерахованих вище ознак мають специфіку щодо суб'єктного складу.

На жаль, положення чинного Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) оперують загальними поняттями та не містять конкретизації щодо того, хто саме може бути заявниками та заінтересованими особами у справах даної категорії. Необхідно також зазначити, що потребують детальнішого наукового дослідження питання щодо доцільності залучення нотаріусів у якості заінтересованих осіб у таких справах, особливо, коли встановлення такого факту пов'язано із прийняттям спадщини. Тому актуальним завданням є усунути всі наявні практичні проблеми при визначенні заявників та заінтересованих осіб у справах про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу шляхом дослідження наукових поглядів та підходів.

Дане питання не було предметом окремого наукового дослідження, проте в контексті особливостей розгляду справ про встановлення фактів, що мають юридичне значення, розглядалися деякі аспекти процесуальної участі заявників та заінтересованих осіб у справах про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу такими вченими, як М. О. Німак, А. І. Григор'єва, Ю. В. Пилипенко, С. Я. Фурса, П. Ф. Єлісейкін, Л. І. Газіянець, Г. В. Чурпіта, М. М. Ясинок та ін.

**Мета статті** – проаналізувати особливості участі заявників у справах про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу іншими особами, зокрема родичами таких осіб, та дослідити процесуальні особливості участі заінтересованих осіб.

Насамперед необхідно підкреслити, що в теорії цивільного процесуального права існують різні позиції щодо класифікації суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин. Так, В. М. Співак зазначає, що оскільки суб'єкти цивільних процесуальних відносин наділені різними процесуальними правами і мають неоднакову заінтересованість у справі, тому їх слід поділяти на декілька груп: 1) суд; 2) особи, які беруть участь у справі; 3) інші учасники процесу<sup>1</sup>. М. Й. Штефан поділяє на: осіб, які здійснюють правосуддя по цивільних справах; осіб, які беруть участь у справі; осіб, які сприяють судові в розгляді справи<sup>2</sup>. С. Я. Фурса класифікує на: осіб, які здійснюють правосуддя та сприяють його здійсненню; осіб, які беруть участь у справі; осіб, які не беруть участь у справі<sup>3</sup>.

Щодо класифікації суб'єктів в окремому провадженні, то М. М. Ясинок пропонує поділяти їх на: 1) суб'єктів, які особисто звертаються до суду за захистом своїх інтересів; 2) суб'єктів, які звертаються до суду з метою захисту інтересів фізичних осіб; 3) суб'єктів, які звертаються до суду з метою захисту інтересів невизначеного кола осіб; 4) суб'єктів, які поєднують свій службовий інтерес із інтересом особи, в інтересах якої вони звертаються до суду; 5) суб'єктів, які звертаються до суду з метою відновлення правовідносин<sup>4</sup>.

ЦПК оперує поняттям «учасники цивільного процесу», яких у свою чергу поділяє на осіб, які беруть участь у справі та інших учасників цивільного процесу. Проте, на відміну від чинного цивільного процесуального законодавства, проект ЦПК не оперує поняттям «особи, які беруть участь у справі», а застосовує лише поняття «учасники судового процесу» та «учасники справи»<sup>5</sup>. Вважаємо, що така пропозиція є не досить слушною, адже відбувається плутанина між учасниками, які мають матеріальну заінтересованість та які не мають такої.

Відповідно до ст. 26 ЦПК заявники та заінтересовані особи, їхні представники мають статус осіб, які беруть участь у справі. Проте проект ЦПК пропонує визначати, що учасниками у справах окремого провадження є лише заявники та заінтересовані особи, тим самим унеможливаючи участь представників у справах окремого провадження<sup>6</sup>.

Під заявником у теорії цивільного процесуального права прийнято розуміти особу, в інтересах якої відкрито провадження у справі про встановлення будь-якої обставини або юридичного стану громадянина, з яким закон пов'язує виникнення, зміну чи припинення особистих або майнових прав громадян<sup>7</sup>. Характерними рисами заявника у справах окремого провадження є: необхідність судового підтвердження обставин, без яких заявник позбавлений можливості здійснити свої права; порушення справи для захисту його охоронюваних законом інтересів; його особиста процесуальна та матеріальна заінтересованість у справі; покладання на заявника судових витрат<sup>8</sup>.

Таким чином, при прийнятті заяви про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу перевіряється наявність у заявника юридичної заінтересованості. Отже, факт, який просить заявник встановити, повинен мати юридичний характер, тобто породжувати правові наслідки для заявника.

Коло заявників у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення, врегульовано недостатньо, що викликає на практиці низку проблем. Законодавець не робить конкретної персоніфікації заявників, а визначає їх за спрямованістю конкретного інтересу, оскільки законодавець кожного разу самостійно уточнює дане поняття в кожній частині окремого провадження. Проте саме в контексті справ про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу цього не зазначено.

Вважаємо, що найголовнішими заявниками у справах про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу є суб'єкти вказаних сімейних правовідносин, а саме жінка та (або) чоловік, які спільно проживають однією сім'єю без шлюбу. Слід також зауважити, що заявником може бути як один із суб'єктів цих правовідносин, так і обидва. При цьому, якщо заявником є тільки жінка або тільки чоловік, таке правовідношення не можна кваліфікувати як таке, у якому вбачається спір про право, оскільки інший партнер може і не заперечувати даного факту. У цьому випадку інший партнер буде заінтересованою особою, адже даний факт матиме юридичне значення і для нього. Так, жінка звернулася до суду із заявою про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу. У судовому засіданні чоловік як заінтересована особа підтримав заяву та не заперечував проти встановлення даного факту<sup>9</sup>.

У випадку, коли заява подається або жінкою, або чоловіком, у самій заяві необхідно зазначати про те, що інша особа не заперечує проти встановлення даного факту. Це необхідно для унеможливлення наявності спору між ними. Тому для більш ефективного результату необхідно подавати таку заяву спільно.

У випадку подання такої заяви одним з подружжя у випадку смерті другого, для отримання спадщини в порядку четвертої черги спадкування, то в цьому випадку так само доцільно повідомити про всіх відомих можливих інших спадкоємців, а також зазначити про те, що вони не проти встановлення такого факту, щоб унеможливити відмову в відкритті провадження у справі через «вбачання спору про право»<sup>10</sup>. У випадку, якщо про таких осіб не зазначено, то суддя повинен залучити їх до справи, оскільки встановлення такого факту може стосуватися їх прав. У п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 5 «Про судову практику в справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення» вказується, що для забезпечення правильного і своєчасного розгляду справ про встановлення фактів, які мають юридичне значення, у кожній справі після її порушення суддя зобов'язаний провести підготовчі дії, зокрема з'ясувати, які фізичні особи чи організації можуть бути заінтересовані у вирішенні даної справи і підлягають виклику в судове засідання<sup>11</sup>.

Щодо того чи можуть бути заявниками у відповідній категорії справ інші особи, зокрема, родичі, у літературі склалася неоднозначна позиція. Так, Л. І. Газіянцем було висловлено думку, що інші особи не можуть бути заявниками в таких справах, а можуть захистити свої права лише шляхом пред'явлення позову<sup>12</sup>. Така позиція була піддана критиці П. Ф. Єлісейкіним, який підкреслив, що для пред'явлення позову необхідним є спір про право, чого в даному випадку може й не бути. У розвиток цієї концепції науковець дійшов висновку про те, що такі відносини між чоловіком та жінкою можуть бути встановлені і після смерті обох<sup>13</sup>. С. Я. Фурса зазначає, що заінтересовані особи (їх діти, близькі родичі та інші особи, для яких встановлення цього факту породжує виникнення, зміну або припинення особистих чи майнових прав) вправі, у порядку, встановленому законом, звернутися до суду за захистом охоронюваного законом інтересу<sup>14</sup>.

Вважаємо, що інші особи можуть бути заявниками у таких справах, якщо доведуть наявність у них юридичної заінтересованості. Тобто, якщо судове рішення у справі стане підтвердженням наявності чи відсутності в них певних прав та обов'язків, зумовлених фактом спільного проживання чоловіка та жінки без шлюбу. Проаналізувавши судову практику, можна зазначити, що найчастіше це справи про спадкування. Так, заявниця звернулася до суду із заявою про встановлення факту проживання однією сім'єю без шлюбу її батька із матір'ю. Даний факт заявниці необхідно встановити для оформлення спадщини<sup>15</sup>. В іншій схожій ситуа-

ції заявник звернувся до суду з відповідною заявою для спадкування майна, яке залишилося після смерті своїх батьків, однак через відсутність реєстрації шлюбу між ними не має змоги цього зробити<sup>16</sup>.

Встановлення даного факту необхідно родичам для визнання майна спільною сумісною власністю між ними, а разом із тим і спадкування за законом після них. Проте зовсім іншою ситуація буде, коли майно чоловіка та жінки, які проживали разом без реєстрації шлюбу, було оформлено на одного з них (є титульним власником). Тому в цьому випадку неправильно є практика встановлення даного факту, оскільки спільної сумісної власності між ними немає<sup>17</sup>. Іншою ситуацією є, коли донька, наприклад, спадкує в порядку спадкової трансмісії, де в цьому випадку обов'язково повинен бути встановлений факт проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу, так як мати, можливо, не встигла прийняти спадщину після батька<sup>18</sup>.

До заінтересованих осіб у науці цивільного процесуального права прийнято відносити осіб, які беруть участь у справі та мають у ній юридичну заінтересованість. У юридичній літературі існує думка, що до заінтересованих осіб слід відносити осіб, взаємовідносини яких із заявником залежать від мети факту, що підлягає встановленню<sup>19</sup>. Для цих осіб характерним є те, що їхні суб'єктивні права та обов'язки мають юридичний зв'язок із суб'єктивними правами і обов'язками заявників. Коло заінтересованих осіб визначається взаємовідносинами із заявником у зв'язку з обставинами, які підлягають встановленню і які можуть вплинути на їх права та обов'язки. Участь у справі цих осіб зумовлюється тим, що із встановленням окремих обставин заявник може реалізувати свої права у правовідносинах, у яких беруть участь і заінтересовані особи. Істотна відмінність між ними полягає у тому, що у заявника певне суб'єктивне матеріальне право залежить від судового рішення, а права заінтересованої особи перебувають у визначеному стані, тобто така особа на момент судового розгляду справи вже має такі права (наприклад, спадкоємці за законом). Цивільне процесуальне законодавство не надає і не може надати вичерпного переліку суб'єктів, яких необхідно залучати під час розгляду справ окремого провадження як заінтересованих осіб, оскільки кожна справа індивідуальна.

Цікавою є судова практика залучення в якості заінтересованих осіб нотаріусів. Так, з аналізу судової практики вбачається, що у випадках, коли особи відмовляють у вчиненні нотаріальної дії з підстав відсутності доказів, які б підтверджували проживання однією сім'єю зі спадкодавцем, а саме рішення суду, що набрало законної сили, про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу, то в цьому випадку вони залучаються судом в якості заінтересованих осіб. Варто зазначити, що судова практика здебільшого йде шляхом постійного залучення нотаріусів у справах даної категорії. Для прикладу: заявниця звернулася до суду заявою про встановлення відповідного факту, мотивуючи свої вимоги тим, що проживала однією сім'єю без реєстрації шлюбу із чоловіком. Після його смерті звернулася до нотаріуса з метою оформлення спадщини, проте їй було відмовлено у зв'язку із відсутністю підтвердження факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу, а саме рішення суду, що набрало законної сили. Судом нотаріуса було залучено в якості заінтересованої особи<sup>20</sup>. Таких судових справ досить велика кількість. Проте в іншій аналогічній справі нотаріуса не було залучено в якості заінтересованої особи<sup>21</sup>.

Не зовсім погоджуємося з даною позицією з наступних підстав. Більшість справ стосується саме тих випадків, коли заява про прийняття спадщини не прийнята та відповідно не зареєстрована, а отже, спадкова справа не відкрита, тому залучати немає сенсу, адже нотаріус не має відношення до справи. Для заявника головним є встановити даний факт, а отже, залучення в якості заінтересованої особи нотаріуса, який відмовив у відкритті провадження у справі відповідно до чинного законодавства, не має сенсу ані для заявника, ані для самого нотаріуса. Участь нотаріуса повинна бути зумовлена інтересом щодо юридичних наслідків розглядуваного факту, а цього в даному випадку немає.

Можемо зробити такі висновки. Заявниками у справах про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу є особи, які заінтересовані у відкритті провадження у справі для встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу, що матиме юридичне значення, необхідного для створення умов здійснення особистих майнових чи немайнових прав або підтвердження наявності чи відсутності неоспорюваних прав. Заявниками у таких справах є чоловік та (або) жінка, які проживають разом без реєстрації шлюбу і які мають намір установити даний факт у судовому порядку, а у випадку смерті таких осіб заявниками можуть виступати їх родичі.

Заінтересованими особами у справах про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу є особи, які мають юридичну заінтересованість у результатах розгляду справи та цивільні права яких знаходяться у юридичному зв'язку з цивільними правами заявника і зумовлюють встановлення факту, що матиме юридичне значення.

Щодо участі нотаріуса в якості заінтересованої особи, то недоцільно у таких справах залучати нотаріусів, адже вони жодним чином не мають юридичної заінтересованості, і встановлення даного факту не впливає на їх права. Участь нотаріуса повинна бути зумовлена інтересом щодо юридичних наслідків розглядуваного факту, а цього в даному випадку немає, адже спадкова справа не відкрита. Вважаємо, що залучення саме судом у якості заінтересованих осіб нотаріусів є помилковим через неправильне розуміння сутності участі заінтересованих осіб у справах окремого провадження. Більше того, вважаємо, що така практика склалася через проведення аналогії, коли нотаріуси в порядку позовного провадження залучаються в якості третіх осіб без самостійних вимог.

<sup>1</sup> Захарова О. С. Суб'єктний склад цивільних процесуальних правовідносин / О. С. Захарова // Вісник академії адвокатури. – 2009. – № 3 (16). – С. 21–26.



- <sup>2</sup> Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / М. Й. Штефан. – К. : Видавничий дім «Ін Юре», 2005. – 624 с.
- <sup>3</sup> Цивільний процес України: академічний курс: [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / за ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2009. – 848 с.
- <sup>4</sup> Ясинок М. М. Суб'єкти цивільного процесу та їх процесуальний статус у справах окремого провадження / М. М. Ясинок // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2010. – № 3.
- <sup>5</sup> Порівняльна таблиця до проекту Закону України «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України (щодо судової реформи)» // Рада з питань судової реформи : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://jrc.org.ua/steps/step/procesual'ne\\_zakonodavstvo](http://jrc.org.ua/steps/step/procesual'ne_zakonodavstvo)
- <sup>6</sup> Там само.
- <sup>7</sup> Цивільне судочинство України: основні засади та інститути: моногр. / В. В. Комаров, К. В. Гусаров, Н. Ю. Сакара та ін.; за ред. В. В. Комарова. – Х. : Право, 2016. – 848 с.
- <sup>8</sup> Фурса С. Я. Окреме провадження у цивільному процесі України / С. Я. Фурса. – К., 1999. – 309 с.
- <sup>9</sup> Рішення Козятинського міськрайонного суду Вінницької області від 13 вересня 2012 р. № 209/3016/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26039528>
- <sup>10</sup> Круковес В. В. Склад осіб, які беруть участь у справі про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу / В. В. Круковес // Цивільний процес на зламі століть: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. 50-річчю заснування каф. цив. процесу (м. Харків, 20–21 жовтня 2016 р.) / за заг. ред. К. В. Гусарова. – Х. : Право, 2016. – С. 120–122; Про судову практику в справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення : постанова Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 5 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-95>
- <sup>11</sup> Рішення Іванківського районного суду Київської області від 4 травня 2016 року № 366/1124/16-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57496562>
- <sup>12</sup> Бельк А. Н. Запись актов гражданского состояния / Н. А. Бельк, Л. И. Газиянц. – М. : Госюриздат, 1959. – 196 с.
- <sup>13</sup> Елисейкин П. Ф. Судебное установление фактов, имеющих юридическое значение / П. Ф. Елисейкин. – М. : Юрид. лит., 1973. – 190 с.
- <sup>14</sup> Фурса С. Я. Вказана праця. – 309 с.
- <sup>15</sup> Рішення Городецького районного суду Хмельницької області від 21 липня 2016 р. № 672/785/16ц // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59103027>
- <sup>16</sup> Рішення Голопристанського районного суду Херсонської області № 654/2162/16-ц від 4 жовтня 2016 р. // Єдиний державний реєстр судових : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62119838>
- <sup>17</sup> Рішення Приморського районного суду міста Одеси № 522/3669/14-ц від 27 березня 2014 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38114622>
- <sup>18</sup> Рішення Кременчуцького районного суду Полтавської області № 536/1772/16-ц від 23 листопада 2016 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63158475>
- <sup>19</sup> Калистратова Р. Ф. Дела об установлении фактов, от которых зависит возникновение, изменение или прекращение прав граждан или юридических лиц / Р. Ф. Калистратова. – М., 1963. – 160 с.
- <sup>20</sup> Рішення Ленінського районного суду м. Дніпропетровськ № 205/8001/15-ц від 27 липня 2016 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59423647>
- <sup>21</sup> Рішення Іванківського районного суду Київської області від 19 грудня 2012 р. № 2-о-30/2012 // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/51206989>

## Резюме

### **Василина Н. В., Круковес В. В. Правовий статус заявників та заінтересованих осіб у справах про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу.**

Стаття присвячена особливостям участі заявників та заінтересованих осіб у справах про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу. Авторами аналізуються практичні проблеми подання заяв про встановлення зазначеного факту родичами таких осіб, а також доцільності залучення нотаріусів в якості заінтересованих осіб у справах даної категорії. У статті проаналізовано вітчизняну судову практику на предмет виявлення суттєвих прогалин при визначенні заявників та заінтересованих осіб у таких справах та зроблено відповідні висновки. Запропоновано власні шляхи вирішення проблеми, пов'язаної із залученням нотаріусів у якості заінтересованих осіб. Авторами пропонуються власні пропозиції щодо внесення відповідних змін до вітчизняного процесуального законодавства. У висновку автори наводять власні визначення заявників та заінтересованих осіб у справах даної категорії.

**Ключові слова:** окреме провадження, заявник, заінтересовані особи, заява, факти, що мають юридичне значення, проживання однією сім'єю.

## Резюме

### **Василина Н. В., Круковес В. В. Правовой статус заявителей и заинтересованных лиц в делах об установлении факта проживания одной семьей мужчины и женщины без брака.**

Статья посвящена особенностям участия заявителей и заинтересованных лиц по делам об установлении факта проживания одной семьей мужчины и женщины без брака. Авторами анализируются практические проблемы подачи заявлений об установлении указанного факта родственниками таких лиц, а также целесообразности привлечения нотариусов в качестве заинтересованных лиц по делам данной категории. В статье проанализирована отечественная судебная практика на предмет выявления существенных пробелов при определении заявителей и заинтересованных лиц по таким делам и сделаны соответствующие выводы. Предложены собственные пути решения проблемы, связанной с привлечением нотариусов в качестве заинтересованных лиц. Авторами даются собственные предложения по внесению соответствующих изменений в отечественное процессуальное законодательство. В заключении авторы приводят собственные определения заявителей и заинтересованных лиц по делам данной категории.



**Ключевые слова:** особое производство, заявитель, заинтересованные лица, заявление, факты, имеющие юридическое значение, проживание одной семьей.

Summary

*Vasylyna N., Krukoves V. Legal status of applicants and interested parties in cases of establishing the fact of residence of one family of a man and a woman without marriage.*

The paper is devoted to the peculiarities the participation of the applicants and interested parties in cases of establishing the fact of living together men and women without marriage. The authors analyze the practical problems of applying the establishment of this fact by relatives and the procedural peculiarities of participation of agency and expediency notary involvement in this category. The paper analyzes the national judicial practices to identify gaps in the determination of the applicants and interested parties in such cases and the correct conclusions. The authors offer their own solutions to problems related to the involvement of notaries as interested parties. The authors offered their own proposals for appropriate amendments to national procedural law. In conclusion, the authors give their own definition of the applicants and interested parties for this category.

**Key words:** special proceeding, applicant, interested people, statement, the facts having legal value, living together as one family.

УДК 347.2:001.8

**М. М. ВЕЛИКАНОВА**

*Марина Миколаївна Великанова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету культури і мистецтв*

**МЕТОДИЧНА СКЛАДОВА ПІЗНАННЯ ЮРИДИЧНОГО РИЗИКУ**

Сучасні методологічні дослідження характеризуються різноманітністю підходів до розуміння сутності методології та визначення самого терміна «методологія науки». У всіх галузях науки на сьогодні спостерігається переосмислення підходів до пізнання об'єктивної дійсності та здійснення теоретико-пізнавальної діяльності з метою набуття й обґрунтування нових знань. Своєю чергою принципи, прийоми, засоби, способи дослідницької діяльності зумовлюються сутністю явищ і процесів, що вивчаються. Не є винятком і юридична наука.

Проблеми поняття та змісту методології становили предмет наукового інтересу вчених різних галузей науки – починаючи із філософії і закінчуючи окремими галузями наукових знань, зокрема, С. Д. Гусарева та О. Д. Тихомирова, О. С. Кравець, Д. А. Керімова, С. С. Розової, М. І. Козюбри, С. В. Вишневецької, М. С. Кельмана, М. В. Костицького, В. П. Казимирчука, І. Д. Андрєєва, Г. І. Рузавіна та інших науковців.

**Метою** цієї публікації є обґрунтування способів організації пізнавального процесу дослідження юридичних ризиків у цивільних правовідносинах.

Методичний компонент пізнання юридичних ризиків становить система методів наукового дослідження: їх зміст, структура, умови і межі застосування, а також взаємодія різних методів. При цьому у науці наголошується на необхідності розмежування методів науки і методів дослідження.

С. В. Вишневецька зазначає, що у найбільш абстрактному значенні про метод можна говорити двояко: як про сукупність способів дій щодо досягнення поставленої мети, так і про сукупність інструментів дослідження. На її думку, метод є сукупністю правил, прийомів, способів і засобів, які застосовуються в певній послідовності для пізнання предмета дослідження і спрямовані на розв'язання конкретного пізнавального завдання<sup>1</sup>.

Залишаючи поза межами цієї статті дискусію про поділ методів наукового пізнання, вкажемо на загальноновизнані класифікації.

За ступенем спільності і сферою дії методи поділяються на<sup>2</sup>:

1) філософські – характеризуються універсальністю, задаючи найбільш загальні регулятиви дослідження (діалектичний, метафізичний, формально-логічний методи);

2) загальнонаукові – методи наукового пізнання, структури, параметрів, феноменів та інших характеристик об'єктів, притаманні усім галузям науки (аналіз, синтез, абстрагування, узагальнення, індукція, дедукція, аналогія тощо);

3) приватно-наукові методи – застосовуються у тій чи іншій галузі науки;

4) дисциплінарні – методи, що застосовуються у тій чи іншій дисципліні;

5) міждисциплінарні методи – синтетичні, інтегративні методи, які використовуються на стику наукових дисциплін.

В. М. Сирих поділяє методи пізнання права на такі види:

1) метод матеріалістичної діалектики;

2) загальні прийоми (аналіз і синтез, індукція та дедукція, аналогія, порівняння тощо);

3) спеціальні методи (статистичний, математичний, кібернетичний тощо);

4) часткові правові методи (формально-логічний метод тлумачення права, порівняльно-правовий метод)<sup>3</sup>.

Сприймаючи зазначені вище класифікації, у контексті нашого дослідження зупинимося на тих методах, що дають змогу максимально ефективно охарактеризувати юридичні ризики в цивільних правовідносинах. І розпочнемо з філософських методів.

У науці немає так званих «чистих методів». Набір і поєднання методів юридичного пізнання залежить від соціальних, гносеологічних передумов (рівень розвитку науки, культури), предмета пізнання – його змісту, сутності, діапазону методів, засобів їх здійснення, суб'єкта пізнання, його професійної зрілості, наукової кваліфікації<sup>4</sup>. Як зазначає Р. Б. Шишка, у науці приватного права встановилася багаторівнева концепція методології, що охоплює діалектику – вчення про загальні закони розвитку природи, суспільства і пізнання, та метафізику, яка, на відміну від старої метафізики, визнає загальний зв'язок явищ і займається пошуками оптимальних засобів тлумачення розвитку<sup>5</sup>.

*Діалектичний метод*, ключовими поняттями якого є розвиток і взаємозв'язок, дає можливість здійснювати аналіз різноманітних суспільних феноменів у їх розвитку. За допомогою цього методу стає можливим не тільки критичний аналіз суперечностей державно-правових підходів, а й встановлення здатності суспільних теорій до вдосконалення і збагачення. Для цього юридичними науками використовуються закони діалектики: єдності і боротьби протилежностей, категорії якого (суперечності, єдності, протилежності) відображають джерело розвитку; взаємного переходу кількісних і якісних змін (через категорії кількості, якості, міри, стрибка, механізму розвитку); заперечення, що відображає спрямованість, наступність і форму розвитку за допомогою категорій заперечення, самозаперечення, «зняття»<sup>6</sup>.

Застосування категорій, законів та принципів діалектики є неминучим при дослідженні юридичних ризиків. Адже, наприклад, такі категорії, як: кількість (вираження явищ у величинах і цифрах), міра (такий інтервал кількісних змін, у межах якого зберігається якісна визначеність предмета), причина (явище, що викликає собою інше явище), наслідок (явище, що викликане іншим явищем), необхідність (однозначно обумовлений зв'язок явищ), випадковість (такий зв'язок явищ, реалізація якого можлива як один із альтернативних варіантів), можливість (передумова виникнення того чи іншого явища, процесу, його потенційне існування) тощо є передумовою та результатом створення теоретичного вчення про ризики.

Такі закони діалектики, як закон єдності і боротьби протилежностей, який відображає не тільки зміну темпорально-просторових координат, а й будь-яку зміну, допомагає виявити джерело виникнення і розвитку юридичних ризиків. Закон взаємного переходу кількісних і якісних змін, що виражає механізм будь-якого руху як саморуху і будь-якого розвитку як саморозвитку, створює можливість дослідити накопичення юридичних ризиків та їх трансформацію. Закон заперечення вказує на траєкторію руху юридичних ризиків (у своєму розвитку) по спіралі, забезпечуючи спадкоємність певних процесів і явищ, але вже на іншому, вищому рівні. Як слушно зазначає С. В. Вишневецька, цей закон допомагає зрозуміти численні «стрибки» юридичних норм та їх об'єднань зі сфери позитивного приватного права у сферу права публічного та навпаки, внаслідок чого має місце поступовий розвиток позитивного права в цілому<sup>7</sup>.

Діалектичний принцип сходження від абстрактного до конкретного закладає основи розуміння спільності більшості ознак усіх видів ризику. Виходячи із принципу збігу логічного та історичного, визначається природа юридичного ризику. Принцип єдності світу дає змогу встановити причинно-наслідкові зв'язки між юридичними ризиками і шкодою тощо.

*Метафізика*, як філософський метод, також використовується при дослідженні юридичних ризиків. У досить спрощеному значенні метафізика є абстрактним способом мислення. Таке абстрагування відбувається на двох рівнях: по-перше, абстрагування здійснюється від умов існування явищ (а тому не враховується взаємозв'язок досліджуваного явища з іншими); по-друге, абстрагуються також і від зміни та розвитку явища (явище досліджується ніби в «замороженому» стані). Метафізичний метод виходить із кількісного розуміння розвитку і заперечує саморозвиток.

Тривалий час до метафізики ставилися достатньо упереджено. Як зазначає Д. Сепетий, протиставлення діалектика-метафізика належить до тієї частини філософської спадщини, отриманої нами від радянських часів, цінність якої є, щонайменше, сумнівною і потребує критичної оцінки<sup>8</sup>. Метафізика в традиційному смислі є вченням про буття. Переживаючи своє буття, людина осмислює певні аспекти досвіду, шукаючи найзагальнішу відповідь на питання про світобудову. У цьому контексті метафізика як метод наукового пізнання дає змогу побудувати основоположні мисленні конструкції, на яких базуються усі наукові теорії. Нова метафізика зосереджує свої зусилля на пошуках різних варіантів тлумачення, інтерпретації явищ. На відміну від діалектики, завданням якої є показати взаємозалежність, взаємоперехід, рух понять, метафізика має метою формування первісного змісту понять.

За допомогою метафізики можна провести класифікацію ризиків за дихотомним підходом, оскільки розглядаючи явища в межах абсолютних протилежностей, метафізика вважає: якщо конкретне явище належить до певного роду, то до іншого роду воно входить не може, адже до цього роду входять інші явища, які мають іншу сукупність ознак. Одне виключає інше. Аналітичні прийоми допомагають виокремити юридичний ризик серед інших ризиків та дослідити його сутність (внутрішню, глибоко приховану, відносно сталу сторону того чи іншого предмета, явища, процесу, що визначається через сукупність найважливіших його рис і характеристик). Також метафізичні засоби сприятимуть встановленню місця ризику серед таких категорій, як юридичні факти, суб'єктивне право, правовідношення, акти правореалізації.

*Формально-логічний метод* – такий спосіб міркування, який передбачає можливість з істинних думок-посилань отримати істинні думки-висновки. Цей спосіб мислення має відповідати вимогам несуперечності, однозначності, визначеності, обґрунтованості, які, у свою чергу, досягаються за допомогою законів формальної логіки. До останніх відносять: 1) закон тотожності (будь-яке судження про предмет у процесі даного міркування тотожне саме собі, скільки б разів воно не повторювалось, і недопустимою є підміна понять); 2) закон несуперечності (два протилежні судження не можуть бути одночасно істинними, або окреме висловлювання не може бути одночасно істинним і помилковим); 3) закон виключеного третього (два судження, одне з яких є запереченням іншого, не можуть бути одночасно хибними, іншими словами, якщо судження є або істинним, або хибним, то третє судження виключається); 4) закон достатньої підстави (будь-яке судження, перш ніж бути прийнятим за істину, має бути обґрунтоване будь-яким іншим, вже перевіреним і обґрунтованим судженням).

Цінність такого методу дослідження полягає в зосередженні уваги на логічній обробці правових даних. Завдяки логічним операціям окремі правові положення мають можливість трансформуватись у загальні поняття, з яких виводяться юридичні висновки<sup>9</sup>. Формально-логічний метод допомагає сформулювати поняття юридичного ризику та описати його ознаки, здійснити типологізацію ризиків тощо.

Ще одним сучасним методом є *синергетика*, базовими поняттями якої є системність, цілісність світу і наукового знання про світ, спільність закономірностей розвитку матеріальної і духовної організації, не лінійність (багатоваріантність і необоротність), глибинні взаємозв'язки хаосу і порядку тощо<sup>10</sup>. Синергетичний підхід дає змогу дослідити самоорганізаційні процеси у різноманітних системах, у тому числі й правових, у результаті яких з'являються такі властивості, якими не володіла жодна із їх частин. Синергетика, на відміну від діалектики, пояснює розвиток дещо під іншим кутом. По-перше, розглядаючи розвиток як саморозвиток складноорганізованих систем, доводить, що кожна така система має не одиничний напрям розвитку, а безліч таких напрямків. По-друге, треба не нав'язувати шлях розвитку, а стимулювати притаманні системі тенденції до розвитку, оскільки жоден зовнішній вплив не здатен нав'язати системі бажаний варіант поведінки. Можна лише вибрати найоптимальніший шлях розвитку із потенційно закладених. По-третє, у хаосі можна віднайти порядок. Тобто хаос, позбавляючи надлишкового, може виступати механізмом самоорганізації і самопобудови структур. У спеціальній літературі навіть висловлювалась думка, що синергетика приходить на зміну діалектиці, відіграючи на сучасному етапі еволюції науки системоутворюючу роль головної основи нової концепції пізнання<sup>11</sup>.

Привабливість синергетики, як сучасного методу наукового пізнання, полягає в тому, що за її допомоги системи абсолютно різної природи можуть бути зведені до однієї моделі, і всі результати, що є надбанням однієї з наук, можуть бути перенесені в іншу науку з відомою часткою обережності<sup>12</sup>. Особливо важливим є застосування таких підходів до дослідження юридичного ризику, оскільки складність цієї категорії вимагає абстрагування від його початкової природи, зведення ризику до певної моделі і подальше її вивчення. Це допоможе пізнати сутність ризику у сукупності його ознак, умов тощо і встановити зв'язки між елементами його структури.

Із загальнонаукових методів пізнання у цьому дослідженні використовуються аналіз і синтез, індукція і дедукція, аналогія, порівняння.

*Аналіз і синтез*, які застосовуються і на емпіричному, і на теоретичному рівнях пізнання, дають змогу досягнути об'єкт не тільки як єдине ціле у сукупності його складових частин, а й розкрити об'єктивно існуючі зв'язки між ними, розглядати їх у системі, у єдності. Аналіз, який є розкладанням цілого складного явища на його складові, більш прості елементарні частини і виділення окремих сторін, властивостей, зв'язків, допомагає виявити сутність явищ і формулювати поняття. Аналітичний метод, як інструмент дослідження особливостей і специфіки внутрішньосистемної взаємодії, містить у собі результати абстрагування, спрощення, формалізації. Логічні методи аналізу дають змогу встановити, чим є в тій чи іншій системі знань дане твердження (вихідним принципом, гіпотезою тощо)<sup>13</sup>. За допомогою синтезу, навпаки, з'єднуються компоненти складного явища, і в такій єдності всіх елементів з'ясується сутність цього явища. Методи аналізу і синтезу є взаємодоповнюваними. Якщо аналіз є розчленуванням явищ з метою їх глибокого вивчення, то подальший синтез відновлює цілісність об'єкта, при цьому після його аналітичного дослідження відбувається більш глибоке усвідомлення структури цієї цілісності. Таким чином, співвідношення аналізу і синтезу являє собою певний процес, в основі якого лежить зв'язок абстракцій, у яких відбувається мислення.

Аналіз та синтез здійснюється у таких аспектах: структурному, функціональному, інформаційному, параметричному. Структурний аналіз виявляє різні можливі варіанти структури явища, а структурний синтез має на меті створення, реорганізацію, оптимізацію певної системи. У цьому контексті за допомогою структурного аспекту можна дослідити систему ризиків та здійснити їх класифікацію. Функціональний аналіз дає змогу вивчити динамічні характеристики явища та методи управління ним. Завданням функціонального синтезу є обґрунтування оптимальних характеристик процесів функціонування. Це дає можливість вивчити та обґрунтувати етапи управління юридичними ризиками та їх ефективність. Інформаційний аналіз передбачає дослідження якісних та кількісних характеристик інформаційних процесів у системі, а синтез спрямований на обґрунтування обсягу, методів та форм подання інформації, її оброблення, зберігання, передавання. Цей аспект аналітично-синтетичного мислення допомагає охарактеризувати такі етапи управління юридичними ризиками, як виявлення (ідентифікація) та аналіз ризиків. І, нарешті, параметричний аналіз спрямований на встановлення такої сукупності узагальнених та часткових показників, що дає змогу утворити ієрархічну структуру, засновану



на необхідності та достатності її елементів, що характеризують найсуттєвіші властивості явища. Параметричний синтез обґрунтовує необхідність і достатність сукупності показників для оцінювання властивостей явища та його загальної ефективності. За їх допомогою визначаються підходи до оцінки юридичних ризиків.

*Індуктивні та дедуктивні методи* наукового пізнання є логічними умовиводами. Досить часто ці методи протиставлялися один одному й розглядалися у відриві один від одного та від інших засобів пізнання. На сьогодні відходять від такого розуміння взаємодії методів індукції й дедукції, констатуючи черговість їх використання у сучасних наукових дослідженнях.

У широкому розумінні індукція являє собою таку форму мислення, за допомогою якої виробляються загальні судження про одиничні об'єкти. Індукція спрямовує рух думки від окремого до загального, від знання менш універсального до знання більш універсального, тобто «знизу вгору». В основі цього процесу лежить повторюваність ознак у ряду предметів певного класу. Висновок про загальні властивості всіх явищ у межах певного класу робиться на підставі спостереження за досить широким колом одиничних явищ. За допомогою індукції видається можливим встановлення причинно-наслідкових зв'язків. У межах дослідження юридичних ризиків використанню підлягає неповна індукція, яка передбачає побудову загального висновку на підставі спостереження обмеженої кількості фактів. Природно, що здобута в цьому випадку істина є неповною й отримується лише ймовірнісне знання. Проте застосування такого методу допомагає встановити підстави розподілу наслідків юридичного ризику, його співвідношення з юридичними фактами, суб'єктивним правом, правовідношенням, актами правореалізації.

Дедукція, як метод, що виходить із вже пізнаних законів і принципів, за великим рахунком, не передбачає отримання змістовно нового знання. Перехід від частини до цілого є способом логічного розгортання системи положень на базі вихідного знання. За допомогою дедуктивного методу отримання нового знання про явище чи групу однорідних явищ здійснюється шляхом знаходження найближчого роду, до якого входять ці явища, і застосування до них відповідного закону, притаманного всьому цьому роду явищ. Ефективним цей метод є при встановленні ознак юридичних ризиків, прогнозуванні юридичних ризиків.

Цікавим методом пізнання, у контексті цього дослідження, є *аналогія* – умовивід, в якому від схожості предметів за одними ознаками робиться висновок про можливу схожість цих предметів за іншими. Рух думки при аналогії відбувається від окремого до окремого, від часткового до часткового. На роль цього методу в правовій доктрині, правотворчій та правозастосовній практиці вказував П. О. Недбайло, зазначаючи, що уподібнення одного явища іншому за подібними, аналогічними ознаками або, інакше, логічне перенесення певної ознаки з одного предмета на інший на основі подібності між ними за рядом інших ознак має важливе значення як у правотворчості, так і в застосуванні права, а також у процесі пізнання родинних інститутів<sup>14</sup>. Прикладом застосування такого методу у правотворчій практиці є ст.ст. 8, 9 Цивільного кодексу України. Згідно з ними, якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права). Положення цього Кодексу застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

Аналогія, як метод наукового пізнання допомагає зробити тільки ймовірні висновки. Ступінь ймовірності висновків умовиводів за аналогією залежить від кількості предметів, що порівнюються; характеру ознак, які зіставляються, їх зв'язку. При цьому ознака, яка переноситься на інший предмет, має бути максимально однотипною з іншими ознаками, на підставі яких один предмет уподібнюється іншому. Особливо ефективна аналогія на початкових стадіях наукового пізнання для висунення певних гіпотез. При дослідженні юридичних ризиків за допомогою аналогії висувається гіпотеза про те, що управління юридичними ризиками здійснюється за тими ж етапами, що й за економічними.

*Порівняльний метод* спрямований на встановлення подібності й відмінності між певними явищами, загального і особливого у цих явищах. Цей метод є одним із центральних у суспільних наукових дослідженнях, оскільки ним найбільш ефективно можна замінити експериментальні дослідження, які не завжди можуть бути проведені у суспільних науках, у тому числі й правознавстві. І хоча порівняння не можна отожднювати з експериментом, все ж логіка їх проведення збігається. Порівняння зводиться до наступного: 1) обираються ті умови явища, у яких взаємозв'язок, що вивчається, проявляється у найчистішому вигляді; 2) маніпуляція умовами здійснюється лише з метою різнобічної перевірки зв'язку, що досліджується; 3) дослідник може контролювати умови, які включені в процес дослідження; 4) умови можуть вводитися штучно з метою встановлення причинно-наслідкових зв'язків між умовами та результатами; 5) проводиться кількісний вимір якостей досліджуваних явищ. Призначення порівняльного методу полягає у виділенні явищ, які мають подібні ознаки, і зв'язування загального, що повторилося у цих явищах з метою виявлення закономірностей подій, що досліджуються.

Застосування цього методу у правознавчих дослідженнях має свою специфіку: наукове пізнання не може обмежуватися порівнянням однотипних правових систем і порівнювати можна тільки такі правові системи, що знаходяться на одному рівні суспільного розвитку. Використання порівняльного методу здійснюється на двох рівнях: історичному та логічному<sup>15</sup>. Цей метод наукового пізнання використовувався при дослідженні загальнотеоретичних підходів до розуміння поняття ризику, теорій ризику.



Завдяки *історичному методу* будь-які явища можуть пізнаватися в їх становленні, розвитку, органічно-му зв'язку з умовами, що їх породжують. Для цього методу характерний розгляд всіх явищ і подій в їх генетичному зв'язку<sup>16</sup>. Явища та події відслідковуються у хронологічній послідовності, що дає змогу розкрити їх внутрішні зв'язки та закономірності розвитку. Доповненням історичного є *логічний метод* дослідження, який полягає у відображенні історичного процесу в абстрактній і теоретичній послідовній формі. За допомогою історичного та логічного методів вивчається один і той же об'єкт. Просто за допомогою логічного методу такий об'єкт пізнається звільненим від випадковостей, деталей тощо. Історичний і логічний методи використовуються при дослідженні генезису приватноправового регулювання відносин з ризиком, еволюції уявлень про ризик.

Таким чином, при науковому пізнанні юридичних ризиків не останню роль відіграють також і загальнонаукові методи. Відрізняються вони від загальнофілософських тим, що застосовуються не на усіх етапах пізнавального процесу, а тільки на конкретно визначених для розкриття певних особливостей чи властивостей юридичних ризиків, характеристики їх сутності.

Часткові методи наукового пізнання застосовуються, як правило, у межах однієї науки і спрямовані на дослідження конкретних явищ дійсності. Такими методами для правничої науки є: логічно-догматичний метод тлумачення права, методи правового моделювання, використання судової або арбітражно-судової практики тощо.

*Логічно-догматичний метод* (або, як ще його називають, формально-догматичний, юридико-технічний) тлумачення права використовується для дослідження явищ правового характеру. При цьому таке дослідження здійснюється ізольовано, поза зв'язком з іншими соціальними явищами – політикою, економікою, мораллю тощо. Тобто, право досліджується у «чистому вигляді». І хоча на сьогодні використання цього методу у правових дослідженнях не потрібно зловживати, все ж і нехтувати ним не доцільно. Використання догматичного методу дає змогу виявити очевидні ознаки (аспекти, характеристики) правових явищ без занурення у внутрішні сутнісні зв'язки. За його допомогою досягається внутрішня узгодженість текстів нормативних актів і, як наслідок, сприйняття юридичної мови. Він допомагає вивчити типові (родові) риси норм та форму правової норми. Цей метод дає можливість лаконічно формулювати дефініції без зайвого опису деталей того чи іншого явища. Він спрямований на пізнання догми права, завдяки чому вирішуються проблеми систематизації, тлумачення і застосування права, формування права. Результатом застосування формально-догматичної обробки права є формування наукових визначень, понятійного апарату, визначення вектору юридичної діяльності тощо. Використання логічно-догматичного методу при дослідженні юридичних ризиків дає змогу сформулювати поняття юридичного ризику, виділити напрями діяльності із мінімізації таких ризиків або розподілу їх наслідків.

Разом із тим реалії сучасного життя: зміна світогляду, праворозуміння, і, як наслідок, методологічних підходів до вивчення правових явищ, посилення плінності догми права, вимагають доповнення догматичного методу *методом герменевтики*. Адже, як правильно зазначав ще у 1964 р. П. О. Недбайло, юридичну науку не можна обмежувати догматичним коментуванням законів та інших форм, які містять правові норми. Проблемою, на його думку, є те, що обмежуючись догматичним аналізом понять, поверховим коментуванням, дослідники залишають поза увагою суспільні процеси, які викликають необхідність правового регулювання, практичні результати законодавства<sup>17</sup>. І хоча вчений і не говорив про методи герменевтики і синергетики, зрозуміло, що саме ці прийоми, разом із догматичним, здатні забезпечити комплексність дослідження правових явищ загалом і юридичних ризиків зокрема.

Так, метод герменевтики передбачає поширення на предмет пізнання інтелекту, почуттів, інтуїції дослідника. Герменевтика є цінним джерелом сучасної методології, яке ґрунтується на розумінні особливої ролі мови у процесі інтерпретації правових явищ<sup>18</sup>. П. М. Рабінович підкреслював, що у правовій герменевтиці вироблені такі поняття, положення, методики, процедури, використання яких дає змогу вивести науково-прикладну розробку тлумачення юридичних норм на якісно новий рівень<sup>19</sup>. За допомогою герменевтики стає можливим розуміння і тлумачення правових явищ не тільки у їх зовнішньому вираженні, а й з урахуванням позицій та індивідуальних особливостей мови автора. Тобто, як слушно зазначає А. С. Головін, інтерпретації підлягає не лише текст, а і його автор, і конкретна історична ситуація<sup>20</sup>. Цінність такого методу полягає в тому, що за його допомогою до системи юридичної методології включаються методи історико-правового та порівняльно-історичного аналізу, що допомагає підтвердити основну ідею герменевтики – сутність будь-якого соціально-правового феномена може бути зрозумілою лише в контексті історичності його існування. Тобто, розуміння має місце тоді, коли ми усвідомлюємо всю картину в цілому.

І хоча герменевтика є загальнофілософським методом, її поєднання із спеціальноправовими як частковими методами наукового пізнання, зокрема логічно-догматичним, дає змогу найбільш комплексно дослідити правові явища, у тому числі і юридичні ризики.

*Метод правового моделювання* має на меті відтворення структури «внутрішнього механізму», функціональної дії правової системи, її частини або окремого процесу, спрямоване на реалізацію цілей правового регулювання<sup>21</sup>. Під моделюванням розуміють дослідження об'єктів пізнання не безпосередньо, а непрямо шляхом, вивченням деяких інших допоміжних об'єктів. Модель виступає одночасно і засобом, і об'єктом дослідження, який замінює оригінал<sup>22</sup>. Процес моделювання проходить такі етапи: 1) постановка завдання і вибір моделі; 2) проведення певних операцій з моделлю та формулювання висновків; 3) інтерпретація результатів дослідження та оцінка адекватності моделі. За допомогою моделювання в праві відображаються

і відтворюються в більш простому вигляді властивості, взаємозв'язки і відносини між елементами механізму правового регулювання, правопорядку й правової системи загалом. Метод правового моделювання доцільно використовувати для прогнозування юридичних ризиків. Проблемність у застосуванні цього методу полягає в тому, що правові процеси, які відбуваються у суспільстві, є надто складними і зумовлені як об'єктивними, так і суб'єктивними чинниками, а тому важко піддаються моделюванню і прогнозуванню.

*Використання судової або арбітражно-судової практики* як метод наукового дослідження є одним із найефективніших способів правового дослідження, оскільки дає змогу оцінити ефективність застосування окремих норм, міру їх сприйняття на практиці. Суди змушені трактувати абстрактні законодавчі норми залежно від реальних життєвих обставин, внаслідок чого формуються більш конкретні правила. Таким чином, судові тлумачення виробляють рекомендації, спрямовані на вдосконалення нормативних приписів, та змінює розуміння змісту норми відповідно до соціально-економічної ситуації в країні<sup>23</sup>. Як правильно було зазначено А. В. Кобзар, роз'яснення з питань судової практики та інші інтерпретаційні акти вищих судових органів відіграють значну роль у вирішенні існуючих проблем правозастосування, як заповнюючи наявні прогалини у законодавстві загалом, так і усуваючи їх у тій чи іншій галузі права<sup>24</sup>. Тому використання зазначеного методу наукового дослідження допоможе встановити розуміння сутності юридичних ризиків судовою практикою та виявити неефективність окремих правових норм, їх нездатність врегулювати відносини з юридичними ризиками.

Як уже зазначалось вище, комплексне дослідження правових явищ загалом і юридичних ризиків зокрема неможливе без використання методологічного інструментарію не правових наук. Залучення методів дослідження інших наук є необхідною умовою розвитку юриспруденції, як і будь-якої іншої науки, що пов'язано з її високою інтегрованістю, між науковою трансляцією результатів і методів дослідження, які є елементами механізму її розвитку<sup>25</sup>. Для дослідження юридичних ризиків у цивільному праві доцільним є використання методів економічної науки, соціології, психології тощо.

За допомогою такого методу економічного дослідження, як *альтернативний аналіз* досліджуються альтернативні витрати, тобто втрачені можливості. Юридичні ризики пізнаються у контексті вибору найефективнішого варіанта поведінки та необхідності відмови в результаті такого вибору від певних можливостей. *Граничний аналіз*, який дає можливість дослідити крайні величини, що вказують на зміну явища чи процесу залежно від зміни певного фактору, сприяє встановленню найоптимальніших факторів мінімізації негативних наслідків юридичних ризиків. *Аналіз еластичності*, як метод виявлення ступеня зміни одного показника щодо іншого, допомагає вивченню внутрішніх і зовнішніх факторів ризику, їх взаємозалежності. Відповіді на питання коли і як необхідно діяти в умовах ризику, як прогнозувати і корегувати юридичні ризики можна отримати з використання *методу абсолютних і порівняльних переваг*.

Отже, дослідження юридичних ризиків у цивільному праві з метою встановлення їх особливостей та закономірностей трансформації для ефективного управління такими юридичними ризиками потребує комплексного використання різноманітних методів наукового пізнання у їх єдності та взаємодії. Лише такий підхід допоможе не тільки пізнати сутність юридичних ризиків, а й встановити їх місце в цивільних правовідносинах, дослідити наслідки та напрацювати підходи до прогнозування і шляхи корегування юридичних ризиків.

<sup>1</sup> Вишновецька С. В. Методологія науки трудового права : моногр. / С. В. Вишновецька. – К.: Ніка-Центр, 2014. – С. 61–62.

<sup>2</sup> Демидов А. Б. Философия и методология науки: Курс лекций / А. Б. Демидов. – Витебск : Изд-во УО «ВГУ им. П. М. Машерова», 2006. – С. 46–48.

<sup>3</sup> Сырых В. М. Логические основания общей теории права : в 2-х т. / В. М. Сырых. – М. : Юрид. Дом «Юстицинформ», 2000. – Т. 1: Элементный состав. – С. 368.

<sup>4</sup> Вишновецька С. В. Методологія науки трудового права. – С. 77.

<sup>5</sup> Шишка Р. Б. Методологія досліджень за спеціальністю 12.00.03 / Р. Б. Шишка // Часопис Київського університету права. – 2016. – № 4. – С. 151.

<sup>6</sup> Вишновецька С. В. Вказана праця. – С. 63–64.

<sup>7</sup> Там само. – С. 66.

<sup>8</sup> Сепетий Д. Діалектика *versus* метафізика: переоцінка дилеми / Д. Сепетий // Філософська думка. – 2006. – № 4. – С. 56.

<sup>9</sup> Пленюк М. Д. Підстави виникнення зобов'язальних правовідносин в механізмі правового регулювання : моногр. / М. Д. Пленюк. – К. : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2016. – С. 88–89.

<sup>10</sup> Шишка Р. Б. Методологія досліджень за спеціальністю 12.00.03. – С. 151.

<sup>11</sup> Вагурин В. А. Синергетика эволюции современного общества. 3-е изд., стереотипное / В. А. Вагурин. – М. : КомКнига, 2007. – 216 с. (Синергетика в гуманитарных науках); Венгерова А. Синергетика и политика / А. Венгерова // Общественные науки и современность. – 1993. – № 4. – С. 55–69.

<sup>12</sup> Корунчак Л. А. Проблема використання синергетичного підходу при дослідженні правових явищ / Л. А. Корунчак // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 3. – С. 60.

<sup>13</sup> Вишновецька С. В. Вказана праця. – С. 69.

<sup>14</sup> Методологические проблемы советской юридической науки : материалы научной конференции (г. Киев, 22 октября 1964 г.). – К. : Наукова думка, 1965. – С. 24.

<sup>15</sup> Голяк Л. В. Порівняльне правознавство: Курс лекцій / Л. В. Голяк, А. С., Мацко А. С., Тюріна О. В. – К.: МАУП, 2004. – С. 13.

<sup>16</sup> Вишновецька С. В. Вказана праця. – С. 73.

<sup>17</sup> Методологические проблемы советской юридической науки : материалы научной конференции. – С. 9.

<sup>18</sup> Карвацька С. Б. Герменевтична інтерпретація у пізнанні історико-правової дійсності / С. Б. Карвацька // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2011. – Вип. 578. Правознавство. – С. 6.

<sup>19</sup> Рабінович П. М. Герменевтика і правове регулювання / П. М. Рабінович // Вісник Академії правових наук України. – 1999. – № 2. – С. 86.

<sup>20</sup> Головін А. Застосування методів юридичної герменевтики в інтерпретаційній діяльності Конституційного Суду України / А. Головін // Вісник Конституційного Суду України. – 2012. – № 4. – С. 46.

<sup>21</sup> Щербина В. І. Роль порівняльного правознавства в розвитку законодавства України про працю // Розвиток законодавства про працю і соціальне забезпечення: здобутки і проблеми : тези доповідей та наукових повідомлень учасників IV Міжнародної наук.-практ. конференції (м. Харків, 5–6 жовтня 2012 р.) / В. І. Щербина ; за ред. В. В. Жернакова. – Х. : Право, 2012. – С. 59.

<sup>22</sup> Ланде Д. В. Основи інформаційного та соціально-правового моделювання : навч. посіб. / Д. В. Ланде, В. М. Фурашев, К. В. Юджова. – К. : НТУУ «КПІ», 2014. – С. 9, 11.

<sup>23</sup> Вишновецька С. В. Вказана праця. – С. 77.

<sup>24</sup> Кобзар А. В. Правова природа інтерпретаційних актів вищих судових органів України та їх значення у практиці застосування корпоративного законодавства з питань реорганізації юридичних осіб / А. В. Кобзар // Наукові записки. – 2009. – Т. 90: Юридичні науки. – С. 53.

<sup>25</sup> Тарасов Н. Н. Метод и методологический подход в правоведении: Попытка проблемного анализа / Н. Н. Тарасов // Правоведение. – 2001. – № 1. – С. 37.

### Резюме

#### **Великанова М. М. Методична складова пізнання юридичного ризику.**

Статтю присвячено дослідженню обґрунтування теоретичних основ та способів організації пізнавального процесу дослідження юридичних ризиків у цивільних правовідносинах. На підставі аналізу типів праворозуміння робиться висновок, що дослідження юридичних ризиків у цивільному праві має здійснюватися на ліберально-раціоналістичних засадах із запозиченням методологічного апарату економіки, соціології, психології тощо.

**Ключові слова:** ризик, юридичний ризик, цивільне право, методологія дослідження, способи пізнавального процесу.

### Резюме

#### **Великанова М. Н. Методическая составляющая познания юридического риска.**

Статья посвящена обоснованию теоретических основ и способов организации познавательного процесса исследования юридических рисков в гражданских правоотношениях. На основании анализа типов правопонимания делается вывод, что исследование юридических рисков в гражданском праве следует осуществлять на либерально-рационалистических началах с заимствованием методологического аппарата экономики, социологии, психологии и др.

**Ключевые слова:** риск, юридический риск, гражданское право, методология исследования, способы познавательного процесса.

### Summary

#### **Velykanova M. Methodical component of cognition of legal risk.**

This article is devoted to the study of the theoretical foundations and methods of the cognitive process research legal risks in civil legal relations. The conclusion is made on the basis of analysis types of comprehension of the law in the research that the study of legal risks in civil law should be carried out on the liberal-rationalist basis with the borrowing of the methodological apparatus of Economics, sociology, psychology etc.

**Key words:** risk, legal risk, civil law, research methodology, methods of the cognitive process.

УДК 347.764

**Н. С. ГОРБАНЬ**

*Наталія Сергіївна Горбань, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ДОГОВІР СТРАХУВАННЯ ЖИТТЯ

У сучасних умовах стрімко змінюється суспільство, що не залишає без змін систему соціальних цінностей. Стаття 3 Конституції України містить положення, згідно з яким людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Це положення прийнято тлумачити так: «саме життя і здоров'я людини є тією основоположною складовою, яка стоїть на вершині усіх суспільних пріоритетів. І саме ця складова має займати визначальне місце серед інших соціальних цінностей. Адже за відсутності життя людини всі інші блага та відповідні права, що виникають стосовно них, втрачають свій сенс»<sup>1</sup>.

Страховий ринок, як складова ринку фінансових послуг, за умови розумного та ефективного функціонування, на даний час може бути стабільним фінансовим джерелом для економіки України. Проте інфляційні процеси, недовіра населення до банківської системи, яка виникла в результаті обману недобросовісними банками великої кількості вкладників, недосконале та заплутане законодавство щодо захисту порушених прав споживачів фінансових послуг є прикладом та нагадуванням для тих, хто і хотів би укласти договір страхування життя, проте остерігається.

Світова практика свідчить, що страхування життя є надійним і необтяжливим для держави механізмом захисту майнових інтересів суб'єктів страхових правовідносин. Успішна діяльність іноземних страхових компаній, на базі яких створено велику кількість учасників українського ринку страхових послуг, використовується ними як декларація безпеки та фінансової стабільності. Все ж останні події, а саме «таємне зникнення» страхових компаній з ринку страхових послуг, анулювання свідоцтва про реєстрацію фінансової установи та виключення із державного реєстру фінансових установ великої кількості страхових компаній призводить до тотального порушення прав осіб, які уклали договори з останніми, що проявляється у неможливості захистити свої майнові інтереси в разі настання страхового випадку, а також у втраті коштів, які за умовами договору мають бути їм сплачені страховими компаніями. Як свідчить практика, підстави порушення прав осіб страховими компаніями закладаються ще на стадії укладання договорів добровільного страхування життя.

Договір страхування в силу його специфічності є актуальним об'єктом дослідження науковців. Зокрема, вони зосередили свою увагу на вивченні його окремих аспектів. Наприклад, Н. В. Безсмертна проаналізувала місце договору страхування в системі цивільно-правових договорів<sup>2</sup>, З. Р. Бахрієва зупинилась на проблематиці припинення договору страхування<sup>3</sup>, Г. О. Ільченко, С. В. Клименко розпочали обговорення проблематики предмета та об'єкта як істотних умов договору страхування<sup>4</sup>, Н. В. Міловська дослідила права та обов'язки страхувальника в договірних зобов'язаннях<sup>5</sup>. Водночас у науці майже не досліджувалась проблематика пов'язана із договірними відносинами щодо страхування життя. Дана стаття присвячена дослідженню окремих проблемних питань щодо укладення договору страхування життя.

Обрана тема є актуальною, оскільки соціальна політика держави все більше орієнтує осіб виступати суб'єктами ініціативи щодо створення грошових фондів, які формуються шляхом сплати особами страхових платежів, для захисту їх майнових інтересів у разі настання певних подій. Життя і здоров'я людини не має вартісної оцінки. Проте для людини збереження життя і здоров'я тісно пов'язано з наявністю певних майнових інтересів. Як зазначає В. П. Янишен, «майновий інтерес у сфері особистого страхування (включаючи також страхування життя), як і майнового, зумовлюється задоволенням майнових потреб, викликаних настанням страхового випадку»<sup>6</sup>. Тобто, у разі настання подій із несприятливими наслідками для життя і здоров'я людини (страхового випадку) особливого значення набуває захист майнових інтересів. Особливістю такого виду правовідносин є те, що сама людина зацікавлена в застосуванні такого механізму захисту через укладення договору добровільного страхування життя.

Добровільне страхування, як це зазначено у ст. 6 Закону України «Про страхування»<sup>7</sup> (далі – Закон), – це страхування, що здійснюється на основі договору між страхувальником і страховиком. Правовідносини щодо добровільного страхування життя є різновидом цивільно-правових відносин, тому при укладенні договору добровільного страхування життя, поряд із спеціальним законодавством, необхідно враховувати принципи та положення цивільного законодавства, а саме норми Цивільного Кодексу України (далі – ЦК) про правочин та зобов'язання<sup>8</sup>. Однак, як слідує із чинного законодавства, джерелом регулювання договірних відносин щодо страхування життя є саме договори. Власне вони, на думку Р. Б. Шишки, «є мононормами права і регулюють відносини між сторонами цього договору та є обов'язковими для застосування судами при вирішенні спорів. На цьому рівні слід мати на увазі, що при колізії моделі норми позитивного права та договору пріоритет надається договору»<sup>9</sup>.

Глава 67 ЦК містить норми права, що характеризують договір страхування як окремий вид договірних зобов'язань. За договором страхування одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити другій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору (ст. 979 ЦК).

За Законом «договір страхування – це письмова угода між страхувальником і страховиком, згідно з якою страховик бере на себе зобов'язання у разі настання страхового випадку здійснити страхову виплату страхувальнику або іншій особі, визначеній у договорі страхування страхувальником, на користь якої укладено договір страхування (подати допомогу, виконати послугу тощо), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначені строки та виконувати інші умови договору».

Договір страхування укладається відповідно до Правил страхування. Правилами страхування визначаються загальні умови і порядок здійснення добровільного страхування, що встановлюються страховиком самостійно згідно з вимогами Закону, а конкретні умови страхування визначаються при укладенні договору страхування життя відповідно до законодавства та становлять його зміст.

Страховик самостійно відповідно до вимог Закону визначає Правила страхування, які за ст. 17 Закону повинні містити: предмет договору страхування; порядок визначення розмірів страхових сум та (або) розмірів страхових виплат; страхові ризики; винятки зі страхових випадків і обмеження страхування; строк та місце дії договору страхування; порядок укладення договору страхування; права та обов'язки сторін; дії



страхувальника у разі настання страхового випадку; перелік документів, що підтверджують настання страхового випадку та розмір збитків; порядок і умови здійснення страхових виплат; строк прийняття рішення про здійснення або відмову в здійсненні страхових виплат; причини відмови у страховій виплаті або виплаті страхового відшкодування; умови припинення договору страхування; порядок вирішення спорів; страхові тарифи за договорами страхування іншими, ніж договори страхування життя; страхові тарифи та методику їх розрахунку за договорами страхування життя; особливі умови.

Правила страхування розробляються страховиком для кожного виду страхування окремо і підлягають реєстрації в Уповноваженому органі при видачі ліцензії на право здійснення відповідного виду страхування (ч. 1 ст. 17 Закону). Ліцензійними умовами провадження господарської діяльності з надання фінансових послуг (крім професійної діяльності на ринку цінних паперів)<sup>10</sup> визначено, що Правила страхування є внутрішніми правилами надання фінансових послуг страховиком та повинні відповідати вимогам Закону України «Про страхування», а також характеристики та класифікаційним ознакам видів добровільного страхування, визначеним Нацкомфінпослуг.

Враховуючи, що в Правилах містяться загальні умови і порядок здійснення добровільного страхування, які мають визначальну роль при укладенні договорів добровільного страхування життя, Нацкомфінпослуг розроблено вимоги до документів, що подаються страховиками для реєстрації в Нацкомфінпослуг Правил страхування для конкретного виду добровільного страхування, а також змін та/або доповнень до цих Правил<sup>11</sup>. У документі зазначається, що положення Правил не повинні порушувати чи обмежувати права страхувальника, зазначені у Правилах та/або встановлені законодавством, у тому числі права застрахованої особи та вигодонабувача (якщо страхувальник і вигодонабувач є однією особою) тощо.

Таким чином, на даний час шляхом державного регулювання пропонується встановити додаткові вимоги до змісту Правил страхування з метою запобігання порушенню прав споживачів фінансових послуг, оскільки договори страхування укладаються на підставі зареєстрованих Правил страхування.

Я. М. Романюк, З. П. Мельник, аналізуючи судову практику розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування, зазначають, що «Правила страхування за своєю природою є локальним нормативним актом для страховика і, не будучи правовим актом, не мають юридичної сили, та не є обов'язковими для страхувальника. Для того, щоб ці Правила стали джерелом регулювання страхового правовідношення та обов'язковими для обох сторін, вони тим чи іншим чином мають бути вписані у договір страхування». Як у подальшому зазначають автори: «Первинним у взаємовідносинах сторін є договір, і якщо в ньому міститься посилання на Правила страхування, то в такому випадку вони є обов'язковими для обох сторін. Якщо ж зазначеного посилання у договорі немає, то суд не може посилається на Правила страхування, а має надати перевагу договору. Так само за наявності колізії положень Правил страхування з положеннями договору страхування пріоритет слід надавати положенням договору, на які погодився страхувальник, підписуючи його»<sup>12</sup>.

За ст. 639 ЦК договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо його форми не встановлені законом. Якщо сторони домовилися укласти договір у певній формі, він вважається укладеним з моменту надання йому цієї форми, навіть якщо законом ця форма для даного виду договорів не вимагалася.

Зауважимо, що Закон не містить окремої статті щодо форми договору страхування. Однак у ст. 18 Закону законодавець, закріплюючи положення про укладення і початок дії договору страхування, визначає можливі його форми. Відповідно до ч. 3 ст. 18 Закону факт укладання договору страхування може посвідчуватися страховим свідоцтвом (полісом, сертифікатом), що є формою договору страхування. Водночас законодавець визначає умову, коли допустима така форма договору, а саме у разі надання страхувальником письмової заяви за формою, встановленою страховиком, що виражає намір укласти договір страхування, такий договір може бути укладений шляхом надіслання страхувальнику копії Правил страхування та видачі страхувальнику страхового свідоцтва (поліса), який не містить розбіжностей з поданою заявою. Заява складається у двох примірниках, копія заяви надсилається страхувальнику з відміткою страховика або його уповноваженого представника про прийняття запропонованих умов страхування (ч. 5 ст. 18 Закону). При такій процедурі укладення договору страхування життя страхувальнику страховиком надсилається заява, копія Правил страхування та страхове свідоцтво (поліс). Враховуючи, що, як правило, зміст Полісу не містить таких положень, як: порядок зміни і припинення дії договору; умови здійснення страхової виплати; причини відмови у страховій виплаті; права та обов'язки сторін і відповідальність за невиконання або неналежне виконання умов договору; інші умови за згодою сторін, оскільки дані положення містяться у Правилах (ст. 17 Закону), а сам поліс містить застереження, що він укладається на підставі заяви та Правил, які є його невід'ємною частиною, дає право стверджувати, що під договором страхування, у даному випадку, слід розуміти заяву, страхове свідоцтво (поліс) та Правила добровільного страхування життя, які є юридичною формою взаємовідносин страховика і страхувальника і розглядаються як єдине ціле.

Законом також передбачено, що договір страхування життя може бути укладений як шляхом складання одного документа (договору страхування), підписаного сторонами, так і шляхом обміну листами, документами, підписаними стороною, яка їх надсилає. Аналізуючи дане положення Закону можемо дійти висновку, що форма договору страхування життя, як одного документа, що підписується сторонами, укладається за умови, коли страховик частково приймає запропоновані страхувальником у письмовій заяві за формою, встановленою страховиком, умови страхування, або іншим чином заявляє про свій намір укласти договір страхування.

Слід зауважити, що заява (опитувальник) є пропозицією страхувальника укласти договір страхування життя на підставі Правил добровільного страхування життя. У Законі немає ніяких вказівок щодо змісту і форми заяви (опитувальника). Як свідчить практика, заява (опитувальник), є невід'ємною частиною договору страхування, тому вимоги, які висуваються до договору страхування, також мають поширюватися на заяву (опитувальник). Однак, отримавши право самостійно встановлювати форму заяви (опитувальника) (ч. 1 ст. 18 Закону) страхові компанії неправомірно розширюють її безпосереднє призначення, зокрема до змісту заяви додають інші заяви і навіть декларації, які не можна розцінювати як пропозицію укласти договір.

Як приклад, одна із страхових компаній до заяви (опитувальника) долучає заяву, що особа ознайомила-ся з декларацією на зворотній стороні заяви та повністю з нею погоджується, а також ознайомила-ся із Правилами добровільного страхування життя та Додатками до них до моменту набрання Договором юридичної чинності, зрозуміла їх, стосовно усіх запитань отримала вичерпні відповіді. Сам зміст декларації містить формулювання – «мені відомо», «я погоджуюсь з тим», «мені відомо і я даю згоду на те», «я підтверджую»... Вважаємо таку практику неприпустимою, оскільки вона вже на стадії укладання правочину порушує права осіб, які виступають із пропозицією його укласти.

За загальним правилом заява (опитувальник) оформлюється страхувальником поза приміщенням страхової компанії і за сприяння страхового посередника вона передається на розгляд керівництву, яке й ухвалює рішення про часткове або повне прийняття запропонованих страхувальником умов страхування.

Як зазначено в судовій практиці розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування, «у судах страхувальники нерідко посилаються на те, що вони не були ознайомлені з Правилами страхування, хоча, як правило, у договорах зазначено, що страхувальник із Правилами ознайомлений. Такий обов'язок, закріплений у ст. 20 Закону № 85/96-ВР, не завжди виконується страховиком. Зрозуміло, що для ознайомлення з Правилами страхування, які є багатосторінковим документом, містять значний обсяг специфічної інформації та термінології, незрозумілих для широкого загалу, недостатньо лише разового ознайомлення з ними в умовах обмеженого часу та можливостей під час укладення договору. Для повного ознайомлення із зазначеними правилами необхідно видати клієнту копію у постійне користування»<sup>13</sup>.

Законодавець за ст. 20 Закону поклав на страховика обов'язок ознайомити страхувальника з умовами та Правилами страхування. Однак у Законі немає вказівки на те, що цей обов'язок страховик має виконати до оформлення заяви (опитувальника), як пропозиції укласти договір страхування, що вважається логічним. З приводу цього виникає питання: «Як особа, не знаючи Правил страхування, у яких містяться загальні умови і порядок здійснення добровільного страхування, може оформлювати пропозицію укласти договір?» А робить вона це, як свідчить практика, зі слів і за сприяння страхового посередника, який не надає страхувальнику крім заяви опитувальника жодних інших документів, бо закон не покладає на страхового посередника такого обов'язку.

Аналізуючи положення Закону, переконуємося, що передбачена у ньому процедура укладення договору страхування життя зобов'язує страховика, у разі надання страхувальником письмової заяви за формою, встановленою страховиком, що виражає намір укласти договір страхування, надіслати страхувальнику копію Правил страхування та видати страхувальнику страхове свідоцтво (поліс), який не містить розбіжностей з поданою заявою (ч. 5 ст. 18 Закону).

На превеликий жаль, судова практика хоча і визнає, що страхувальники стверджують, що їх не ознайолювали із Правилами страхування, однак підпис під заявою (опитувальником), в якій, у тому числі, міститься заява про ознайомлення із Правилами страхування, має визначальне значення при розгляді спору у суді.

Пропонується внести зміни до Закону і передбачити обов'язок страховика ознайомити страхувальника з умовами і Правилами страхування до моменту оформлення заяви (опитувальника), як пропозиції укласти договір страхування життя. Підтвердженням належного виконання обов'язку має бути наявність у кожній стороні договору добровільного страхування життя копії Правил страхування із зазначенням страхувальником дати, що передує оформленню заяви та його підпису. У Законі також необхідно зазначити, що зміст заяви (опитувальника) не може містити положень, крім тих, які є істотними умовами договору страхування.

Необхідно також звернути увагу на наступне. Законом прямо передбачено, що страховик зобов'язаний ознайомити страхувальника із Правилами страхування та надати копію Правил страхування. Як свідчить практика, страхові компанії для ознайомлення видають не самі Правила, а витяги із Правил, які не містять всієї необхідної і достатньої інформації для ознайомлення страхувальника з умовами і Правилами страхування.

До Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, неодноразово зверталися особи із відповідними заявами, в яких зазначалося, що вони при оформленні заяви опитувальника, як одну із умов договору страхування життя, назвали застосування індексації як (зміну) за офіційним індексом інфляції розміру страхової суми та (або) страхових виплат протягом дії договору страхування життя за умови відповідної індексації (зміни) розміру страхового платежу (страхового внеску, страхової премії). Порядок та умови індексації визначаються Правилами та договором страхування (ч. 12 ст. 9 Закону). Однак витяг із Правил страхування, який був наданий страховою компанією страхувальникам, не містив у собі умов індексації. Положення про індексацію як додаток до Правил страхування взагалі не надавалось страхувальникам ні для ознайомлення, ні як додаток до витягу із Правил.

Отже, необхідно зобов'язати страхові компанії надавати страхувальникам не витяг із Правил добровільного страхування життя, а копію Правил, як це прямо передбачено в Законі.

Недосконалість законодавчої регламентації процедури і форми договору страхування життя, про що зазначається у даній науковій статті, є підставою порушення прав учасників страхових договірних правовідносин, що постійно призводить до використання страховиками таких не врегульованих ситуацій у власних інтересах. Споживачі фінансових послуг зазвичай не мають достатньої інформації та необхідних знань про особливості та характеристики фінансових послуг. У процесі вибору послуги вони не завжди можуть оцінити рівень ризиків і можливі наслідки та порівняти умови їх надання, що пропонуються різними фінансовими установами. Враховуючи, що саме положення договору страхування життя мають пріоритет при колізії норми позитивного права під час вирішення судових спорів, що виникають на підставі договору страхування життя, необхідно встановити контроль за відповідністю вимогам законодавства змісту та форми договорів страхування життя.

Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, покликаючись на ст. 16 Закону, прийняла рішення про запровадження Додаткових вимог до договорів страхування життя<sup>14</sup>, чим підтвердила існування проблеми в сфері укладення договорів страхування життя, яка потребує нагального вирішення. Саме необхідність створення дієвого механізму захисту прав споживачів страхових послуг зумовила прийняття цього регуляторного акта. Однак, на нашу думку, зазначена проблема має вирішуватися шляхом внесення змін до Закону.

<sup>1</sup> Шукліна Н. Зміст конституційного принципу визнання людини найвищою соціальною цінністю / Н. Шукліна : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.nbuv.gov.ua/old\\_jrn/Soc\\_Gum/PrUk/2010\\_11/10.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/PrUk/2010_11/10.pdf)

<sup>2</sup> Безсмертна Н. В. Договір страхування в системі цивільно-правових договорів / Н. В. Безсмертна // Право України. – 2004. – № 3. – С. 34–37.

<sup>3</sup> Бахрієва З. Р. Припинення договору страхування та його наслідки / З. Р. Бахрієва // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. – 2010. – Т. 23 (62). – № 2. – С. 292–299. – (Серия «Юридические науки»).

<sup>4</sup> Ільченко Г. О. Предмет та об'єкт як істотні умови договору страхування / Г. О. Ільченко, С. В. Клименко // Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. – 182 2012. – № 1 (60). – С. 53–56.

<sup>5</sup> Міловська Н. В. Права та обов'язки страховальника в договірних зобов'язаннях зі страхування / Н. В. Міловська // Приватне право і підприємництво : зб. наук. праць / редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К. : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємства ім. академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України. – Вип. 14. – 2015. – С. 114–118.

<sup>6</sup> Янишен В. П. Майновий інтерес як предмет договору страхування / В. П. Янишен : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [file:///D:/D0%9C%D0%BE%D0%B8%20%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%8B/Downloads/imuschestvennyu-interes-kak-predmet-dogovora-strahovaniya%20\(1\).pdf](file:///D:/D0%9C%D0%BE%D0%B8%20%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%8B/Downloads/imuschestvennyu-interes-kak-predmet-dogovora-strahovaniya%20(1).pdf)

<sup>7</sup> Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР (за станом на 1 січня 2017 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>8</sup> Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV (за станом на 2 листопада 2016 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

<sup>9</sup> Цивільне право України: курс лекцій : у 6 т. / Р. Б. Шишка, Л. В. Красицька, В. В. Сергієнко, О. В. Смотров, О. Р. Шишка ; за ред. Р. Б. Шишки. – Т. 5. Кн. 1. Загальні положення зобов'язального права. – Х. : Еспада, 2005. – 177 с.

<sup>10</sup> Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з надання фінансових послуг (крім професійної діяльності на ринку цінних паперів) : постанова Кабінету Міністрів України від 7 грудня 2016 р. № 913 (за станом на 7 грудня 2016 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/913-2016-%D0%BF>

<sup>11</sup> Про затвердження Вимог до документів, що подаються страховиками для реєстрації в Нацкомфінпослуг правил страхування для конкретного виду добровільного страхування, а також змін та/або доповнень до цих правил : інформаційне повідомлення про оприлюднення проекту розпорядження Нацкомфінпослуг : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://nfp.gov.ua/news/1515.html>

<sup>12</sup> Судова практика розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/AB5E8816C6475569C2257905003047C1>

<sup>13</sup> Судова практика розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/AB5E8816C6475569C2257905003047C1>

<sup>14</sup> Додаткові вимоги до договорів страхування життя : проект Розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://nfp.gov.ua/news/1617.html>

### Резюме

#### **Горбань Н. С. Договір страхування життя.**

У статті розглянуто деякі аспекти укладення договору страхування життя. Акцентовано увагу на недоліках правового регулювання відносин щодо укладення договору страхування життя, сформульовано пропозиції, спрямовані на вдосконалення низки норм законодавства в сфері страхування, зокрема, з метою усунення колізійних норм щодо форми договору страхування.

**Ключові слова:** договір страхування життя, страхове свідоцтво (поліс), правила страхування життя, форма договору страхування життя.

### Резюме

#### **Горбань Н. С. Договор страхования жизни.**

В статье рассмотрены некоторые аспекты заключения договора страхования жизни. Акцентировано внимание на недостатках правового регулирования отношений по заключению договора страхования жизни, сформулированы предложения,

направленные на совершенствование ряда норм законодательства в сфере страхования, в частности, с целью устранения коллизионных норм относительно формы договора страхования.

**Ключевые слова:** договор страхования жизни, страховое свидетельство (полис), правила страхования жизни, форма договора страхования жизни.

#### Summary

##### **Gorban N. Life insurance contract.**

The article deals with some aspects of the contract of life insurance. The attention to the shortcomings of legal regulation of relations on the contract of life insurance and formulated proposals aimed at improving the number of the legislation in the insurance industry, in particular, to eliminate conflicting rules regarding the form of insurance.

**Key words:** life insurance contract, the insurance certificate (policy), the rules of life insurance, a form of life insurance policy.

УДК 347.9

**О. О. ДЕРІЙ**

*Олена Олександрівна Дерій, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРЕДСТАВНИЦТВА СТОРІН ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ АДВОКАТОМ

Реформа виконавчого провадження та виділення його із завершальної стадії судового провадження в самостійну процесуальну галузь правової науки дала неабиякий поштовх для формування інституту представництва сторін у виконавчому провадженні як нового та самостійного інституту.

Сучасне законодавство про виконавче провадження характеризується складністю та суперечливістю його норм. Відтак, на практиці сторонам виконавчого провадження буває деколи дуже складно реалізувати свої права та обов'язки. У цьому контексті важливе значення має регламентація інституту представництва сторін у виконавчому провадженні з метою ефективної реалізації їх прав та обов'язків.

Дослідженням суб'єктів виконавчого провадження займалися М. В. Вінциславська, С. С. Бичкова, Ю. В. Белоусов, Р. Г. Драгун, Р. В. Ігонін, І. В. Решетнікова. Питання участі представника у виконавчому провадженні було предметом дослідження таких вчених, як Д. П. Ватман, М. В. Вінциславська, Д. В. Кухнюк, М. М. Мальський, С. Я. Фурса, В. В. Цюра, С. В. Щербак, М. Й. Штефан та інші. Разом із тим особливості участі адвоката як представника сторони у виконавчому провадженні залишаються малодослідженими.

З огляду на зазначене **метою** статті є дослідження статусу та повноважень адвоката у виконавчому провадженні як окремого суб'єкта виконавчого процесу.

Відповідно до ст. 131-2 Конституції України для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура<sup>1</sup>. Причому зазначене не заперечує права на правову допомогу в цілому, у тому числі й у межах виконавчого провадження, яку можуть надавати інші, крім професійних адвокатів, фахівці-правники.

Нині на доктринальному рівні багато науковців виділяють процесуальне представництво сторін у виконавчому провадженні в окремий правовий інститут виконавчого процесу, що зумовлено особливою роллю права на юридичний захист як одного із засадничих принципів виконавчого процесу<sup>2</sup>.

Зокрема, С. В. Щербак<sup>3</sup> та М. В. Вінциславська<sup>4</sup> розглядають процесуальне представництво у виконавчому процесі як самостійний інститут виконавчого процесуального права (виконавчого процесу), що характеризується власною метою, суб'єктним складом, характером правовідносин, що виникають між представником та особою, представництво інтересів якої здійснюється, підставами виникнення, наслідками вчинення процесуальних дій.

Ю. В. Гепш зауважує, що представника досить складно включити в якусь конкретну групу учасників виконавчого провадження, оскільки його процесуальне становище є специфічним<sup>5</sup>. Аналогічної позиції дотримуються і Д. В. Кухнюк<sup>6</sup> та М. М. Мальський<sup>7</sup>. Ми підтримуємо позицію даних вчених, та вважаємо, що дійсно представник є окремим суб'єктом виконавчого провадження, самостійність та повноваження якого тісно пов'язані із правами та обов'язками сторони, яку він представляє.

Правове регулювання процесуального представництва у новій редакції Закону України «Про виконавче провадження» обмежується згадуванням про представників сторін виконавчого провадження у ст. 16 та закріпленням осіб, які не можуть бути представниками – у ст. 17 Закону, а також переліком процесуальних прав представника як іншого учасника виконавчого провадження у ст. 19 вказаного Закону.

Відповідно до ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження» сторони можуть реалізовувати свої права і обов'язки самостійно або через представників<sup>8</sup>. Особиста участь фізичної особи у виконавчому про-



вадженні не позбавляє її права мати представника, крім випадку, коли боржник згідно з рішенням зобов'язаний вчинити певні дії особисто.

Слід зауважити, що зазначена норма не є новелою, а «перекочує» з однієї редакції Закону до іншої. При цьому складається враження, що законодавець не замислюється над змістом, який у неї вкладає. Адже якщо буквально тлумачити її, то вбачається, що боржник у випадку, якщо згідно з рішенням він зобов'язаний вчинити певні дії особисто, та особисто бере участь у виконавчому провадженні, не може мати представника навіть для реалізації своїх прав, передбачених законодавством. Разом із тим, якщо боржник у випадку що розглядається, не бере особисто участь у виконавчому провадженні, то права на представника він має.

На наш погляд, краще було б прописати дану норму таким чином, що боржник не має права діяти через представника в частині виконання обов'язку, покладеного рішенням на нього особисто, а не заборонити йому мати представника взагалі.

Відповідно до норм ст.ст. 63–67 Закону України «Про виконавче провадження» до рішень, за якими боржник зобов'язаний особисто вчинити певні дії або утриматися від їх вчинення, належать:

- 1) поновлення на роботі;
- 2) відібрання дитини;
- 3) виселення боржника;
- 4) вселення стягувача.

Слід зазначити, що за даними категоріями проваджень Закон не забороняє мати представника, проте вчинення дій (або утримання від їх вчинення), які свідчать про виконання рішення суду чи іншого органу (посадової особи), вимагається саме від боржника, а не від адвоката чи представника. В усіх інших випадках закон не передбачає виконання рішення боржником особисто, а тому ми можемо стверджувати, що виконання може здійснюватись від імені боржника адвокатом чи представником.

Представництво адвоката, на відміну від законного представника, виникає в силу волевиявлення особи – сторони виконавчого провадження. Тому за своїм характером воно є договірним. Оскільки діяльність адвоката у виконавчому провадженні націлена на захист інтересів інших осіб, він має процесуальну<sup>9</sup> або функціональну<sup>10</sup> заінтересованість у виконанні. Ці терміни використовуються науковцями як синоніми, оскільки в обох випадках вони визначають заінтересованість адвоката у спонуканні державного виконавця вчинити певні дії з метою виконання рішення за виконавчим документом.

Зазначають, що саме представництво особи адвокатом найбільш повно гарантує право кожного на правову допомогу, закріплене Конституцією України. Відповідно до рішення Конституційного Суду України право на правову допомогу – це гарантована державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі та формах, визначених нею, незалежно від характеру правовідносин особи з іншими суб'єктами права<sup>11</sup>.

Професійне представництво здатне сприяти також праву особи на справедливий судовий розгляд, що закріплено у ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)<sup>12</sup>. З огляду на зазначене є підстави віднести діяльність представника-адвоката до окремого субінституту процесуального представництва у виконавчому провадженні.

Крім того, адвоката як представника сторони виконавчого провадження слід віднести до не обов'язкових учасників процесу виконання рішення. Адже його залучення до справи залежить від рішення (ініціативи) сторони такого процесу. Втім, участь адвоката може суттєво посприяти захисту прав і інтересів відповідної сторони. Судове рішення може бути виконане боржником добровільно чи у примусовому порядку, який передбачений Законом України «Про виконавче провадження». У такому випадку адвокат зобов'язаний роз'яснити особі, яка є відповідачем у справі, строки, передбачені для добровільного виконання рішення та наслідки застосування до неї заходів примусового виконання (зокрема, виникнення додаткових витрат, пов'язаних із реалізацією відповідних заходів посадовими особами виконавчої служби, звернення стягнення на майно боржника шляхом його арешту, вилучення та примусової реалізації). Більше того, добровільне виконання є доволі рідкісним явищем в Україні, саме тому роль адвоката зростає.

Так, у Законі України «Про виконавче провадження» міститься лише одне посилання на участь саме адвоката у виконавчому процесі. У ч. 4 ст. 16 визначено документи, які можуть підтверджувати його повноваження. Повноваження адвоката як представника посвідчуються ордером, дорученням органу чи установи, що уповноважені законом на надання безоплатної правової допомоги, або договором про надання правової допомоги. До ордера обов'язково додається витяг з договору, в якому зазначаються повноваження адвоката як представника або обмеження його прав на вчинення окремих дій як представника сторони виконавчого провадження. Витяг засвідчується підписами сторін договору.

У спеціальному Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» не міститься положення щодо порядку підтвердження повноважень адвоката у виконавчому процесі. Відповідно до ч. 2 ст. 26 «Підстави для здійснення адвокатської діяльності» зазначеного Закону повноваження адвоката як захисника або представника в господарському, цивільному, адміністративному судочинстві, кримінальному провадженні, розгляді справ про адміністративні правопорушення, а також як уповноваженого за дорученням у конституційному судочинстві підтверджуються в порядку, встановленому законом<sup>13</sup>. Такий стан слід розцінити як недолік законодавства, адже стаття, посилаючись на вид адвокатської діяльності – представництво, не закріплює всіх основних його напрямів. Натомість сформульована таким чином, що складається враження про виключний перелік видів представництва. З огляду на це дане положення потребує змін шляхом доповнення представництва адвокатом у виконавчому провадженні.

Закон не визначає моменту вступу адвоката у виконавче провадження. На практиці адвокат може приступити до виконання своїх професійних обов'язків на будь-якій стадії виконавчого провадження і у будь-якій справі, коли в особи виникне необхідність отримати кваліфіковану правову допомогу.

Виділяють дві форми участі адвоката у виконавчому процесі:

- 1) як продовження процесуального представництва у цивільному (адміністративному, господарському) процесі, де адвокат здійснював представництво інтересів позивача або відповідача (третьої особи);
- 2) як безпосередня участь адвоката лише в процесі вчинення виконавчих дій у державній виконавчій службі<sup>14</sup>.

Однак у деяких випадках адвокат не може брати участь у виконавчому процесі. Так, ч. 1 ст. 28 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» закріплено підстави для відмови в укладенні договору про надання правової допомоги. До таких підстав законом віднесено, зокрема, таке: у разі якщо доручення на виконання дій виходять за межі професійних прав і обов'язків адвоката; результат, досягнення якого бажає клієнт, або засоби його досягнення, на яких він наполягає, є протиправними, суперечать моральним засадам суспільства, присязі адвоката України, правилам адвокатської етики тощо.

Стадія виконання рішення потребує активної діяльності насамперед сторін, адже одним із принципів виконавчого процесу є диспозитивність, що полягає у наявності гарантованої законом можливості відповідного суб'єкта вільно та незалежно розпоряджатися своїми матеріальними й процесуальними правами, а також засобами захисту<sup>15</sup>. Крім того, він передбачає необхідність прояву ініціативи осіб, які заінтересовані в результаті виконавчого провадження – стягувача і боржника. Це означає, що досягнення бажаного результату залежить від того, чи вжиті процесуальні дії своєчасно та у належній формі. Виходячи з цього, адвокату слід ефективно розпорядитися належними сторонами диспозитивними правами, зокрема: правом ознайомлюватися з матеріалами виконавчого провадження, робити з них виписки, знімати копії, заявляти відводи, правом доступу до автоматизованої системи виконавчого провадження, правом оскаржувати рішення, дії або бездіяльність виконавця, правом надавати додаткові матеріали, заявляти клопотання, брати участь у вчиненні виконавчих дій, надавати усні та письмові пояснення, заперечувати проти клопотань інших учасників виконавчого провадження, правом на укладення мирової угоди та інші (ст. 19 Закону України «Про виконавче провадження»).

У процесі виконання рішення адвокат повинен надавати особі роз'яснення щодо її прав, правових наслідків вчинення процесуальних дій, надавати інформацію щодо стану виконання рішення.

Тому, на наш погляд, слід нормативно відокремити представництво адвоката у суді від представництва на стадії виконання рішення, оскільки останнє передбачає необхідність застосування адвокатом відмінних правових інструментів і засобів, а сам виконавчий процес характеризується наявністю особливих учасників, цілей, етапів, джерел правового регулювання тощо. Крім того, участь адвоката у виконавчому провадженні не в усіх випадках є продовженням процесуального представництва у судовому процесі, в межах якого адвокат здійснював представництво інтересів позивача або відповідача (третьої особи); вона може мати і самостійне значення і відбуватися вже після постановлення судового рішення – у формі участі адвоката лише в процесі виконання судового рішення. Такі зміни повинні бути внесені до ст.ст. 1, 19 Закону та інших, які стосуються здійснення адвокатом представництва як виду адвокатської діяльності.

Отже, участь адвоката у виконавчому процесі гарантує ефективну реалізацію процесуальних прав відповідним учасником провадження. Саме адвокат, який пройшов спеціальну підготовку, обізнаний з практикою виконання аналогічних рішень і володіє ширшим колом професійних прав та гарантій, може забезпечити надання якісної правової допомоги і найбільш повно гарантувати право кожного на професійну правову допомогу. Необхідно нормативно відокремити представництво адвоката у суді від представництва на стадії виконання рішення шляхом внесення відповідних змін у Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

<sup>1</sup> Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>2</sup> Мальський М. М. Особливості діяльності адвоката в транснаціональному виконавчому процесі / М. М. Мальський // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 2. – С. 281.

<sup>3</sup> Щербак С. В. Представництво у виконавчому процесі [Текст] / С. В. Щербак // Правовий вісник Української академії банківської справи. – 2013. – № 1 (8). – С. 44–49.

<sup>4</sup> Винциславская М. В. Представительство сторон в исполнительном процессе: проблемы теории и практики / М. В. Винциславская // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Вып. 3 «Исполнительный процесс» / под ред. д. ю. н., проф. С. Я. Фурсы. – К.: Издатель Фурса С. Я., 2014. – С. 131–140.

<sup>5</sup> Генп Ю. В. Участники исполнительного производства: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.15 / Юлия Владимировна Генп. – Саратов, 2002. – С. 121–132.

<sup>6</sup> Кухнюк Д. В. Особенности статуса адвоката-представителя и правовая природа его деятельности в исполнительном производстве / Д. В. Кухнюк // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Вып. 3 «Исполнительный процесс» / под ред. д. ю. н., проф. С. Я. Фурсы. – К.: Издатель Фурса С. Я., 2014. – С. 140–148.

<sup>7</sup> Мальський М. М. Актуальні аспекти представництва сторін исполнительного производства адвокатом / М. М. Мальський // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Вып. 4 «Адвокатура» / под ред. д. ю. н., проф. С. Я. Фурсы. – К.: Издатель Фурса С. Я., 2015. – С. 275–283.

<sup>8</sup> Про виконавче провадження: Закон України від 2 червня 2016 р. // Голос України. – 2016. – № 122–123.

<sup>9</sup> Білоусов Ю. В. Виконавче провадження: навч. посіб. / Ю. В. Білоусов. – К.: Прецедент, 2005. – 192 с.

<sup>10</sup> Фурса С. Я. Виконавче провадження в Україні: навч. посіб / С. Я. Фурса, С. В. Щербак. – К. : Атіка, 2002. – 480 с.

<sup>11</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі зв конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 // Офіційний вісник України. – 2009. – № 79. – Ст. 2694.

<sup>12</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13; 2006. – № 32. – С. 270.

<sup>13</sup> Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076 – VI / Верховна Рада України. – URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>

<sup>14</sup> Щербак С. В. Вказана праця.

<sup>15</sup> Штефан М. Й. Цивільний процес : підруч. для юрид. спеціальностей вищих закладів освіти / М. Й. Штефан. – К. : Ін Юре, 2005. – 608 с.

### Резюме

#### **Дерій О. О. Актуальні питання представництва сторін виконавчого провадження адвокатом.**

У статті автор розглядає деякі особливості участі адвоката у процесі виконання судового рішення як представника сторони. Звертається увага на зміст такого представництва, а також переваги залучення адвоката. Обґрунтована необхідність закріплення представництва адвокатом інтересів сторони у виконавчому провадженні як окремого виду адвокатської діяльності.

**Ключові слова:** виконавче провадження, адвокат, адвокатська діяльність, представництво, правова допомога.

### Резюме

#### **Дерій Е. А. Актуальные вопросы представительства сторон исполнительного производства адвокатом.**

В статье автор рассматривает некоторые особенности участия адвоката в процессе исполнения судебного решения как представителя стороны. Обращается внимание на содержание такого представительства, а также преимущества привлечения адвоката. Обоснована необходимость закрепления представительства адвокатом интересов стороны в исполнительном производстве в качестве отдельного вида адвокатской деятельности.

**Ключевые слова:** исполнительное производство, адвокат, адвокатская деятельность, представительство, правовая помощь.

### Summary

#### **Deriy O. Actual issues concerning representation of parties as for enforcement proceedings by the attorney at law.**

The article considers some features of a attorney at law in the enforcement of a judgment as a representative side. The author draws attention to the content of such representation, as well as the benefits of attracting a attorney at law. The necessity of securing representation advocate the interests of the parties in enforcement proceedings as a separate type of advocacy.

**Key words:** enforcement proceedings, attorney at law, advocacy, representation, legal aid.

УДК 347.12-053

### **В. О. КОЖЕВНИКОВА**

*Вікторія Олександрівна Кожевникова, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

## **ЗАКОНОДАВЧЕ ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА НА УКЛАДЕННЯ РЕЛІГІЙНОГО ШЛЮБУ В УКРАЇНІ**

Істотні політичні, економічні, соціальні зміни, які упродовж останніх років відбулись в українському суспільстві, зумовили необхідність дослідження та правового регулювання обмежень на реалізацію особистих немайнових прав суб'єктів сімейних відносин. За сучасних умов, як ніколи, важливим є дотримання природних прав людини, визначення належного законодавчого впливу на сім'ю, її кількісний склад, правовий статус, систему сімейних правовідносин тощо.

Правові норми ст. 3 Сімейного Кодексу України визначають сім'ю як первинний та основний осередок суспільства. Сім'я та особи, які входять до її складу, знаходяться під особливим захистом з боку держави, що створює відповідні умови для сприятливого розвитку. Так, при застосуванні порядку обмеження будь-яких прав особи, правова, демократична держава має виходити з їх виключності та обґрунтованості. Протиправними є нормативно-правові акти, які своїм змістом порушують конституційні гарантії суб'єктів сімейних відносин, необґрунтовано обмежуючи їх права. Такі правові акти нерідко з'являються внаслідок законодавчих помилок та за своїм змістом можуть безпідставно обмежувати свободу, зловживати правом особи, порушувати при цьому принцип рівності, недоторканності, відособленості майна суб'єктів сімейних відносин тощо.

Науково-теоретичним підґрунтям для висновків і узагальнень, зроблених у роботі, стали фундаментальні праці сучасних вчених. Зокрема, це: В. К. Антошкіна, Т. В. Боднар, В. І. Борисова, О. В. Дзера, Н. А. Дячкова, Р. А. Майданик, О. О. Михайленко, Є. О. Мічурін, Л. В. Красицька, З. В. Ромовська, С. О. Сліпченко, М. О. Самойлов, В. І. Труба, С. Я. Фурса, Ю. С. Червоний, Я. М. Шевченко, О. А. Явор.

Основною метою статті є здійснення правового аналізу обмеження права на релігійний шлюб (такий, що посвідчується релігійною установою та набуває законного, правового значення, після процедури посвячення, вінчання чи іншого обряду).

Обмеження права на укладення релігійного шлюбу протягом багатьох століть викликало суперечності з приводу обґрунтованості, закріплення такого обмеження (заборони) в актах сімейного законодавства України. Саме тому додаткової правової оцінки потребує дослідження доцільності існування такого обмеження, у чому полягають сутність та зміст правового закріплення.

Законодавче обмеження на укладення релігійного шлюбу визначено ч. 3 ст. 21 СК України. Звідси випливає, що релігійний обряд шлюбу не є підставою для виникнення у жінки та чоловіка прав та обов'язків подружжя, крім випадків, коли релігійний обряд шлюбу відбувався до створення або відновлення органів державної реєстрації актів цивільного стану.

Проте популяризація релігійного обряду в Україні набуває масовості, особливо на території Західної України. Це пов'язано насамперед з відновленням християнських традицій в Україні та наслідуванням західноєвропейських підходів до процедури укладення шлюбу.

Релігійні обряди, вінчання наречених спостерігаються в усьому світі, в деяких державах (Іспанія, Італія, Польща, штати Делавер, Віргінія в США) релігійний обряд має юридичну силу та правове значення. У якості прикладу варто вказати, що ст. 82 ЦК Іспанії встановлює одним зі способів реєстрації шлюбу церковний обряд. Релігійна форма укладення шлюбу передбачає обов'язкове внесення запису про укладений шлюб у реєстр або книгу записів актів цивільного стану<sup>1</sup>. Тобто, сама по собі, така форма укладення шлюбу за законодавством Іспанії зобов'язує щодо додаткового дублювання запису в Державному органі реєстрації таких актів.

У сусідній Польщі найчастіше використовується форма укладення релігійного шлюбу з цивільно-правовими наслідками, тобто укладення шлюбу в рамках однієї нерозривної процедури, що є квінтесенцією обох окремих процедур і називається в польській юридичній доктрині «шлюбом з подвійним результатом»<sup>2</sup>. Таку процедуру умовно можна розділити на три основні стадії: виконання формальних вимог, сама церемонія укладення шлюбу і, нарешті, стадія реєстрації вже укладеного шлюбу. Згідно зі ст. 8 п. 2 СОК РП стадія укладення шлюбу майже повністю регулюється розпорядженнями Польської католицької церкви, залишаючи для державного регулювання лише формальні питання (зазначено у ст. 2 СОК РП наявність свідків, обов'язок під час обряду вінчання спільно виявити волю про вступ у шлюб релігійний). З вказаного слідує, що внутрішнє законодавство низки зарубіжних держав не обмежує своїх громадян (подружжя) укладати релігійний шлюб та закріплює інститут конкубітату на законодавчому рівні.

Незважаючи на те, що і в нашій державі релігійні обряди відбуваються повсюдно, однак вони не мають жодного юридичного значення. Так, досліджуючи звичаєве право українського народу, вчений Ю. Г. Гошко висловлював думку про те, щоб в Україні надавати вінчанню юридичне значення<sup>3</sup>, як це відбувається в інших закордонних державах, де реєстрація шлюбу уповноваженим державним органом та вінчання може бути проведено одночасно.

З. В. Ромовська з цього приводу зауважувала: «Пропозиція про надання правового значення вінчанню, тобто канонічній формі шлюбу, не була підтримана при опрацюванні проекту Сімейного кодексу України. Це означає, що релігійний обряд шлюбу, як і раніше, не створюватиме прав та обов'язків подружжя, залишається особистою справою жінки та чоловіка<sup>4</sup>. Таке законодавче обмеження (заборона визнання релігійних шлюбів в Україні) є колізійним (спірним) у сучасному праві, оскільки діє всупереч міжнародним конвенціям, ратифікованим Україною, та Закону України «Про міжнародне приватне право».

Так, згідно з ч. 1 ст. 58 Закону України «Про Міжнародне приватне право» шлюб між громадянами України, що укладений за межами України відповідно до права іноземної держави, є дійсним в Україні за умови додержання щодо громадянина України вимог Сімейного кодексу України щодо підстав недійсності шлюбу<sup>5</sup>. Науковець О. А. Явор неоднозначність правового регулювання положеннями СК України та Закону України «Про міжнародне приватне право» обґрунтовувала наступним чином: «Складнощі виникають тоді, коли різні правопорядки по-різному кваліфікують одні й ті самі життєві обставини і надають їм різної юридичної значущості»<sup>6</sup>. А отже, колізійні проблеми, що стосуються форми шлюбу, виникають у зв'язку з необхідністю визнання або обмеження щодо визнання дійсним шлюбу на території іноземної держави з точки зору невідповідності його публічному порядку, яка, власне й виникає через відмінності у матеріальному праві, що регулюють питання укладення шлюбу.

У науковій літературі з приводу обмеження прав подружжя на визнання релігійного шлюбу за вітчизняним законодавством було розглянуто приклад, який мав місце у сучасній правозастосовній практиці України.

Так, чоловік та жінка уклали церковний шлюб за законодавством Ірландії. У цій державі такий шлюб має юридичне значення (положення чинного законодавства Ірландії не обмежує суб'єктів сімейних відносин у праві на реєстрацію шлюбу шляхом укладення релігійного обряду). Відповідно Вищий спеціалізований суд

\* Про міжнародне приватне право [Текст ]: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – С. 1278. – Ст. 422.



України, вирішуючи питання, чи є такий шлюб дійсний, виходячи з положень чинного СК (ст.ст. 22, 24–26 СК України) встановлював, чи не порушує такий шлюб моральні засади українського суспільства, чи відповідає належному правопорядку у нашій країні тощо. Так, суд дійшов наступних висновків: не зважаючи на те, що формально вимоги, за якими шлюб може визнаватися недійсним, були виконані (шлюбний вік, одношлюбність, вільна згода чоловіка та жінки), проте, оскільки його було укладено за церковним обрядом, а така форма реєстрації вважається неправовою та заборонена СК України, шлюб визнано недійсним (див. ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 січня 2011 р. у справі № 6-33224св11). З аналізу судової практики слідує, що релігійний шлюб є особистою справою віруючих чоловіка та жінки. Фактично церковні обряди, які проводяться священиком в українських храмах, «роблять вінчання незабутньою подією в житті»<sup>6</sup> наречених. Та, не зважаючи на такий стан речей, сама процедура релігійного обряду (шлюбу) законодавчо обмежуються у наданні їй юридичної сили та правового значення.

Єдиним винятком із вказаного вище законодавчого обмеження може мати місце, коли релігійний обряд шлюбу відбувся до створення або відновлення державних органів реєстрації цивільного стану (ч. 3 ст. 21СК України). У західних областях України церковні шлюби визнавалися, якщо вони були здійснені до 5 травня 1940 р., у Закарпатській області – до 25 січня 1946 р., в окремих районах Чернівецької області, Акерманському та Ізмаїльському районах Одеської області – до 2 серпня 1940 року<sup>7</sup>. З огляду на стародавні звичаї та традиції українського народу можна стверджувати, що концепція релігійного (церковного) шлюбу все ж таки знайшла своє часткове практичне відображення в законодавчих приписах СК України.

Правомірним, таким, що породжує правові наслідки для чоловіка та дружини є шлюб, посвідчений органами реєстрації актів цивільного стану. З огляду на те, що в Україні «Відданість концепції «шлюб-таїнство» відбивалося в законі – протягом багатьох століть єдиною формою шлюбу вважалося церковне вінчання»<sup>8</sup>, тому, на нашу думку, поєднання одночасно державної реєстрації шлюбу та вінчання чоловіка і жінки могло б мати й юридичне значення за сучасних умов.

З огляду на те, що правові обмеження «мають базуватися на таких принципах, як: об'єктивність, розумність, обґрунтованість, винятковість, правомірність, пропорційність, соціалізація»<sup>9</sup> сама по собі процедура укладення церковного шлюбу таких приписів, на яких базуються обмеження, не порушує. Все ж таки чинні положення СК України встановлюють заборону на визнання дійсним церковного шлюбу. Не зважаючи, на відсутність порушення моральних засад суспільства, громадського порядку держави, юридичне значення вінчання (інший релігійний обряд шлюбу) не має. Винятком могло б слугувати практичне поєднання вінчання та державної реєстрації шлюбу в Україні (на зразок європейських держав).

<sup>1</sup> Кожевникова В. О. Іноземні шлюби українських громадян: проблематика укладення та визнання : моногр. / В. О. Кожевникова, М. О. Самойлов. – Сімферополь, ДІАІПП. – 144 с.

<sup>2</sup> Там само. – С. 144.

<sup>3</sup> Гошко Ю. Звичаєве право жителів українських Карпат та Прикарпаття XIV–XIX ст. / Юрій Гошко. – С. 267–268.

<sup>4</sup> Ромовська Сімейний кодекс України : наук.-практ. коментар. – [3-є вид., перероб. і доп.] / З. В. Ромовська. – К. : Правова єдність, 2009. – 432 с.

<sup>5</sup> Явор О. А. Юридичні факти в сімейному праві України: усталені підходи і новітні тенденції : моногр. / О. А. Явор. – Х. : Право, 2016. – 352 с.

<sup>6</sup> Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 14 грудня 2011 року у справі № 6-33224св11 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2115758>

<sup>7</sup> Ромовська З. В. Українське сімейне право : підруч. [для студ. вищ. навч. закл.] / Зорислава Ромовська. – К. : Правова єдність, 2009. – 500 с.

<sup>8</sup> Сімейне право України : підруч. / Т. В. Боднар, В. С. Гопанчук, О. В. Дзера [та ін.]; за заг. ред. Т. В. Боднар та О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2016. – 520 с.

<sup>9</sup> Мічурін Є. О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правовий аспект) : моногр. / Є. О. Мічурін. – Х. : ЮрСвіт, НДІ Приватного права та підприємництва АПРн України, 2008. – 482 с.

### Резюме

#### **Кожевникова В. О. Законодавче обмеження права на укладення релігійного шлюбу в Україні.**

Статтю присвячено пануючому законодавчому обмеженню права на реєстрацію релігійного шлюбу. Проаналізовано історичні, соціальні, морально-етичні передумови виникнення та існування такого обмеження в актах сімейного законодавства. Зроблено висновок про доцільність та обґрунтованість існування вказаного обмеження в Сімейному кодексі України.

**Ключові слова:** подружжя, релігійний шлюб, церковний обряд, вінчання, наречені, правовідносини, особа, обмеження права, заборона, здійснення права, юридичний факт.

### Резюме

#### **Кожевникова В. А. Законодательное ограничение права на заключение религиозного брака в Украине.**

Статью посвящено действующему законодательному ограничению права на регистрацию религиозного брака. Проанализировано исторические, социальные, морально-этические предпосылки возникновения и существования такого ограничения в актах семейного законодательства. Сделано выводы о необходимости и обоснованности существования указанного ограничения в Семейном кодексе Украины.

**Ключевые слова:** брачующиеся, религиозный брак, церковный обряд, венчание, новобрачные, правоотношение, лицо, ограничение права, запрет, осуществление права, юридический факт.

### Summary

**Kozhevnikova V. Legislative delineation of the right to conclude a religious marriage in Ukraine.**

The article is devoted dominating low limitation of right to register a religious marriage. Analyzed historical, social, moral and ethical prerequisites occurrence and existence of such a restriction in acts of family law. Conclusions are made about the necessity and justification for the existence of this restriction by the Family Code of Ukraine.

**Key words:** getting married, religious marriage, church rite, wedding, newlyweds, legal relationship, person, restriction of law, prohibition, exercise of law, legal fact.

УДК 347

**Н. А. МАКАРЕНКО**

*Наталія Анатоліївна Макаренко, кандидат юридичних наук, доцент Донецького юридичного інституту МВС України, адвокат*

## ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ ПОЗОВІВ ПРО ЗАХИСТ ЧЕСТІ ТА ДІЛОВОЇ РЕПУТАЦІЇ

Важливість питання захисту честі та ділової репутації на сьогоднішній день важко переоцінити. Цілком логічно, що зазначене питання є предметом розгляду значної кількості науковців, досліджується фахівцями в галузі цивільного права та процесу, а також є предметом уваги юристів, які працюють в галузі медіа права та мають відповідну практику.

Медіа право як відповідний напрям теоретичних досліджень та практики, в межах якої й розглядаються позови про захист честі та ділової репутації, з одного боку, є достатньо розвинутим як у національному, так і в міжнародному праві, але, з іншого боку, зазначена категорія справ, де однією зі сторін виступає засіб масової інформації, має свою специфіку та особливість розгляду.

У межах даної статті пропонується розглянути особливості розгляду позову про захист честі та ділової репутації, з урахуванням специфіки законодавства, що регулює зазначені правовідносини, а також наявної судової практики, проблематики розгляду зазначених позовів в окремих містах України.

Варто зазначити, що відповідна судова практика, особливо у випадках, коли позови висуваються до засобів масової інформації (телеканалів), здебільшого зосереджена у місті Києві або у великих обласних містах, де функціонує зазначена кількість засобів масової інформації та існує реальна судова практика. У містах, де здійснює свою діяльність невелика кількість засобів масової інформації, зазначена практика майже відсутня або формується не на користь представників ЗМІ, що в свою чергу гальмує розвиток ЗМІ як таких, а також окремих журналістів чи проектів, пов'язаних із журналістським розслідуванням безпосередньо.

Як підґрунтя для наданої наукової роботи взято декілька однотипних позовів про захист честі та ділової репутації, що розглядалися (розглядаються) в місті Кривому Розі, та поєднані однією спільною рисою (вимогою позивача), а саме: вимогою спростувати відомості, що були зазначені у інформаційних випусках чи окремих телепередачах, повідомлення на сайтах відповідних ресурсів.

У всіх проаналізованих справах, позови були прийняті до розгляду, засідання проводяться у відкрито.

Згідно з ч. 1 ст. 128 ЦПК України після одержання копій ухвали про відкриття провадження у справі і позовної заяви відповідач має право подати суду письмове заперечення проти позову із зазначенням доказів, що підтверджують його заперечення<sup>1</sup>.

У поданих позовах позивачі вважали, що інформація, висвітлена в телепередачах, є недостовірною, та такою, що порочить честь та ділову репутацію громадянина України.

Представник відповідача (аналогічно за декількома справами) вважав позовні вимоги позивача необґрунтованими, безпідставними та такими, що не підлягають задоволення, виходячи з наступного:

1. У позовній заяві є посилання на ч. 3 ст. 277 ЦК України, згідно з якою негативна інформація, поширена про особу, вважається недостовірною, якщо особа, яка її поширила, не доведе протилежного (презумпція добропорядності). Таким чином, виходячи зі змісту вказаної норми позивачем презюмується, що в даному спорі саме на відповідача покладено обов'язок доказування. Натомість, це не відповідає дійсності, оскільки ч. 3 ст. 277 Цивільного кодексу України було виключено на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про інформацію» та Закону України «Про доступ до публічної інформації». У зв'язку зі внесенням з 27 березня 2014 р. змін до Цивільного кодексу України, зокрема до ст. 277, принцип презумпції добропорядності (ч. 3) було скасовано, а тому доказування Позивачем обґрунтованості свого позову, а саме – недостовірності поширеної відповідачем інформації, має відбуватися у загальному порядку<sup>2</sup>.

Відповідно до ч. 1 ст. 60 ЦПК України кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається в обґрунтування своїх вимог і заперечень. Докази подаються сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі.

Відповідно до ч.ч. 1–2 ст. 131 ЦПК України сторони зобов'язані подати свої докази суду до або під час попереднього судового засідання у справі, а якщо попереднє судове засідання у справі не проводиться, – до початку розгляду справи по суті. Докази, подані з порушенням вимог, встановлених частиною першою цієї статті, не приймаються, якщо сторона не доведе, що докази подано несвоєчасно з поважних причин.

Згідно з положеннями ст. 10 ЦПК України позивач має право подати докази недостовірності поширеної інформації. Позивач повинен довести факт поширення інформації відповідачем, а також те, що внаслідок цього було порушено його особисті немайнові права.

2. У поданій позовній заяві позивач посилається на те, що у відповідних випусках телевізійних новин (окремих телепрограмах, у межах журналістських розслідувань), озвучувалось прізвище відповідача, інформація про колише місце роботи, а також інформація про причетність до окремих видів кримінального бізнесу, а саме «веб-студій», а також вказувалось, що позивач є родоначальником порноімперії в місті Кривому Розі, використовувалось зображення позивача у одязі короля та з короною на голові. При цьому далі по тексті позовної заяви є посилання на адресу каналу YouTube, де нібито розміщений відповідний відеозапис, та в якості додатків до позовної заяви додано роздруківки з вебсайту, а також YouTube.

Відповідно до ч. 2 ст. 59 ЦПК України обставини справи, які за законом мають бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватись іншими засобами доказування.

Згідно з ч. 3, 4 ст. 60 ЦПК України доказуванню підлягають обставини, які мають значення для ухвалення рішення у справі і щодо яких у сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, виникає спір.

Доказування не може ґрунтуватися на припущеннях.

Відповідно до п. 18 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27 лютого 2009 р. № 1 зазначалось, що позивач повинен довести факт поширення інформації відповідачем, а також те, що внаслідок цього було порушено його особисті немайнові права<sup>3</sup>.

У своїх позовних вимогах позивач (позивачі) просить суд визнати недостовірною та такою, що порочить честь, гідність та ділову репутацію інформацію, викладену на відповідному каналі та зобов'язати головного редактора спростувати таку інформацію, натомість, всупереч вищенаведеним нормам ЦПК України, позивачем не доведено належними доказами факту розповсюдження інформації відповідачем, оскільки до позовної заяви не додано оригіналу запису передачі, у межах якої і була викладена зазначена інформація.

Згідно з вимогами ст. 64 Закону України «Про телебачення та радіомовлення» громадянин або юридична особа мають право вимагати від телерадіоорганізації спростування поширених у її програмі чи передачі відомостей, які не відповідають дійсності та/або принижують честь і гідність особи. Заяву з вимогою спростування має бути подано до телерадіоорганізації у письмовій формі протягом 14 днів з дня поширення таких відомостей з письмовим повідомленням про це Національній раді. На вимогу заявника телерадіоорганізація зобов'язана надати йому можливість безкоштовного прослуховування (перегляду) відповідного фрагменту програми чи передачі або надати копію запису фрагменту з відповідною оплатою<sup>4</sup>.

Відповідно до положень ч.ч. 4, 5 ст. 48 вказаного Закону усі передачі, які телерадіоорганізація транслювала чи ретранслювала або забезпечувала їх трансляцію чи ретрансляцію у повній та незмінній формі третьою особою (оператором телекомунікацій), повинні бути записані і зберігатися протягом 14 днів від дати їх розповсюдження, якщо у цей строк не надійшло скарги щодо їхнього змісту. У разі подання скарги щодо змісту передачі її записи зберігаються до того часу, поки скаргу не буде розглянуто і рішення стосовно неї не буде прийнято у визначеному порядку.

Між тим, позивач не скористався наданою законодавцем можливістю і не звернувся до Товариства з обмеженою відповідальністю «Телеканал Кривий Ріг» та Національної Ради України з питань телебачення і радіомовлення в порядку, передбаченому п. 5 ст. 64 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» із письмовою заявою про надання копії запису передачі.

Однією із засад судочинства, регламентованих п. 4 ч. 3 ст. 129 Конституції України, є змагальність сторін та свобода в наданні ними до суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості<sup>5</sup>.

Відповідно до п. 15 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27 лютого 2009 р. № 1, при розгляді справ зазначеної категорії суди повинні мати на увазі, що юридичним складом правопорушення, наявність якого може бути підставою для задоволення позову, є сукупність таких обставин: а) поширення інформації, тобто доведення її до відома хоча б одній особі у будь-який спосіб; б) поширена інформація стосується певної фізичної чи юридичної особи, тобто позивача; в) поширення недостовірної інформації, тобто такої, яка не відповідає дійсності; г) поширення інформації, що порушує особисті немайнові права, тобто або завдає шкоди відповідним особистим немайновим благам, або перешкоджає особі повно і своєчасно здійснювати своє особисте немайнове право. Під поширенням інформації слід розуміти: опублікування її у пресі, трансляції по радіо, телебаченню чи з використанням інших засобів масової інформації; поширення в мережі Інтернет чи з використанням інших засобів телекомунікаційного зв'язку; викладення в характеристиках, заявах, листах, адресованих іншим особам; повідомлення в публічних виступах, в електронних мережах, а також в іншій формі хоча б одній особі.

З позовної заяви неможливо встановити сукупності чотирьох обставин, які є підставою для задоволення позовних вимог, а тому підстави визнати вказані у статті, на яку посилається позивач, відомості такими, що не відповідають дійсності, порочать честь, гідність та ділову репутацію відсутні.

3. Згідно зі ст. 30 Закону України «Про інформацію» ніхто не може бути притягнутий до відповідальності за висловлення оціночних суджень. Оціночними судженнями, за винятком наклепу, є висловлювання, які не містять фактичних даних, критика, оцінка дій, а також висловлювання, що не можуть бути витлумачені як такі, що містять фактичні дані, зокрема з огляду на характер використання мовно-стилістичних засобів (вживання гіпербол, алегорій, сатири). Оціночні судження не підлягають спростуванню та доведенню їх правдивості<sup>6</sup>.

Додаткові підстави звільнення від відповідальності засобів масової інформації та журналістів встановлюються законами України «Про телебачення і радіомовлення»<sup>7</sup>, «Про інформаційні агентства»<sup>8</sup> та іншими.

Згідно з п. 19 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27 лютого 2009 р. № 1, вирішуючи питання про визнання поширеної інформації недостовірною, суди повинні визначати характер такої інформації та з'ясувати, чи є вона фактичним твердженням, чи оціночним судженням.

Відповідно до частини другої ст. 47-1 Закону України «Про інформацію» оціночними судженнями, за винятком образи чи наклепу, є висловлювання, які не містять фактичних даних, зокрема критика, оцінка дій, а також висловлювання, що не можуть бути витлумачені як такі, що містять фактичні дані, з огляду на характер використання мовних засобів, зокрема гіпербол, алегорій, сатири. Оціночні судження не підлягають спростуванню та доведенню їх правдивості.

Таким чином, відповідно до ст. 277 ЦК не є предметом судового захисту оціночні судження, думки, переконання, критична оцінка певних фактів і недоліків, які, будучи вираженням суб'єктивної думки і поглядів відповідача, не можна перевірити на предмет їх відповідності дійсності (на відміну від перевірки істинності фактів) і спростувати, що відповідає прецедентній судовій практиці Європейського суду з прав людини при тлумаченні положень ст. 10 Конвенції.

Відповідно до ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і Першого протоколу та Протоколів № 2, 4, 7, 11 до Конвенції, кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для охорони порядку або запобігання злочинам, для охорони здоров'я або моралі, для захисту репутації або прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або підтримання авторитету та безсторонності суду і є необхідним у демократичному суспільстві<sup>9</sup>.

Вирішуючи питання про визнання поширеної інформації недостовірною, суди повинні визначати характер такої інформації та з'ясувати, чи є вона фактичним твердженням, чи оціночним судженням.

Крім того, у п. 14 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27 лютого 2009 р. № 1 суд роз'яснив, що позовна заява має містити, зокрема, відомості про те, в який спосіб була поширена інформація, що порушує особисті немайнові права позивача (заявника), яка саме інформація поширена відповідачем (відповідачами), із зазначенням часу, способу й осіб, яким така інформація повідомлена, інші обставини, які мають юридичне значення, посилання на докази, що підтверджують кожну з таких обставин, а також зазначення способу захисту, в який позивач бажає захистити своє порушене право.

Позивачем не доведено належними та допустимими доказами, яким чином поширена інформація завдала шкоди його честі, гідності та діловій репутації.

Відповідно до практики Європейського суду з прав людини, зокрема п. 46 справи Лінгенс (Лінгенз) проти Австрії від 8 липня 1986 р., на думку Суду, слід уважно розрізняти факти та оціночні судження. Наявність фактів можна довести, а правдивість оціночних суджень – не можна. Оціночне судження є висновком, отриманим у результаті інтелектуальної (логічної) обробки і узагальнення конкретно людиною фактів, оцінок інших людей, інформації довідкового характеру та причинно-наслідкових зв'язків між зазначеними джерелами інформації<sup>10</sup>. Тому будь-яким шляхом неможливо оцінити правдивість чи правильність цього висновку.

Таким чином, за відсутності поширення неправдивих відомостей про позивача не вбачається передбачених законодавством підстав для покладення на відповідний телеканал обов'язку спростування поширених відомостей та відшкодування моральної шкоди.

Відповідно до п. 9 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27 лютого 2009 р. № 1 недостовірною вважається інформація, яка не відповідає дійсності або викладена неправдиво, тобто містить відомості про події та явища, яких не існувало взагалі або які існували, але відомості про них не відповідають дійсності (неповні або перекручені).

Згідно з п. 20 вищезазначеної Постанови Пленуму Верховного Суду України, з огляду на положення ст. 32 Конституції України, судам належить розрізняти справи про захист гідності, честі чи ділової репутації шляхом спростування недостовірної інформації (права на відповідь) від справ про захист інших особистих немайнових прав, зокрема, перелічених у ст. 270 ЦК<sup>11</sup>, порушених у зв'язку з поширенням про особу інфор-



мації, недоторканність якої спеціально охороняється Конституцією та законами України і поширення якої може завдати моральну шкоду навіть у випадку, якщо ця інформація відповідає дійсності і не порочить гідність, честь чи ділову репутацію. Тобто, якщо інформація, яка порушує особисті немайнові права особи, є достовірною, вимоги про її спростування не можуть бути задоволені.

До того ж, відповідно до Закону України «Про інформацію»<sup>12</sup>, забороняється цензура – будь-яка вимога, спрямована, зокрема, до журналіста, засобу масової інформації, його засновника (співзасновника), видавця, керівника, розповсюджувача, узгоджувати інформацію до її поширення або накладення заборони чи перешкоджання в будь-якій іншій формі тиражуванню або поширенню інформації. Забороняються втручання у професійну діяльність журналістів, контроль за змістом поширюваної інформації, зокрема з метою поширення чи непоширення певної інформації, замовчування суспільно необхідної інформації, накладення заборони на висвітлення окремих тем, показ окремих осіб або поширення інформації про них, заборони критикувати суб'єкти владних повноважень. Умисне перешкоджання законній професійній діяльності журналістів та/або переслідування журналіста за виконання професійних обов'язків, за критику тягне за собою відповідальність згідно із законами України (ст. 171 Кримінального кодексу України «Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів»)<sup>13</sup>. Аналогічна позиція зазначена в Роз'ясненні Міністерства юстиції України від 4 жовтня 2011 р. «Правові засади діяльності журналістів в Україні»<sup>14</sup>.

Згідно зі ст. 25 Закону України «Про інформацію» під час виконання професійних обов'язків журналіст має право здійснювати письмові, аудіо- та відеозаписи із застосуванням необхідних технічних засобів, за винятком випадків, передбачених законом. Журналіст має право не розкривати джерело інформації або інформацію, яка дозволяє встановити джерела інформації, крім випадків, коли його зобов'язано до цього рішенням суду на основі закону.

Телеканал, до якого власне і пред'явлений зазначений (зазначені) позови, є телерадіоорганізацією в розумінні Закону України «Про телебачення і радіомовлення» і здійснює діяльність з виробництва кіно- та відеофільмів, телевізійних програм, видання звукозаписів, діяльність у сфері телевізійного мовлення.

Відповідно до гарантій свободи діяльності телерадіоорганізацій, що передбачені ст. 5 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», цензура інформаційної діяльності телерадіоорганізації забороняється. Телерадіоорганізація є незалежною у визначенні змісту програм та передач. Не вмотивоване законодавством України втручання органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, громадських чи релігійних об'єднань, їх посадових осіб чи працівників, а також власників у сферу професійної діяльності телерадіоорганізацій не допускається.

Згідно з положеннями ст. 179 ЦПК України предметом доказування під час судового розгляду є факти, які обґрунтовують заявлені вимоги чи заперечення або мають інше значення для вирішення справи (причини пропуску строку позовної давності тощо) і підлягають встановленню при ухваленні судового рішення. Для встановлення у судовому засіданні фактів, зазначених у частині першій цієї статті, досліджуються показання свідків, письмові та речові докази, висновки експертів.

Відповідно до ст. 57 ЦПК України доказами є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи. Ці дані встановлюються на підставі речових доказів, зокрема звуко- і відеозаписів.

Докази подаються сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі (ч. 2 ст. 60 ЦПК України). Згідно з ч. 2 ст. 65 ЦПК України речовими доказами є також магнітні, електронні та інші носії інформації, що містять аудіовізуальну інформацію про обставини, які мають значення для справи.

4. Щодо стягнення з телеканалу (телеканалів) моральної шкоди на користь позивача (позивачів) зазначаємо, що оскільки факт недостовірності інформації позивачем не доведено, позовні вимоги щодо відшкодування моральної шкоди задоволенню судом не підлягають.

Відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 23 ЦК України моральна шкода полягає у приниженні честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи.

Згідно з ч. 3 ст. 23 ЦК України розмір грошового відшкодування моральної шкоди визначається судом залежно від характеру правопорушення, глибини фізичних та душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого або позбавлення його можливості їх реалізації, ступеня вини особи, яка завдала моральної шкоди, якщо вина є підставою для відшкодування, а також з урахуванням інших обставин, що мають істотне значення. При визначенні розміру відшкодування враховуються вимоги розумності й справедливості.

Разом із тим позивач не надав до суду жодного письмового доказу, який би підтверджував те, що діями відповідача було завдано моральної шкоди позивачу, у чому саме полягає моральна шкода, конкретно в чому виражається погіршення стосунків позивача з оточенням, сусідами та родичами, окрім того, не підтверджена належними доказами неможливість позивача продовжувати таке ж активне громадське життя, яке він проводив раніше, та чим керувався позивач при визначенні розміру моральної шкоди (в проаналізованих позовах максимальна сума позовних вимог щодо відшкодування моральної шкоди становила 1 500 000,00 гривень), а тому ця вимога позивача є безпідставною.

Враховуючи вищезазначене, постановою Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27 лютого 2009 р. № 1, положення Законів України «Про телекомунікації», «Про авторське право та суміжні права», «Про інформацію», «Про телебачення і радіомовлення», «Про державну підтримку засобів

масової інформації та соціальний захист журналістів»<sup>15</sup>, ст.ст. 10, 23, 27, 57, 60, 65, 131, 179, 188 ЦПК України, проаналізовані позови, судова практика зі вказаної категорії дають підстави стверджувати, що зазначені позови про захист честі, гідності, ділової репутації та зобов'язання спростувати недостовірну інформацію, стягнення моральної шкоди є необґрунтованими та такими, що не можуть бути задоволені у повному обсязі судами, що їх розглядають. Разом із тим варто зазначити, що проблематика потребує подальшого вивчення, оскільки в окремих випадках відповідні захисні механізми права можуть використовуватись як засіб тиску на ЗМІ та окремих журналістів, а подекуди може йтися про дійсно непрофесійну журналістську діяльність, внаслідок якої оприлюднюється недостовірна інформація, котра в свою чергу може нанести шкоду діловій репутації.

<sup>1</sup> Цивільно процесуальний кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>

<sup>2</sup> Цивільний кодекс : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

<sup>3</sup> Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи : постанова Пленуму Верховного Суду України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v\\_001700-09](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09)

<sup>4</sup> Про телебачення та радіомовлення : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3759-12>

<sup>5</sup> Конституція України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>6</sup> Про інформацію : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>

<sup>7</sup> Про телебачення та радіомовлення : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3759-12>

<sup>8</sup> Про інформаційні агентства : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/74/95-%D0%B2%D1%80>

<sup>9</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004)

<sup>10</sup> Справа Лінгенс проти Австрії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980\\_066](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_066)

<sup>11</sup> Цивільний кодекс : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

<sup>12</sup> Про інформацію : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>

<sup>13</sup> Кримінальний кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/paran1128#n1128>

<sup>14</sup> Правові засади діяльності журналістів в Україні : роз'яснення Міністерства юстиції України від 4 жовтня 2011 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0062323-11>

<sup>15</sup> Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/540/97-%D0%B2%D1%80>

#### Резюме

##### **Макаренко Н. А. Особливості розгляду позовів про захист честі та ділової репутації.**

У статті висвітлено питання особливостей розгляду позовів про захист честі та ділової репутації, спростування недостовірної інформації та компенсації моральної шкоди за позовами, відповідачем з яких виступають засоби масової інформації, з урахуванням специфіки практики національного законодавства.

**Ключові слова:** ділова репутація, честь, позов, моральна шкода, відшкодування шкоди, спростування недостовірної інформації, позивач, відповідач, засоби масової інформації, журналіст, телебачення, носій інформації.

#### Резюме

##### **Макаренко Н. А. Особенности рассмотрения исков о защите чести и деловой репутации.**

В статье освещаются вопросы особенностей рассмотрения исков о защите чести и деловой репутации, опровержении недостоверной информации и компенсации морального вреда по искам, ответчиками по которым выступают средства массовой информации, с учетом специфики практики национального законодательства.

**Ключевые слова:** деловая репутация, честь, иск, моральный вред, возмещение вреда, опровержение недостоверной информации, истец, ответчик, средства массовой информации, журналист, телевиденье, носитель информации.

#### Summary

##### **Makarenko N. Features of the lawsuit on protection of honor and reputation.**

The article discusses the features of the examination of claims for protection of honor and reputation, refuting false information and compensation for moral damages in the proceedings which are the defendants in the media, taking into account the specifics of the practice of national legislation.

**Key words:** business reputation, honor, claim moral damages, compensation for harm, the refutation of false information, the plaintiff, the defendant, the media, journalist, TV, media.

**В. В. НАДЬОН**

*Вікторія Валентинівна Надьон, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

## **ЗВ'ЯЗОК СУБ'ЄКТИВНОГО ЦИВІЛЬНОГО ОБОВ'ЯЗКУ З НОРМОЮ ПРАВА ТА ПРАВОВІДНОСИНАМИ**

*Застосування права – один із специфічних, складних процесів, що має велике практичне значення<sup>1</sup>*

Суб'єктивний цивільний обов'язок нерозривно пов'язаний з поняттям діючої правової норми як норми, що регулює ті чи інші реальні суспільні відносини. Норма є результатом суб'єктивного пізнання об'єктивної необхідності та використання цього знання для досягнення певної мети. Досягнення певної мети – це реалізація суб'єктивних прав та обов'язків, передбачених нормою права. Норми права «прямо або символічно пов'язані з конкретними актами, які мають місце в реальному житті»<sup>2</sup>. Норма не тільки наукова абстракція, не тільки судження про належне, а й правило поведінки, яке слід проводити в житті<sup>3</sup>. Вона об'єктивна, не залежить від волі та бажання окремої особи, нею не можна розпорядитися як чимось особистим, індивідуальним. Будучи загальним, безособовим, абстрактним правилом, норма не належить і не може кому-небудь «належати». Коли людина говорить: «Я маю право», то це не означає, що вона має норму права (закон); це означає, що вона може (має право) діяти певним чином на основі та в рамках закону<sup>4</sup>. Норми права є основою для формування правових зв'язків і відносин<sup>5</sup>.

Норма права – це соціально обумовлене, спрямоване на регулювання суспільних відносин обов'язкове для виконання правило поведінки, яке схвалюється або встановлюється державою<sup>6</sup>. Метою, заради якої встановлюються норми права, є закріплення певного порядку суспільного життя, а це неможливо без виникнення та забезпечення прав і обов'язків окремих осіб, виникнення та забезпечення правовідносин. У правовідносинах, правах, обов'язках розкривається соціальне призначення норм права<sup>7</sup>. Правовідносини – специфічна форма реалізації права; саме форма реалізації, здійснення, а не форма вираження. Державна воля в праві знаходить свою форму вираження в нормативних актах, а свою форму реалізації – у правовідносинах<sup>8</sup>.

Таким чином, норма права тісно пов'язана з правовідносинами, з реалізацією прав та обов'язків, визначених нормою права та договором. Отже, необхідно розібратися із взаємозв'язком норм права та правовідносин.

У літературі не склалося єдиної думки з приводу даного питання. Одні науковці відстоюють позицію єдності визначених категорій<sup>9</sup>, інші, навпаки, наводять факти, що підтверджують про самостійність даних категорій<sup>10</sup>. Дана неоднозначність думок виникає при розумінні права в об'єктивному та суб'єктивному значеннях.

Різниця між об'єктивним та суб'єктивним правом склалася в науці давно. Цю різницю проводили свого часу ще римські юристи. Незмінно дотримувалися її і всі наступні дослідники як у європейській системі права, так і в правових системах Англії та США. Найбільший розвиток і обґрунтування вона отримала, зокрема, в німецькій юриспруденції. Право розглядалося нібито в двох розрізах: в одній площині цього розрізу бачили встановлювальні державою та обов'язкові для всіх норми, в іншій – все, пов'язане з їх реалізацією, ті конкретні можливості, повноваження, дії, які люди могли робити та фактично робили на основі та в межах цих норм. Норма права має представницький, зобов'язуючий характер. Це означає, що вона передбачає як права, так і обов'язки. Дана властивість визначена в її диспозиції, що є ядром норми та характеризує можливість й належну поведінку суб'єктів. Звідси робимо висновок, що норма впливає на суспільні відносини та регулює поведінку людей не інакше, як через права та обов'язки, без яких вона залишалася б безжиттєвою<sup>11</sup>.

Щоб розглянути докладніше це питання, необхідно з'ясувати риси об'єктивного права, до яких, зокрема, відносять: нормативність; державно-вольовий та владно-регулятивний характер; формальність; загальнообов'язковість.

Жодна з наведених рис не притаманна праву суб'єктивному. Завдяки їм можливо протиставлення двох аспектів права – об'єктивного та суб'єктивного. Все об'єктивне нерозривно пов'язане з державою, а саме: держава видає відповідні норми, надає їм загальнообов'язковий характер та забезпечує їх реалізацію. Л. С. Явич стверджував, що об'єктивне та суб'єктивне право однаковою мірою нормативні, але в першому випадку вони проявляються в абстрактному вигляді як загальне правило, що неодноразово докладається до типових ситуацій та відносин, а в другому – у конкретному виді, як готівкова міра можливої поведінки суб'єкта, що має загальне значення для даної ситуації і даних відносин. Достоїнство загальності більш властиво об'єктивному праву, але суб'єктивне право володіє не менш важливим достоїнством персоналізації<sup>12</sup>. Н. М. Коркунов підкреслював, що про суб'єктивне право можна говорити лише остільки, оскільки воно

пов'язане та належить до суб'єкта як його носія. Право та обов'язок становлять приналежність суб'єкта. Вони неодмінно повинні бути чийсь. Навпаки, норми права не стоять в такому відношенні до суб'єкта. Вони мають абстрактний характер і тому називаються правом в об'єктивному сенсі<sup>13</sup>. Аналогічної точки зору дотримувалися Л. І. Петражицький<sup>14</sup>, Р. фон. Іерінг<sup>15</sup>. Н. І. Магузов зазначав, що право як норма, закон, державне встановлення, і право як можливість або управомочність суб'єктів діяти певним чином в рамках цих установлень – ось суть двох сторін права та його розподіл на об'єктивне та суб'єктивне. Право в об'єктивному сенсі – це законодавство даного періоду в даній країні. Право в суб'єктивному сенсі – це конкретні права та обов'язки, що виникають на основі цього законодавства учасниками різноманітних юридичних відносин<sup>16</sup>. Більш узагальнено охарактеризував дане питання Ж.-Л. Бержель, зазначаючи, що якими б витонченими не були закріплені законом правові ідеологія та техніка, для того, щоб регулювати права (суб'єктивні) засобами права (об'єктивного), необхідно вдаватися до правил, які відповідають формальному визначенню права<sup>17</sup>. До цього, додав В. А. Токарев, регулювання суб'єктивного права нормами об'єктивного права здійснюється в правових ситуаціях, що розкривають потенціал права як культурного феномена та специфіку правового суб'єкта, який претендує на повагу до своєї гідності вільної та відповідальної особистості<sup>18</sup>.

Однак у літературі є й інші точки зору. Так, Ю. К. Толстой відстоював ідею про те, що об'єктивне право існує самостійно, незалежно від того, чи виникли на його основі суб'єктивні права або обов'язки у окремих осіб<sup>19</sup>. Безперечно, норми об'єктивного права видаються не заради самих себе, вони використовуються законодавцем з метою правового регулювання суспільних відносин. Д. М. Чечот виходив із того, що, по-перше, норма права регулює суспільні відносини, а, по-друге, правове регулювання охоплює всі способи впливу права на поведінку людей<sup>20</sup>.

Суб'єктивне в нашому випадку – це не тільки те, що належить суб'єкту, а й залежить від нього; об'єктивне – це не тільки те, що не належить суб'єкту, а й незалежне від нього. Суб'єктивне право суб'єктивне в тому сенсі, що, по-перше, пов'язано з суб'єктом і, по-друге, залежить від його волі та свідомості. Об'єктивне право об'єктивне в тому сенсі, що, по-перше, не належить конкретному суб'єкту і, по-друге, не пов'язано з його волевиявленням та свідомістю.

На нашу думку, суб'єктивне право нерозривно пов'язане з об'єктивним правом. З цього випливає, що виникнення об'єктивного права стимулює до виникнення суб'єктивного права, тобто до реалізації норм права (прав та обов'язків) конкретними суб'єктами. Суб'єктивне право вторинне щодо об'єктивного права. Можна стверджувати, що об'єктивне право для суб'єктивного є базою, якою можуть у міру необхідності скористатися учасники цивільних правовідносин.

Норма права й правовідносини – це взаємопов'язані та взаємообумовлені і водночас самостійні категорії. Врегулювавши певне суспільне відношення, норма встановлює, хто може бути учасником відносин, за яких умов відношення може виникнути, як повинні поводитися учасники (їх права та обов'язки), як можуть дані правовідносини припинитися. На підставі правової норми створюється певний кістяк, каркас, «арматура» реального відношення. Права та обов'язки учасників суспільних відносин, які визначаються відповідно до вимог норми, становлять той кістяк, каркас, «арматуру», які проникають в глибину суспільних відносин. Саме тому не можна представляти правовідносини як якусь оболонку, що може бути знята, залишивши суспільні відносини незмінними. Якщо виїняти кістяк, каркас, «арматуру», то відносини матимуть іншу форму, будуть якісно іншими<sup>21</sup>.

Норми цивільного права наділяють осіб суб'єктивними правами та забезпечують здійснення цих прав через необхідну поведінку інших (зобов'язаних) осіб. Встановлена цивільно-правовою нормою міра можливої поведінки лише тоді становить суб'єктивне цивільне право, коли її реалізація управомоченою особою поставлена в залежність від поведінки інших осіб. За словами, І. В. Спасибо-Фатєєвої, під суб'єктивним правом слід розуміти міру дозволеної поведінки учасника цивільних правовідносин<sup>22</sup>. Іншими словами, суб'єктивне цивільне право є така міра можливої, дозволеної поведінки, що забезпечена покладенням на учасника цивільних правовідносин суб'єктивного цивільного обов'язку. Оцінка поведінки особи, встановлена нормою права (нормативним правилом), може бути правильною або неправильною: правильна відповідь не є істиною, але дає змогу визначити ефективність крізь призму інформованості про права та обов'язки, дотримання або порушення яких тягне за собою певні правові наслідки<sup>23</sup>.

Норми права впливають на суспільні відносини тим, що вони вказують людям ту поведінку, яка вимагає від них держава і яким держава надає підтримку силою свого апарату. У цьому сенсі будь-яка правова норма за своїм безпосереднім змістом є державний показник поведінки людей, що гарантується можливістю застосування державного примусу.

У літературі справедливо зазначається, що норма права створює юридичну можливість виникнення, зміни та припинення цивільно-правових відносин. Вона вказує на ті умови, обставини (факти), при наявності яких правові зв'язки приходять в рух. Завдяки юридичним фактам реалізуються створювані нормою права можливості руху цивільних правовідносин. Вони тягнуть за собою виникнення, зміну або припинення правовідносин<sup>24</sup>. Відокремлення й протиставлення норми права та конкретних прав, обов'язків, правовідносин не мають під собою жодного підґрунтя. Одне немислимо без іншого; норма права і відповідні їй права та обов'язки утворюють деяку нерозривну єдність<sup>25</sup>. Р. О. Халфіна зазначала, що з юридичного факту починається життя правової норми, яка реалізується в правовідносинах, перевіряється її реальність, дієвість. Юридичний факт – це в переважній більшості випадків той акт поведінки, який з волі особи або поза її волею запускає в дію механізм правового регулювання<sup>26</sup>.



Ступінь деталізації правового регулювання відносин означає, по суті, визначення співвідношення волі держави та волі реальних учасників відносин: що в їх поведінці визначається встановленими нормою правами та обов'язками і які рішення приймаються самими учасниками. У даному випадку слід обумовити один важливий момент. Поведінка учасників правовідносин завжди є виразом їх волі. Чи виконують вони встановлені нормою права обов'язки, чи здійснюють надане нормою право, чи приймають рішення (якщо даний акт поведінки не є виконанням обов'язку або здійсненням права) – в усіх зазначених випадках суб'єкти виражають свою волю.

Встановлення обов'язку є найбільш прямолінійний, безпосередній спосіб впливу на реальну поведінку. Учаснику відносин пропонується вчинення певної дії або утримання від їх вчинення. Порушення припису тягне за собою негативні наслідки. У реальному житті на поведінку учасників впливають різні, діючі іноді в протилежних напрямках чинники. І тоді перед учасником відносин постає вибір: чи діяти відповідно до стимулів, що спонукають його порушити обов'язок та понести негативні наслідки порушення, або виконати обов'язок та знехтувати вигодами, які можуть бути пов'язані з порушенням обов'язку. Найбільш елементарний приклад прослідковується у вчиненні кримінального правопорушення. Злочинець порушує обов'язок, знаючи про можливе покарання за порушення, але все ж таки вчиняє правопорушення.

Аналогічні ситуації можливі й у цивільному праві. Так, будівельна організація зобов'язана здати в зазначений строк об'єкт. У випадках порушення строку вона розуміє, що сплатить неустойку. Однак випала нагода взяти більш вигідну роботу, і будівельна організація спрямовує робітників та всі необхідні будівельні інструменти на інший об'єкт, затримуючи здачу першого.

Наведені приклади свідчать, що встановлення обов'язку при всій категоричності мотивації не забезпечує ще її ефективності. Для посилення ефективності в цьому механізмі впливу істотне значення має невідворотність негативних наслідків у разі невиконання обов'язку та серйозність цих наслідків. Наприклад, за кредитним договором, в якому нерухоме майно знаходиться під заставою, якщо боржник протягом трьох місяців не оплачує тіло кредиту та відсотки, банк, за загальним правилом, має право (шляхом передавального напису нотаріуса або за рішенням суду) стягнути заборговану суму із закладеного майна. У даному випадку серйозність цих наслідків стимулює боржника своєчасно оплачувати кредит.

Таким чином, при виконанні обов'язків особа, яка приймає рішення, порівнює негативні наслідки своїх дій і можливі вигоди порушення обов'язків (якщо такі є).

Норма права впливає на суспільні відносини шляхом встановлення правомочностей та обов'язків для учасників цих відносин. Вона вказує людям на таку належну поведінку, яка захищається державою.

Норма права може встановлювати загальні заборони здійснювати відомі дії. Подібні норми по суті справи передбачають загальний евентуальний обов'язок утриматися від скоєння заборонених дій (і відповідне право компетентних органів припинити такі дії). У даному випадку потрібно робити наголос саме на загальні евентуальні (встановлений лише на випадок виникнення тієї ситуації, при якій може бути порушена заборона) обов'язки, оскільки було б безглуздо всіх осіб вважати потенційними правопорушниками і прямо на кожного громадянина покладати обов'язок не здійснювати заборонених дій безвідносно до його положень та поведінки, які взагалі можуть виключати якесь припущення про можливість вчинення ним цих дій<sup>27</sup>.

Однак і евентуальні обов'язки утримуватися від заборонених дій кореспондують евентуальні права компетентних органів держави припинити заборонені дії, притягнути до відповідальності порушників заборон.

Закон покладає на суб'єктів ті чи інші обов'язки або надає ті чи інші правомочності стосовно наявності фактичних обставин певного виду. Тому будь-яка правова норма містить у собі в якості першої своєї частини так звану гіпотезу, тобто вказівку на ті фактичні життєві обставини, при наявності яких у суб'єктів, які перебувають при даних обставинах, виникають правомочності або обов'язки, передбачені диспозицією відповідної правової норми.

Гіпотеза може бути або прямо записана в тексті статті закону, або матися на увазі. Але так чи інакше вона являє собою необхідний складовий елемент норми, оскільки суб'єкти повинні й можуть погоджувати свою поведінку з нормою, розрахованою на той вид життєвих обставин, у яких вони в даний момент перебувають.

Порушення правової норми веде до виникнення між правопорушником і компетентним органом держави особливого (правоохоронного) правовідношення, що має на меті застосування до порушника певної санкції в разі підтвердження неправомірності вчиненої дії.

Отже, норми права реалізуються в суспільному житті, в правах та обов'язках, у конкретних правовідносинах між суб'єктами або в утриманні від дій, заборонених правом.

<sup>1</sup> Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении / Р. О. Халфина. – М. : Юрид. л-ра, 1974. – С. 100.

<sup>2</sup> Ллойд Д. Идея права. Репрессивное зло или социальная необходимость / Д. Ллойд ; пер. с англ. : Юмашев Ю. М. (науч. ред.), Юмашева М. А. – М. : Югона, 2002. – С. 295.

<sup>3</sup> Халфина Р. О. Вказана праця. – С. 53, 78.

<sup>4</sup> Матузов Н. И. Личность. Права. Демократия // Теоретические проблемы субъективного права : моногр. / Н. И. Матузов. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1972. – С. 20.

<sup>5</sup> Кузнецова Н. С. Гражданско-правовая ответственность: понятие, условие и механизм применения / Н. С. Кузнецова // Альманах цивилистики : сб. статей / под ред. Р. А. Майданика. – К. : Алерта; КНТ; Центр учебной литературы, 2010. – Вып. 3. – С. 36.

- <sup>6</sup> Загальна теорія держави та права : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закладів / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін.; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткачака, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – С. 279.
- <sup>7</sup> Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе / С. Ф. Кечекьян. – М. : Изд-во академии СССР, 1958. – С. 31.
- <sup>8</sup> Явич Л. С. Диалектика формы и содержания в праве / Л. С. Явич // Философские проблемы государства и права, ЛГУ. – 1970. – С. 35.
- <sup>9</sup> Матузов Н. И. Вказана праця. – С. 27; Кечекьян С. Ф. Вказана праця. – С. 23.
- <sup>10</sup> Генкин Д. М. Право собственности как абсолютное субъективное право / Д. М. Генкин // Советское гос-во и право. – 1958. – № 6. – С. 93.
- <sup>11</sup> Матузов Н. И. Вказана праця. – С. 51.
- <sup>12</sup> Явич Л. С. Сущность права: моногр. / Л. С. Явич. – Л., 1985. – 91.
- <sup>13</sup> Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права : учеб. / Н. М. Коркунов. – СПб.: Изд-во Юрид. кн. магазина Н.К. Мартынова, 1904. – 115 с.
- <sup>14</sup> Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности: учеб. / Л. И. Петражицкий. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1910. – С. 321.
- <sup>15</sup> Иеринг Р. Борьба за право : моногр. / Р. фон Иеринг. – М. : Изд-во Вестника знания (В. В. Битнера), 1912. – С. 42.
- <sup>16</sup> Матузов Н. И. Вказана праця. – С. 15, 16.
- <sup>17</sup> Бержель Ж.-Л. Общая теория права : учеб. / Ж.-Л. Бержель. – М., 2000. – С. 76, 77.
- <sup>18</sup> Токарев В. А. Ситуация формирования субъекта права / В. А. Токарев // Гос-во и право – 2012. – № 3. – С. 24.
- <sup>19</sup> Толстой Ю. К. К теории правоотношения: моногр. / Ю. К. Толстой. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1959. – С. 6.
- <sup>20</sup> Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты / Д. М. Чечот. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1968. – С. 8.
- <sup>21</sup> Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении / Р. О. Халфина. – М. : Юрид. л-ра 1974. – С. 102.
- <sup>22</sup> Спасибо-Фатеева И. В. Парные права или еще одна попытка разобраться с личными неимущественными правами, сопоставить их с имущественными правами и раскрыть значимость категории «парные права» и их виды / И. В. Спасибо-Фатеева // Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения : сб. ст. и иных материалов / под ред. Р. А. Стефанчука. – К. : Юринком Интер, 2010. – С. 139.
- <sup>23</sup> Халабуденко О. А. К вопросу о конструктивистской «природе» норм права / О. А. Халабуденко // Безпека людини в умовах глобалізації: сучасні правові парадигми : матеріали VII Міжнародної наук.-практ. конференції (м. Київ, 24 лютого 2017 р.). – К., 2017. – Т. 2. – С. 42–44.
- <sup>24</sup> Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. – М. : Госюриздат, 1958. – С. 27.
- <sup>25</sup> Александров Н. Г. Юридическая норма и правоотношение / Н. Г. Александров. – М., 1947. – С. 10.
- <sup>26</sup> Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении / Р. О. Халфина. – М. : Изд-во «Юрид. лит-ра», 1974. – С. 286.
- <sup>27</sup> Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе / Н. Г. Александров. – М. : Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1955. – С. 89, 90.

#### Резюме

##### **Надьон В. В. Зв'язок суб'єктивного цивільного обов'язку з нормою права та правовідносинами.**

У статті аналізується зв'язок суб'єктивного цивільного обов'язку з нормою права та правовідносинами. Даний зв'язок простежується при характеристиці об'єктивного та суб'єктивного права. Зазначено, що об'єктивне право є базою для суб'єктивного права та обов'язку, і відповідно для правовідносин. Аргументовано зроблено висновок про самостійність, взаємопов'язаність зазначених категорій.

**Ключові слова:** суб'єктивне право, об'єктивне право, обов'язок, норма права, правовідносини

#### Резюме

##### **Надьон В. В. Связь субъективной гражданской обязанности с нормой права и правоотношениями.**

В статье анализируется связь субъективной гражданской обязанности с нормой права и правоотношениями. Данная связь прослеживается при характеристике объективного и субъективного права. Отмечено, что объективное право является базой для субъективного права и обязанности, и соответственно для правоотношений. Аргументировано сделан вывод о самостоятельности, взаимосвязанности указанных категорий.

**Ключевые слова:** субъективное право, объективное право, обязанность, норма права, правоотношения.

#### Summary

##### **Nadion V. Communication of subjective civic duty with the rule of law and legal relations.**

The article analyzes the relationship of subjective civil duty of rule of law and legal relations. This relationship can be traced to characterize the objective and subjective law. Indicated that the objective law is the basis for subjective rights and obligations, and according to relationships. Argued concluded independence, interconnectedness of these categories.

**Key words:** company law, comparative law, company law reform, law modernising limited liability company, Austrian company law.

**Б. В. ОСТРОВСЬКА**

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

**ПРАВО НА ЖИТТЯ В КОНТЕКСТІ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ  
І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ТА НАУКОВО-ТЕХНІЧНОГО ПРОГРЕСУ  
В БІОМЕДИЦИНІ**

З розвитком біомедичних наукових досягнень та сучасних технологій світ зіштовхнувся з етичними проблемами, які пов'язані зі впровадженням їх на практиці та відповідність їх онтологічним засадам людського буття. Саме тому загострюються питання міжнародно-правового визначення поняття «людина», що охоплює повний цикл її життя (від зародження і до біологічної смерті). Це стало б відправною точкою у вирішенні міжнародних розбіжностей з багатьох етико-правових питань. Водночас таке визначення можливо правильно сформулювати лише з врахуванням доведених наукових даних (найперше – біологічних).

Право на життя є фундаментальним невід'ємним природним правом кожної людини. Кожна країна має власне законодавство, яке регулює це питання. У зв'язку з відсутністю уніфікованого законодавства до Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд) як органу міжнародного судочинства у сфері прав людини почали надходити справи, при розгляді яких він виявив неоднозначність підходу до вирішення окремих аспектів права на життя. Зокрема, вони стосувалися «спірних» (чисто юридично) питань: моментів виникнення та припинення життя людини, цінності життя людини на кожній стадії її розвитку, гідності людської особистості.

Ці питання не регламентуються\* Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (4 листопада 1950 р.)<sup>1</sup> (далі – Конвенція), якою керується Європейський суд при прийнятті своїх рішень, однак від їх однозначного визначення залежить момент початку правової охорони життя людини. У контексті звуженого тлумачення норм Конвенції Європейським судом може бути зроблено висновок про відсутність порушення статті Конвенції, хоча водночас може мати місце порушення цього права (державою).

Вирішення цих питань Європейським судом виключно у контексті Конвенції, яка їх не охоплює, здійснюється лише на основі юридичних фактів, що мають відношення до справи, без урахування надзвичайно важливих біологічних наукових даних. Тому відповідь на них не може бути вичерпною лише з позиції права, але потребує обов'язкового врахування даних природничих наук, як зазначалося вище. У результаті питання реалізації та захисту права на життя стало одним із найактуальніших питань сучасного міжнародного права.

У контексті появи нових біоетичних аспектів реалізації та захисту права на життя людини з огляду на її біосоціальну природу правові норми Конвенції не розкривають детально зміст цього права, а лише визначають його узагальнено, надаючи вузьку правову характеристику. Натомість, прийняття Радою Європи нового міжнародно-правового акта – Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину (4 квітня 1997 р.)<sup>2</sup> (відома також як Конвенція Ов'єдо) конкретизує таке право. Це зумовлює можливість Європейського суду (у якості тлумачення прав людини у контексті Конвенції Ов'єдо) надавати судові консультативні висновки із правових питань, що мають біоетичні аспекти (ст. 29)<sup>3</sup>.

Наведемо приклади порушення ст. 2 Конвенції в деяких справах Європейського суду, що стосувалися біоетичних аспектів права на життя. У цьому контексті цікавим є аргумент Європейського суду у справі *Evans v. the United Kingdom* (7 березня 2006 р.)<sup>4</sup> щодо відсутності порушення права на життя: «Суд нагадав, що питання про те, коли виникає право на життя у людської істоти, входить до сфери оцінювання держави». Натомість таке рішення має прийматися виключно шляхом встановлення повного міжнародного консенсусу.

Наголосимо, що право на життя має ґрунтуватися на науково встановлених фактах про визначення початку життя людини, яке й досі знаходиться в компетенції кожної окремої держави. Це допоможе правильно визначити момент початку його правової охорони.

При розгляді права ембріона на життя відповідно до ст. 2\*\* Конвенції Європейський суд звертає увагу на відсутність в Європі «консенсусу з приводу правового статусу зародку людини». А тому Європейський суд «не встановлює, чи є дитина в утробі матері особою в значенні, яке надається цьому поняттю статтею 2 Конвенції, чи ні»<sup>5</sup>. І в результаті такої логіки міркувань Європейський суд доходить висновку про відсутність порушення ст. 2.

Тобто, рішення Європейського суду виносяться на основі тлумачення Конвенції (в контексті змісту ст. 2), а не за фактом наявного порушення. Отже, встановлення судом відсутності порушення ст. 2 Конвенції не означає, що не мав місця факт порушення права на життя.

© Б. В. Островська, 2017

\* У зв'язку з відсутністю широкого застосування науково-технічних досягнень у галузі біомедицини на час прийняття цієї Конвенції.

\*\* Стаття 2. Право на життя.

Загалом Європейському суду важко було застосовувати ст. 2 Конвенції щодо визначення права на життя дитини на пренатальній стадії її розвитку, враховуючи те, що не існує так званого «європейського правового консенсусу» щодо законодавчого закріплення права на життя людини ще до моменту її народження. Водночас і ст. 8\* не може тлумачитись як така, що надає право на аборт. А тому життя ненародженої дитини розглядалося Європейським судом як фактор, що обмежує право матері на її приватне життя<sup>6</sup>.

Щодо питань допоміжних репродуктивних технологій, зокрема штучного запліднення, Європейський суд зазначив, що воно «торкається делікатних моральних та етичних питань на фоні швидкого розвитку медицини та науки в цілому й оскільки питання, підняті у справі, стосуються тих сфер, у яких не було однакового спільного підходу в межах Європи, Суд вважає, що межі оцінки, надані тут державі, повинні бути настільки широкими, аби охоплювати як її рішення втручатися у цю сферу, так і, у разі такого втручання, встановити детальне регулювання цих питань задля досягнення балансу приватних та публічних інтересів». У такий спосіб Європейський суд уникнув своєї правової оцінки даному біоетичному аспекту права на життя на преімплантаційній стадії розвитку людини.

У справах, що стосуються штучного переривання вагітності, Європейський суд у своїх рішеннях визнав, що «права на аборт» не існує. Водночас, відповідно до ст. 8 Конвенції, визначалось також «право вирішувати питання переривання вагітності» та «право на доступ до законного абортів». Хоча можливість здійснення абортів за бажанням жінки не означає автоматичне перетворення її (можливості) на одне із прав людини, тим більше, яке протиставлялося б фундаментальному праву на життя.

Однак право на життя в контексті ст. 2 Конвенції, безумовно, є важливішим, аніж право на недоторканість приватного життя в контексті ст. 8, а тому при визначенні балансу інтересів якнайперше має захищатися життя людини без будь-яких дискримінаційних обмежень (незалежно від стадії розвитку людини, стану її здоров'я та інших обставин) відповідно до ст. 14\*\*.

Європейський суд також визначив необхідність врахування оцінки балансу інтересів при вирішенні справи щодо ненародженої дитини. А також, що законодавча заборона абортів на національному рівні за наявності певних підстав не порушує Конвенцію.

І якщо на підставі Конвенції Європейський суд не може прямо вважати ембріон людиною та захищати права ембріона на життя (як людини) нарівні з дитиною, то на підставі нової Конвенції Ов'єдо визначається положення про захист ембріона людини *in vitro*\*\*\*. Але навіть від кардинальної різниці (*de jure*) положень цих Конвенцій не може змінюватися сутність людини (*de facto*). Тобто, право живого організму бути визнаним людиною та отримати право на захист свого життя.

У Конвенції Ов'єдо щодо дослідження на ембріонах *in vitro* зазначається: «1. Якщо законодавство дозволяє проводити дослідження на ембріонах *in vitro*, воно забезпечує належний захист ембріона. 2. Вирощування ембріонів людини для дослідних цілей забороняється» (ст. 18)<sup>7</sup>.

Так само забороняє проведення наукових досліджень на ембріонах людини, під загрозою кримінальних санкцій, і національне законодавство Італії. Водночас попри таку заборону до Європейського суду було подано заяву, що стосувалася відмови заявниці від імплантації запліднених *in vitro* генетично споріднених їх ембріонів у зв'язку зі смертю її партнера та подальшої їх передачі для наукових досліджень, спрямованих на боротьбу із невиліковними хворобами (що стала відомою справою у європейській судовій практиці – *Parillo v. Italy* (27 серпня 2015 р.)<sup>8</sup>).

В Ірландії, де захист права на життя дитини в утробі матері захищається через визнання державою правового статусу ембріона *in utero*\*\*\*\* та заборону абортів, у медичному середовищі не існує одностайності у питанні правового захисту ембріонів, запліднених *in vitro* до їх імплантації в материнський організм, про що було зроблено застереження до списку рекомендацій ірландської Комісії з допоміжних репродуктивних технологій<sup>9</sup>.

І якщо міжнародна спільнота не визнала на рівні міжнародних універсальних документів право ембріона на життя, то, можливо, слід взяти до уваги практику Міжамериканського суду з прав людини у справі *Murillo and Others v. Costa Rica* (28 листопада 2012 р.)<sup>10</sup>, який виніс рішення стосовно заборони на проведення запліднення *in vitro* в Коста-Риці, мотивуючи це тим, що ембріон не може вважатися «особою» у розумінні ч. 1 ст. 4\*\*\*\*\* Американської конвенції про права людини (22 листопада 1969 р.)<sup>11</sup>, яка визначає: «Кожна людина має право на повагу до її життя. Це право має бути захищене законом від моменту зачаття. Ніхто не може безпідставно бути позбавлений життя», а також, що про запліднення можна стверджувати лише з моменту імплантації ембріона *in utero*.

Саме тому стає актуальним необхідність визначення та подальшого правового закріплення на міжнародному рівні наукового біологічного факту початку життя людини, що дало змогу б уніфікувати його в різних національних правових системах та закріпити важливий і суперечливий момент встановлення його правової охорони для запобігання правових казусів. Це зумовило б точне визначення поняття «людина» як біологічної та соціальної істоти, а також прийняття уніфікованого міжнародного нормативно-правового акта,

\* Стаття 8. Право на повагу до приватного і сімейного життя.

\*\* Стаття 14. Заборона дискримінації.

\*\*\* У перекладі з лат. – «у склі».

\*\*\*\* У перекладі з лат. – «в утробі».

\*\*\*\*\* Стаття 4. Право на життя.



який би закріплював таке положення, що сприяло б значному полегшенню вирішення існуючих та попередженню майбутніх конфліктів інтересів та конкуренції прав.

Щодо евтаназії, то Європейський суд прямо не визнав її порушенням права на життя в контексті ст. 2 Конвенції з огляду на те, що «ніякого права на смерть, реалізоване від третьою особою, чи за підтримки органів державної влади, не може впливати зі змісту статті 2 Конвенції»<sup>12</sup>, але встановив, що зазначена стаття не стосується питань прийняття людиною рішення щодо припинення власного життя. Водночас він утримався від висновків щодо легальності її застосування відповідно до національного законодавства деяких європейських країн, визнавши за державами можливість внутрішнього регулювання питання евтаназії.

Важливе значення для міжнародного права має відповідь на біоетичне питання: чи має право людина визначати сама за власним бажанням момент припинення життя – її власного та інших людей (власної дитини, рідних чи сторонніх). Це допоможе правильно визначити наявність права на життя як у ще ненародженої дитини, так і у кожної людини.

Керуючись науковими біологічними фактами про людину, зазначимо, що усі вроджені характеристики людини закладаються ще на пренатальній стадії її розвитку після моменту зародження нового життя, яке ще не існує автономно, однак є повністю самостійним організмом. І хоча людина на пренатальній стадії свого розвитку не може самостійно поза материнським організмом підтримувати свою життєдіяльність та навіть життєздатність, проте автономність чи залежність людського організму від зовнішніх факторів його підтримки не може вважатися легальною підставою для позбавлення його права на життя, навіть за відсутності можливості цієї особи самостійно приймати рішення (наприклад, перебуваючи при несвідомості чи у стані коми).

Водночас, оскільки за допомогою сучасних досягнень реанімаційної медицини стає можливим повернення людини до життя, залежність особи за станом здоров'я від медичних апаратів чи препаратів не надає іншим особам права на припинення життя цієї людини. До того ж не має різниці, чи це передчасно народжена дитина вагою всього декілька сотень грамів, чи доросла людина після аварії чи катастрофи або у стані клінічної смерті. Також перебування людини у вегетативному стані\* (особливо перманентному) супроводжується залежністю такої особи від постійної сторонньої (в тому числі професійної медичної) допомоги.

Як замах (посягання) на право на життя слід також розглядати позбавлення можливості доступу особи до життєво важливих процедур (наприклад, проходження процедури гемодіалізу при захворюванні нирок), так само, як і позбавлення важкохворих осіб можливості прийому життєво необхідних ліків.

Тому стан здоров'я людини, стадія її розвитку, вік, а також здатність приймати рішення не може бути дискримінаційною ознакою щодо наявності у неї права на життя.

Загалом у рішеннях Європейського суду зазначалося про наявність «широкої свободи розсуду» держав з біоетичних питань на рівні національного законодавства. Тобто, кожна держава-член Ради Європи має право самостійно визначати правове регулювання зазначених біоетичних питань. Хоча свобода розсуду, виражена через національне законодавство, не може звужувати чи відмінювати права людини, а головне – право на життя як первинне та фундаментальне із усіх прав людини. Тому рішення Європейського суду відрізняються неозначеністю у зв'язку з відсутністю «європейського консенсусу» з вищезазначених питань. А тому справи, що містять складні біоетичні питання, повинні розглядатися в контексті Конвенції, однак із внесенням відповідних змін до неї (наприклад, шляхом прийняття Додаткового протоколу із біоетичних питань) або в контексті «біоетичних» конвенцій та відповідних їм міжнародно-правових актів.

Для вироблення єдиної судової практики із важливих біоетичних питань Європейським судом також необхідно враховувати експертні висновки фахівців, що ґрунтуються на наукових даних про людину (найперше – з точки зору біології), що допомогло б правильно визначити наявність у кожної людини права на життя без будь-яких дискримінаційних обмежень.

Однією із причин відсутності консенсусу між національним (внутрішнім) правом держав є відсутність уніфікованого нормативно-правового акта, який би дав змогу узгодити позиції різних країн на основі останніх наукових досліджень, враховуючи етичні аспекти та, в кінцевому підсумку, регулюючи (визначаючи та захищаючи) їх правом. Тому актуальною є потреба вироблення нового єдиного міжнародного стандарту захисту права людини на життя з урахуванням розвитку біології й медицини в сучасному світі та імплементація його у внутрішнє право держав.

Одноставність у важливих біоетичних питаннях допоможе встановити зв'язок між сучасними природничими та гуманітарними науками, застосовувати знання на благо людині. Наявність єдиної обґрунтованої позиції Європейського суду щодо принципово важливих біоетичних аспектів права на життя дасть змогу уніфікувати судові рішення, які дійсно могли б стати джерелом тлумачення для вирішення аналогічних справ, оскільки практика Європейського суду має широке застосування при здійсненні правосуддя для багатьох країн<sup>13</sup>. Це, безумовно, буде сприяти зміцненню авторитету Європейського суду як органу міжнародного правосуддя.

Водночас у всіх випадках порушення норми про право людини на життя згідно зі ст. 2 Конвенції Європейський суд постійно наголошував на зобов'язаннях держав щодо захисту життя своїх громадян. Зокрема, він зазначав: «Вона захищає право на життя, без якого користування будь-яким іншими правами чи свободами, передбаченими у Конвенції, вбачається даремним»<sup>14</sup>, що свідчить про безпрецедентну важливість права на життя як основоположного права людини та життя як найбільшого її блага.

\* У результаті ушкодження або дисфункції кори головного мозку.

<sup>1</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)

<sup>2</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 (Oviedo, 4.IV.1997), No. 164 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164>

<sup>3</sup> Там само.

<sup>4</sup> Case of Evans v. the United Kingdom : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046>

<sup>5</sup> Case Vo v. France : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887>

<sup>6</sup> The Personal Scope of the Right to Life Under Article 2 (1) of the European Convention on Human Rights After the Judgment in A, B and C v. Ireland // German Law Journal. – 2012. – № 13. – P. 783–792 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b29d1dc2ea5190d7b2fccd/1454546205842/GLJ\\_Vol\\_13\\_No\\_06\\_Kirchner.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b29d1dc2ea5190d7b2fccd/1454546205842/GLJ_Vol_13_No_06_Kirchner.pdf)

<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 ...

<sup>8</sup> Case of Parillo v. Italy : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157263>

<sup>9</sup> Report of the Commission on Assisted Human Reproduction. Lenus, The Irish Health Repository : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lenus.ie/hse/bitstream/10147/46684/1/1740.pdf>

<sup>10</sup> Case of Artavia Murillo et al. (“In Vitro Fertilization”) v. Costa Rica : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_ing.pdf)

<sup>11</sup> American Convention On Human Rights “Pact of San Jose, Costa Rica” (B-32) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)

<sup>12</sup> Case of Pretty v. the United Kingdom : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448>

<sup>13</sup> Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: Науково-методичний посібник для суддів : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.osce.org/uk/ukraine/232716?download=true>

<sup>14</sup> Case of Pretty v. the United Kingdom...

#### Резюме

**Острівська Б. В. Право на життя в контексті Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та науково-технічного прогресу в біомедицині.**

У статті досліджується право на життя в контексті Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та науково-технічного прогресу у біомедицині. Пропонується вироблення нового універсального міжнародного стандарту захисту права людини на життя з урахуванням розвитку біології та медицини в сучасному світі та імплементація його у внутрішнє право держав.

**Ключові слова:** право на життя, людина, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, біомедицина, консенсус, універсальний стандарт.

#### Резюме

**Острівская Б. В. Право на жизнь в контексте Конвенции о защите прав человека и основных свобод и научно-технического прогресса в биомедицине.**

В статье исследуется право на жизнь в контексте Конвенции о защите прав человека и основных свобод и научно-технического прогресса в биомедицине. Предлагается выработка нового универсального международного стандарта защиты права человека на жизнь с учетом развития биологии и медицины в современном мире и имплементация его во внутреннее право государств.

**Ключевые слова:** право на жизнь, человек, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, биомедицина, консенсус, универсальный стандарт.

#### Summary

**Ostrowska B. Right to life in context of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and scientific and technological progress in biomedicine.**

Right to life in context of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and scientific and technological progress in biomedicine is researched in this work. The elaboration of a new universal international standard of protection the right to life in connection with developments of biology and medicine in the modern world and its implementation in the internal law of states is proposed.

**Key words:** right to life, human, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, biomedicine, consensus, universal standard.

**І. С. ПОХИЛЕНКО**

*Ірина Сергіївна Похиленко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського університету права НАН України*

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ РИТУАЛЬНИХ ПОСЛУГ**

Смерть близької людини завжди застає зненацька навіть у тому випадку, якщо вона важко і довго хворіла. Морально підготуватися до цього просто неможливо. Водночас, якщо біда все-таки прийшла, близькі родичі повинні опанувати себе і докласти зусиль, щоб належним чином організувати похорон на високому рівні і віддати покійному останню шану.

Частково науково-теоретична розробка даної проблематики здійснювалася такими науковцями, як, Є. М. Мойсеєва, О. В. Розгон, Б. І. Сташків, А. О. Гунда, П. Є. Уланов. Проте в науковій господарсько-правовій літературі ця проблема є взагалі недослідженою і потребує ґрунтовного аналізу.

Метою статті є дослідження правового регулювання договору про надання ритуальних послуг, визначення його особливостей.

Після набрання чинності 1 січня 2004 р. Закону України «Про поховання та похоронну справу» (далі – Закон) загальні правові засади здійснення в Україні діяльності з поховання померлих, відносини, що виникають після смерті (загибелі) особи, щодо проведення процедури поховання, а також встановлює гарантії належного ставлення до тіла (останків, праху) померлого та збереження місця поховання визначаються ним. Проте, не зважаючи на наявність такого Закону, правове регулювання договірних відносин, що складаються у цій сфері, не можна назвати належним.

Відповідно до ст. 12 цього Закону особа, яка зобов'язалася поховати померлого, на підставі свідоцтва про смерть звертається згідно із ст. 8 цього Закону до сільського голови або ритуальної служби з приводу укладення відповідного договору-замовлення на організацію та проведення поховання. Ця особа має право вибирати виконавців послуг серед суб'єктів господарської діяльності, які уклали договори із сільським головою або ритуальною службою про надання цих послуг. Ритуальні послуги надаються за плату згідно з договором-замовленням, крім випадків, передбачених законом.

Отже, як впливає з положень цієї статті, законодавець оперує двома термінами: «договір» та «договір-замовлення». Спробуємо з'ясувати, яким чином ці два терміни співвідносяться.

У цьому аспекті цікавою є позиція А. О. Гунди<sup>1</sup>, який під договором про надання ритуальних послуг розуміє домовленість, за якою одна сторона – виконавець, зобов'язується у визначений строк за замовленням замовника надати послуги щодо організації поховання, проведення поховання чи перепоховання тіла померлої людини, останків тіла чи праху, а друга сторона – замовник, зобов'язується їх оплатити. Крім того, на його думку, досить невинувато виглядає укладення на практиці договору-замовлення на організацію та проведення поховання шляхом видачі замовникові складеної спрощеної форми договору про надання ритуальних послуг. Дану форму укладення договору, вважає науковець, слід розцінювати як пережиток радянської доби, коли у сфері обслуговування використовувалася так звана форма квитанції-замовлення. У зв'язку з цим виникає певна правова колізія, яка може бути вирішена шляхом іменування договірних конструкцій, за якими замовляється надання ритуальних послуг як «договір про надання ритуальних послуг». Пропонується внести зміни до Закону України «Про поховання та похоронну справу», замінивши словосполучення «договір-замовлення на організацію та проведення поховання» на словосполучення «договір про надання ритуальних послуг», адже таке іменування буде відповідати суспільним відносинам, що виникають при наданні ритуальної послуги.

Ми не можемо погодитись з такою думкою. Адже в наказі Держжитлокомунгоспу України від 19 листопада 2003 р. № 193, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 8 вересня 2004 р. за № 1110/9709 зазначено, а саме в додатку до п. 8.2 Типового положення про ритуальну службу в Україні, де міститься примірний договір про надання ритуальних послуг (далі – договір) та додатком до п. 10 Необхідного мінімального переліку вимог щодо порядку організації поховання і ритуального обслуговування населення, де міститься примірний договір-замовлення на організацію та проведення поховання (далі – договір замовлення).

Порівнюючи ці договори, у них можна виявити як спільні, так і відмінні риси.

До спільних рис, зокрема, можна віднести: наявність предмета, прав та обов'язків сторін, відповідальності за невиконання умов договору.

До відмінних рис слід віднести:

1) регулюються різними нормативними положеннями, додаток до п. 8.2 Типового положення про ритуальну службу – примірний договір про надання ритуальних послуг та додаток до п. 10 Необхідного мінімального переліку вимог щодо порядку організації поховання і ритуального обслуговування населення – примірний договір-замовлення на організацію та проведення поховання;

2) різний суб'єктний склад. Так, у договорі про надання ритуальних послуг сторонами є ритуальна служба та суб'єкт господарювання, а в договорі-замовленні на організацію та проведення поховання замовником здебільшого виступає фізична особа, а виконавцем – сільський голова, ритуальна служба, суб'єкт господарської діяльності;

3) предметом договору є різні відносини. Так, у договорі про надання ритуальних послуг – це господарські (п. 1.3 примірною договору про надання ритуальних послуг), а в договорі-замовленні на організацію та проведення поховання – цивільні;

4) різна мета укладання. Так, у договорі про надання ритуальних послуг – це комерційна мета, а в договорі-замовленні – задоволення особистих та сімейних потреб;

5) наявність відмінної одна від одної відповідальності за невиконання умов договору. Так, у договорі про надання ритуальних послуг ритуальна служба несе відповідальність: за ненадання інформації Замовнику про Виконавців послуг та перелік ритуальних послуг, що можуть надаватися ними; за неякісну і несвоєчасну організацію, оформлення договору-замовлення; за порушення термінів та неякісне надання ритуальних послуг, установлених договором-замовленням, згідно з вимогами Закону України «Про захист прав споживачів»; за недотримання положень чинного законодавства, стандартів та технологій при організації поховання померлих; за безпідставну відмову Замовнику в оформленні договору-замовлення, виконавцем якого Замовник вибрав (назва Суб'єкта господарювання) за невчасне передання замовлення на послуги Виконавцю послуг. У той час як Виконавець послуг несе відповідальність: за порушення термінів та неякісне надання ритуальних послуг, установлених договором-замовленням, згідно з вимогами Закону України «Про захист прав споживачів»; при недотриманні вимог договору Виконавець послуг усуває пошкодження, відшкодовує матеріальні збитки; за недотримання положень чинного законодавства в частині вимог затверджених стандартів та технологій при наданні ритуальних послуг. У той час як у договорі-замовленні визначена інша відповідальність: якщо Виконавець не виконує, прострочує надання послуги згідно з договором-замовленням, відповідно до Закону України «Про захист прав споживачів» за кожний день (годину, якщо тривалість виконання визначена в годинах), він сплачує Замовникові пеню та за порушення термінів та неякісне надання послуг, установлених договором-замовленням, Виконавець несе відповідальність згідно з вимогами Закону України «Про захист прав споживачів»;

б) спори щодо укладання, зміни та розірвання договору про надання ритуальних послуг та договору-замовлення на організацію та проведення поховання підвідомчі різним судам, відповідно в порядку господарського та цивільного судочинства. Наприклад, Вищий господарський суд України у складі колегії: головуючого, судді М. В. Кузьменка, суддів І. М. Васищака, В. М. Палій, за участю представників відповідача В. Глебова (керівник), Є. Герасименко (від 17 січня 2008 р.), розглянув у відкритому судовому засіданні касаційну скаргу Ритуальної служби-спеціалізованого комунального підприємства Первомайської міської ради на постанову Луганського апеляційного господарського суду від 31 травня 2007 р. у справі № 18/99пд за позовом приватного підприємця ОСОБА\_1 до Ритуальної служби-спеціалізованого комунального підприємства Первомайської міської ради про спонукання укласти договір про надання послуг (постанова від 12 лютого 2008 р. № 18/99пд) та Колегія суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у складі: головуючого О. С. Ткачука, суддів: В. С. Висоцької, В. М. Колодійчука, О. В. Умнові, І. М. Фаловської, розглянула у судовому засіданні справу за позовом ОСОБА\_3 до Ритуальної служби СКП «Спецкомбінат ПКПО» Головного управління ритуальної служби виконавчого органу Київради (Київської міської державної адміністрації), ОСОБА\_4 – директора Ритуальної служби СКП «Спецкомбінат ПКПО» Головного управління ритуальної служби виконавчого органу Київради (Київської міської державної адміністрації), ОСОБА\_5, ОСОБА\_6, ОСОБА\_7 про визнання протиправними дій, визнання незаконними документів, відшкодування матеріальної та моральної шкоди за касаційною скаргою ОСОБА\_3 на рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 23 квітня 2015 р. та ухвалу апеляційного суду м. Києва від 24 червня 2015 року.

Підсумовуючи все вищевикладене, можна дійти висновку, що договір про надання ритуальних послуг має господарсько-правову природу, а договір-замовлення на організацію та проведення поховання – цивільно-правову природу. Слід зазначити, що на сьогоднішній день проблема розмежування договорів носить не лише теоретичний, а й практичний характер, оскільки нерозривно пов'язана з розмежуванням компетенції між загальними та господарськими судами.

На жаль, господарське законодавство не містить поняття господарського договору, незважаючи на те, що Господарський кодекс України містить главу 20 «Господарські договори», яка у ст.ст. 179–188 врегульовує питання загальних умов укладання договорів, що породжують господарські зобов'язання, істотних умов господарського договору, загального порядку укладання господарських договорів, особливостей укладання попередніх договорів, особливостей укладання господарських договорів за державним замовленням, особливостей укладання господарських договорів на основі вільного волевиявлення сторін, примірних і типових договорів, особливостей укладання господарських договорів на біржах, ярмарках та публічних торгах, укладання організаційно-господарських договорів, укладання господарських договорів за рішенням суду, порядку змін та розірвання господарських договорів. Тому відсутність законодавчо визначеного поняття господарського договору породжує проблему визначення понять інших видів договорів, у тому числі договору про надання ритуальних послуг, який за своєю правовою природою є господарським.

Враховуючи відсутність законодавчо закріпленого поняття господарського договору, звернемось до господарсько-правової доктрини. Проте і тут немає єдиного підходу. Так, на думку В. С. Щербини<sup>2</sup>, господар-



ський договір – це домовленість суб'єкта господарювання з іншим учасником (учасниками) відносин у сфері господарювання, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх прав та обов'язків у сфері господарювання.

О. А. Беляневич вказує на те, що господарський договір є збірним (узагальнюючим) поняттям, до якого належать різні договірні типи, що мають схожі принципи нормативної регламентації<sup>3</sup>. З позиції С. А. Подоляк господарський договір як засіб організації господарсько-договірних відносин є універсальною юридичною конструкцією, заснованою на угоді сторін і спрямованою на досягнення правової мети<sup>4</sup>.

Проте більшість науковців хоча й виокремлюють кваліфікаційні ознаки (правові особливості) господарського договору, однак відкритим залишають питання про його правову природу. А. В. Чучковська пояснює своєрідність господарських договорів природою господарських зв'язків, які виявляються крізь призму прав та обов'язків сторін, їх спрямованістю на обслуговування господарської діяльності та поєднанням майнових і організаційних елементів у змісті господарських договорів<sup>5</sup>.

О. М. Вінник відносить до кваліфікаційних ознак господарського договору: особливий суб'єктний склад (суб'єкти господарювання) органи/організації господарського керівництва, зокрема під час укладання державних контрактів; негосподарські організації для задоволення своїх господарських потреб; громадяни для забезпечення здійснення ними спільної діяльності щодо заснування суб'єктів господарювання; спрямованість договору на матеріально-технічне забезпечення діяльності учасників договірних відносин; реалізацію виробленої ними продукції (робіт, послуг); спільну діяльність щодо створення нового суб'єкта господарювання (господарської організації); спільне інвестування; координацію господарської діяльності тощо; тісний зв'язок з плановим процесом, насамперед внутрішньофірмовим плануванням учасників господарських відносин, а також державним; поєднання в господарському договорі майнових та організаційних елементів; обмеження договірної свободи з метою захисту інтересів споживачів і загальногосподарських інтересів; можливість відступу від принципу рівності сторін (державні контракти, договори приєднання, договори, що укладаються у межах рамкових контрактів)<sup>6</sup>. Схожу позицію займає В. П. Жушман, проте сторонами господарського договору він називає юридичних осіб та підприємців, які здійснюють господарську діяльність. Метою господарських зобов'язань, на думку В. П. Жушмана, є здійснення суб'єктами господарювання господарсько-оперативних дій (виготовлення і реалізація продукції, будівництво промислових, житлових та інших об'єктів, надання транспортних послуг тощо) або господарсько-управлінських функцій (координація господарських зв'язків, наприклад, в енергетичній галузі)<sup>7</sup>.

Деякі вчені вважають, що господарський (підприємницький) договір є різновидом цивільно-правового договору. Так, В. В. Луць підприємницьким вважає такий цивільно-правовий договір, сторонами якого є юридичні чи фізичні особи – підприємці, і за яким передається майно, виконуються роботи або надаються послуги з метою здійснення підприємницької діяльності або для інших цілей, не пов'язаних із особистим, сімейним, домашнім, споживанням<sup>8</sup>. Такої ж позиції дотримується й Р. Б. Шишка, але виділяє ряд ознак, які притаманні підприємницьким договорам, дозволяє їх відокремити від цивільно-правових: його сторонами, чи принаймні однією, є підприємці, мета – реалізація товару, що не призначений для сімейного чи домашнього споживання, особливий порядок укладання, тільки письмова чи наближена до письмової форма, обов'язкові бухгалтерської проводки таких договорів та визначення їх як бази для оподаткування, особливості відповідальності сторін за порушення взятих на себе зобов'язань<sup>9</sup>.

Враховуючи викладене, можна визначити наступні ознаки, які властиві договору про надання ритуальних послуг як різновиду господарського.

*Особливий суб'єктний склад:* однією зі сторін є ритуальна служба – спеціалізоване комунальне підприємство, що створюється органом місцевого самоврядування в порядку, установленому Законом, а другою – суб'єкт господарювання. Суб'єкт господарювання (далі – СГ), що виявив бажання працювати на ринку ритуальних послуг, має подати до територіальної ритуальної служби відповідну заяву щодо укладання договору про надання ритуальних послуг на ім'я її керівника та долучити до заяви (засвідчені у встановленому порядку копії) такі документи: копію довідки про включення до ЄДРПОУ для юридичної особи або довідки про присвоєння ідентифікаційного номера для фізичної особи; копію свідоцтва про державну реєстрацію суб'єкта підприємницької діяльності; перелік послуг, що пропонуються для надання СГ; режим роботи та номер телефону.

*Спрямованість на забезпечення господарської діяльності учасників договірних відносин.* Ритуальна служба як сторона договору про надання ритуальних послуг спрямовує свою діяльність на здійснення організації поховання померлих і надання ритуальних послуг. Зокрема, має право створювати дорадчі ради (колегії), до складу яких на рівних правах можуть входити представники підрозділів ритуальних служб, а також за згодою: виконавці (суб'єкти господарювання, які уклали договір про надання послуг з ритуальною службою) та представники громадськості, для оперативного вирішення проблем, що виникають у процесі організації поховання та утримання місць поховань.

*Поєднання в договорі про надання ритуальних послуг організаційних та майнових елементів.* Вказані ознаки найбільш повно можна дослідити, спираючись на законодавчо визначені умови договору в наказі Держжитлокомунгоспу України від 19 листопада 2003 р. № 193, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 8 вересня 2004 р. за № 1110/9709, а саме в додатку до п. 8.2 Типового положення про ритуальну службу в Україні. До вказаних умов належать: назва документа; назви та адреси сторін; прізвище, ім'я, по батькові посада представника ритуальної служби; прізвище, ім'я, по батькові представника суб'єкта госпо-

дарської діяльності; зазначення предмета договору; строк дії договору; порядок зміни і припинення дії договору; права та обов'язки сторін, відповідальність сторін; порядок вирішення спорів, інші умови за згодою сторін; підписи сторін.

Із наведених переліків умов, які повинен містити договір про надання ритуальних послуг, можна виокремити дві групи: майнові та організаційні.

До майнових умов договору про надання ритуальних послуг слід віднести: виготовлення/передача ритуальної продукції, ритуальних послуг, їх характеристику та вартість.

Організаційними умовами договору про надання ритуальних послуг є такі: строк дії договору; порядок зміни і припинення дії договору; відповідальність за невиконання або неналежне виконання умов договору.

*Строковість договору про надання ритуальних послуг.* Договір про надання послуг укладається на термін три роки, але за згодою сторін цей термін може бути іншим.

*Форма договору – письмова.*

Отже, договір про надання ритуальних послуг – це договір майново-організаційного характеру, що укладається у письмовій формі між ритуальною службою та суб'єктом господарювання на певний строк для надання ритуальних послуг.

<sup>1</sup> Гунда А. О. Цивільно-правове регулювання відносин у сфері надання ритуальних послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / А. О. Гунда. – К., 2015. – 20 с.

<sup>2</sup> Щербина В. С. Господарське право України: підруч. / В. С. Щербина [4-е вид., перероб. і допов.]. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – С. 236.

<sup>3</sup> Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін. ; за ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 452.

<sup>4</sup> Подоляк С. А. Правові підстави та наслідки визнання господарських договорів недійсними та неукладеними в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / С. А. Подоляк. – К., 2010. – С. 13.

<sup>5</sup> Чучковська А. В. Правове регулювання господарських договорів, що вчиняються через мережі електронного зв'язку : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 / А. В. Чучковська ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2004. – С. 66.

<sup>6</sup> Вінник О. М. Господарське право: Курс лекцій / О. М. Вінник. – К. : Атака, 2004. – С. 217–218.

<sup>7</sup> Правове регулювання господарських відносин за участю промислових підприємств : підруч. для юрид. вузів і фак-тів / за ред. В. М. Гайворонського та В. П. Жушмана. – Х. : Право, 2000. – С. 17–179.

<sup>8</sup> Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності: навч. посіб. / В. В. Луць. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – С. 26.

<sup>9</sup> Економіка і маркетинг виробничо-підприємницької діяльності : навч. посіб. / за ред. проф. П. Г. Перерви, проф. О. М. Гавриш, проф. М. І. Погорелова. – Х. : НТУ «ХП», 2004. – С. 54.

## Резюме

### **Похиленко І. С. Правове регулювання договору про надання ритуальних послуг.**

У статті проводиться порівняльний аналіз договору про надання ритуальних послуг та договору-замовлення про надання ритуальних послуг, виділяються спільні та відмінні риси. До спільних рис можна віднести: предмет, права та обов'язки сторін, відповідальності за невиконання умов договору. До відмінних рис слід віднести: регулюються різними нормативними положеннями, різний суб'єктний склад, предмет договору, різна мета укладання, наявність відмінної одна від одної відповідальності за невиконання умов договору, спори щодо укладання, зміни та розірвання договору про надання ритуальних послуг та договору-замовлення на організацію й проведення поховання підвідомчі різним судам, відповідно в порядку господарського та цивільного судочинства.

Наводяться ознаки та визначення договору про надання ритуальних послуг.

**Ключові слова:** поховання, ритуальна служба, договір про надання ритуальних послуг, договір-замовлення на організацію та проведення поховання.

## Резюме

### **Похиленко І. С. Правовое регулирование договора о предоставлении ритуальных услуг.**

В статье проводится сравнительный анализ договора о предоставлении ритуальных услуг и договора-заказа о предоставлении ритуальных услуг, выделяются их общие и отличительные черты. К общим чертам можно отнести: предмет, права и обязанности сторон, ответственность за невыполнение условий договора. К отличительным чертам следует отнести: регулирование разными нормативными положениями, разный субъектный состав, предмет договора, разная цель заключения, наличие отличной одна от другой ответственности за невыполнение условий договора, споры относительно заключения, изменения и разрыва договора о предоставлении ритуальных услуг и договора-заказа об организации и проведении похорон подведомственны разным судам, соответственно в порядке хозяйственного и гражданского судопроизводства.

**Ключевые слова:** похороны, ритуальная служба, договор о предоставлении ритуальных услуг, договор-заказ на организацию и проведение похорон.

## Summary

### **Pokhilenko I. Legal regulation of Funeral Services Agreement.**

The article is devoted to a comparative analysis of Funeral Services Agreement and Ordering Agreement for Funeral Services, definition of common and distinctive features. Common features include the following: subject, rights and liabilities of the parties, liabilities for non-compliance with terms of agreement. Distinctive features are the following: regulation by different regulatory frameworks, dif-

ferent subject matter, subject of agreement, different purpose of concluding an agreement, different from each other liabilities for non-compliance with terms of agreement, disputes on concluding, amending and termination of Funeral Services Agreement and Ordering Agreement for Funeral Organization and Ceremony, jurisdiction of different courts according to economic and civil proceedings.

Definition and features of Funeral Services Agreement are given herein.

**Key words:** funeral, ritual service, Funeral Services Agreement, Ordering Agreement for Funeral Organization and Ceremony.

УДК 347.94 (477)

**Д. В. ШКРЕБЕЦЬ**

*Дмитро Васильович Шкребець, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

## **ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКАЗІВ ЯК ЕТАП ПРОЦЕСУ ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ**

Дослідження доказів у цивільному процесі є одним із важливих етапів процесу доказування, оскільки у його рамках відбувається зняття доказової інформації з його носія суб'єктами пізнання. Правильність вилучення такої інформації забезпечуватиме її адекватне сприйняття, а відтак, обґрунтоване вирішення цивільної справи. Ось чому дослідження даного етапу процесу доказування спрямовано на розв'язання не тільки теоретичних, а й практичних завдань, які стоять перед наукою цивільного процесу.

Сутність дослідження доказів у цивільному процесі вивчали такі вітчизняні та зарубіжні науковці, як О. В. Баулін, С. С. Бичкова, А. Г. Коваленко, М. В. Колосова, В. В. Молчанов, І. В. Решетнікова, П. Г. Тимченко, М. К. Треушніков, В. П. Феннич, Д. Г. Фільченко, С. Я. Фурса, Т. В. Цюра, Д. М. Чечот, М. Й. Штефан та ін.

**Мета** даної статті – аналіз специфіки дослідження доказів як етапу процесу доказування у цивільному судочинстві.

Дослідження доказів як етапу процесу доказування, незважаючи на існування численних та самобутніх процесуальних дій, які у його межах вчиняються, доволі часто у теорії цивільного процесу ідентифікують із поняттям оцінки доказів<sup>1</sup>. Окремі науковці, розмежовуючи дослідження та оцінку доказів, багато елементів оцінки доказів (належність, допустимість, достовірність) розцінюють як дослідження доказів з точки зору теорії цивільного процесу<sup>2</sup>.

Проте дослідження та оцінку доказів усе ж таки варто розмежовувати, хоча вказані вище факти тільки підтверджують те, наскільки всі етапи процесу доказування між собою взаємопов'язані, що навіть буває важко визначитися з тим, до якого етапу можна зарахувати ту чи іншу дію суду та учасників цивільного процесу.

Дослідження судового доказу – це його безпосереднє сприйняття, тобто вивчення судом інформації про факти, яка вилучається з доказів<sup>3</sup>.

Суд та інші суб'єкти доказування не можуть приступити до дослідження доказів, поки вони їх не виявлять та не зберуть. Ось чому етап дослідження доказів слідує відразу за етапом збору доказів. Як зазначають науковці, на цьому етапі процесу судового доказування переплітаються логічні, емпіричні та процесуальні операції. Хоча слід зауважити, що весь процес судового доказування характеризується здійсненням розумової та процесуальної діяльності, а тому етап дослідження судових доказів не є винятком.

За своєю суттю дослідження доказів полягає у безпосередньому вилученні суб'єктами доказування доказової інформації з джерел доказування. З метою забезпечення обґрунтованості та законності судового рішення, вилучення доказової інформації взято у суворі процесуальні рамки та відбувається у заздалегідь визначеній послідовності.

Суворе дотримання процесуальної процедури при дослідженні судових доказів має глибокий сенс: воно покликане гарантувати отримання якісного доказового матеріалу, на підставі якого не тільки сторони, а й суд може дійти безпомилкових висновків про існування чи відсутність фактів у справі, з якими норми права пов'язують виникнення, зміну та припинення прав і обов'язків<sup>4</sup>.

Річ у тому, що сторони задовго до суду, а позивач – навіть до початку цивільної справи здійснюють фактичне дослідження доказів, оскільки вони ознайомлюються з тими джерелами доказування, що у них уже є. Сам суд, як суб'єкт доказування, ознайомлюється з доказовим матеріалом у міру його надходження до цивільної справи з дотриманням не тільки ним, але й усіма іншими суб'єктами доказування встановленої процедури вилучення доказової інформації. Проте навіть якщо сторони ознайомлюються з доказами задовго до суду та навіть до порушення цивільної справи, це не означає, що їхня поведінка не регламентується правом. Можливо, вона не регламентується безпосередньо нормами цивільного процесуального права, але має

бути визначена нормами інших галузей права. Наприклад, особа для вирішення майбутньої заяви про встановлення факту, який має юридичне значення (факту участі в бойових діях для надання пільг ветеранів війни), може за встановленою процедурою звернутися до певної архівної установи для отримання та ознайомлення з текстом відповідного документа, який підтверджуватиме її зарахування до військового формування. У ряді випадків докази до початку їх дослідження при розгляді справи по суті можуть бути досліджені, якщо їх регламентуватиме цивільне процесуальне законодавство України. Ось чому на основі судових доказів, тобто таких, які вже офіційно залучені до цивільного процесу, можуть здійснюватися декілька правових досліджень, але принаймні одне має бути виключно цивільним процесуальним, інакше посилатися на нього в рішенні не можна.

Оскільки дослідження кожного виду засобу доказування має свою специфіку (наприклад, допит малолітнього свідка та огляд речових доказів), то у законі чітко визначено як процедуру дослідження, так і послідовність дослідження того чи іншого засобу доказування.

Важливе значення для розуміння дослідження доказів як етапу процесу доказування має усвідомлення змісту того чи іншого способу дослідження доказів та його нормативне вираження у положеннях цивільного процесуального законодавства.

Спосіб дослідження – це ті процесуальні дії, за допомогою яких докази стають доступними для безпосереднього їх сприйняття в судовому засіданні судом та особами, які беруть участь у розгляді справи<sup>5</sup>. Тут варто додати, що спосіб дослідження доказів обумовлений тим джерелом доказування, де зафіксовано доказову інформацію.

Дослідження доказів у суді першої інстанції за правилами цивільної процесуальної форми може бути попереднє та остаточне. Попереднє дослідження судових доказів проводиться з метою здійснення попередньої оцінки доказів на предмет їх належності та допустимості до цивільної справи<sup>6</sup>. Причому процедура попереднього дослідження кардинально відрізняється від процедури кінцевого дослідження: може проводитися без осіб, які беруть участь у справі, не в залі судового засідання, негласно, презюмуватися тощо.

Згідно з положеннями чинного Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) виділяють наступні способи дослідження доказів: а) пояснення осіб, які беруть участь у розгляді справи (ст. 176 ЦПК України); б) допит свідків (ст. 180 ЦПК України) та експертів (частина третя ст. 189 ЦПК України); в) оголошення показань свідків (ст. 183 ЦПК України), оголошення письмових доказів (ст.ст. 185, 186 ЦПК України), оголошення протоколу огляду речових доказів (частина друга ст. 187 ЦПК України), оголошення висновку експерта (частина перша ст. 189 ЦПК); г) огляд речових доказів (ст. 187 ЦПК); д) відтворення аудіозапису та демонстрація відеозапису (ст. 188 ЦПК).

Усі вказані способи дослідження, як було зазначено вище, вчиняються у певній послідовності, яка залежить від виду засобу доказування, що вивчається. Зокрема, у першу чергу, завжди досліджують пояснення осіб, які беруть участь у справі, серед яких виділяють сторони, оскільки дані суб'єкти найкраще за всіх знають умови розвитку відносин між сторонами. Сторони суду та інші суб'єкти доказування можуть дати свого роду найбільш повну інформацію, визнати чи заперечити окремі факти. Ось чому суд ніколи не може розпочати дослідження інших доказів, не дослідивши спочатку пояснення осіб, які беруть участь у справі. Далі суд, керуючись ст. 177 ЦПК України, зважаючи на прохання осіб, які беруть участь у справі, та зміст спірних правовідносин, визначає «порядок дослідження» інших доказів. Хоча для більшої точності доцільно було б вказати у законі не «порядок», а «черговість». Якщо немає ніяких побажань з боку осіб, які беруть участь у справі, то має місце так звана «законна послідовність» дослідження доказів, обумовлена послідовністю вчинення процесуальних дій із дослідження доказів відповідно до положень глави 4 розділу III ЦПК України (спочатку допит свідків, потім оголошення письмових та огляд (відтворення, демонстрація) речових доказів, відтак – дослідження висновку експерта).

Дослідження доказів здебільшого здійснюється у залі судового засідання. Дане правило передбачене для того, щоб велася чітка технічна фіксація процесу дослідження судових доказів і суб'єкти доказування мали можливість отримати точну інформацію за результатами проведеного дослідження. Наприклад, на сьогодні покази свідків дослівно у журнал судового засідання не записуються, а тому сторона справи, вищестояща інстанція та інші матимуть можливість ознайомитися із показами свідка, прослухавши технічний запис цивільної справи, в якому фіксуються покази, які дає свідок.

Із загального правила дослідження доказів у залі судового засідання є низка винятків. Зокрема, допускається огляд доказів за їх місцем знаходження, якщо їх неможливо доставити до суду, та допит свідка не у залі суду, якщо в нього немає можливості з'явитися до суду (ст.ст. 140, 183 ЦПК України).

Усі етапи процесу судового доказування між собою нерозривно взаємопов'язані. Така взаємодія передбачає, що група процесуальних дій, якими вичерпується проходження через той чи інший етап доказування, не тільки створює умови для переходу до іншого етапу, а й обумовлює можливість його здійснення. Якщо говорити про етап дослідження доказів, безпосередньо обумовлений тим, що мало місце зібрання доказів, то він створює важливі передумови для їх оцінювання. Сказане прямо впливає із положень цивільного процесуального законодавства України. Зокрема, за ст. 212 ЦПК України оцінка доказів має ґрунтуватися на таких засадах, як всебічне, повне, об'єктивне та безпосереднє дослідження доказів. Таким чином, нормативно визначені ті критерії, якими має керуватися суд, що розглядає цивільну справу, при організації дослідження доказів у судовому засіданні. Вказані критерії варто розглянути детальніше, що допоможе нам зрозуміти специфіку та особливості такого етапу процесу доказування, як дослідження доказів.



Всебічність дослідження доказів обумовлена тим, що суд повинен у цивільній справі дослідити докази, подані як позивачем, так і відповідачем або іншими особами, які беруть участь у справі на користь однієї чи другої сторони справи. Всі докази, що надходять до справи, так чи інакше направлені на підтвердження матеріально-правових чи процесуальних вимог позивача або заперечень відповідача. Всебічність дослідження доказів означає те, що суд враховує аргументи всіх осіб, що беруть участь у справі, дослідження та подальшу оцінку доказів проводить не з позиції однієї зі сторін, а з позиції незалежного арбітра. Відсутність заінтересованості в результаті даної справи дає можливість суду розглядати докази всебічно. Якщо представники сторін діють у рамках своїх правових позицій і досліджують докази відповідно до своїх вимог або заперечень, то суд, будучи незаінтересованим у результаті суперечки, усебічно досліджує як докази позивача, так і докази відповідача<sup>7</sup>.

Так, наприклад 15 липня 2015 р. Колегія суддів судової палати з цивільних справ Апеляційного суду м. Києва, розглянувши у відкритому судовому засіданні в м. Києві клопотання ОСОБА\_1 в інтересах ОСОБА\_2 про призначення почеркознавчої експертизи за апеляційною скаргою ОСОБА\_3 на рішення Деснянського районного суду м. Києва від 3 лютого 2015 р. у справі за первісним позовом ОСОБА\_2 до ОСОБА\_3, треті особи: ОСОБА\_4, ОСОБА\_5, державний нотаріус Жашківської Державної нотаріальної контори Черкаської області Ігор Миколайович Кравчук про визнання недійсної довіреності, договору купівлі-продажу, визнання права власності та за зустрічним позовом ОСОБА\_3 до ОСОБА\_2 про витребування майна з чужого незаконного володіння та визнання права власності встановила, що у березні 2014 р. ОСОБА\_2 звернувся до суду з позовом до ОСОБА\_3, треті особи: ОСОБА\_4, ОСОБА\_5 з урахуванням уточнених позовних вимог у судовому засіданні просив визнати недійсною довіреність, посвідчену 4 вересня 2013 р. державним нотаріусом Жашківської державної нотаріальної контори Черкаської області І. М. Кравчуком, зареєстровану в реєстрі за № 1-640; визнати недійсним договір купівлі-продажу автомобіля марки Mercedes-Benz С 200, 2004 р. випуску, шасі № НОМЕР\_1, укладеного між ОСОБА\_5 та ОСОБА\_3; визнати за позивачем право приватної власності на вказаний автомобіль та стягнути з ОСОБА\_3 на його користь судові витрати в розмірі 1 000 грн.

У серпні 2014 р. ОСОБА\_3 звернулася до суду із зустрічним позовом до ОСОБА\_2 про витребування з незаконного володіння відповідача автомобіль марки Mercedes-Benz С 200, 2004 р. випуску, шасі № НОМЕР\_1 та визнати за нею право власності на вказаний автомобіль. Рішенням Деснянського районного суду м. Києва від 3 лютого 2015 р. первісний позов задоволено. Визнано недійсною довіреність, посвідчену 4 вересня 2013 р. державним нотаріусом Жашківської державної нотаріальної контори Черкаської області І. М. Кравчуком, зареєстровану в реєстрі за № 1-640. Визнано недійсним договір купівлі-продажу автомобіля марки Mercedes-Benz С 200, 2004 р. випуску, шасі № НОМЕР\_1 укладеного між ОСОБА\_5 та ОСОБА\_3. Стягнуто з ОСОБА\_3 на користь ОСОБА\_2 судові витрати в розмірі 1 000 грн. У задоволенні зустрічного позову ОСОБА\_3 відмовлено.

Тоді ОСОБА\_3 звернулася з апеляційною скаргою на вказане рішення.

У процесі апеляційного розгляду справи ОСОБА\_1 в інтересах ОСОБА\_2 подав письмове клопотання про призначення у справі судової почеркознавчої експертизи, на вирішення якої просив поставити питання: чи було виконано підпис та рукописний напис «ОСОБА\_2.» в довіреності від 4 вересня 2013 р., посвідченої Державним нотаріусом Жашківської Державної нотаріальної контори Черкаської області? Представник відповідача проти призначення і проведення експертизи не заперечував. Колегія суддів дійшла висновку про задоволення заявленого клопотання з наступних підстав.

В обґрунтування вимог про визнання довіреності від 4 вересня 2013 р., посвідченої Державним нотаріусом Жашківської Державної нотаріальної контори Черкаської області І. М. Кравчуком за реєстровим № 1-640 недійсним позивач посилався на те, що її не підписував та повноважень на зняття з обліку та продажу автомобіля марки Mercedes-Benz С 200 2004 р. випуску, шасі № НОМЕР\_1, державний номерний знак НОМЕР\_2 не надавав, а отже, договір купівлі-продажу автомобіля був укладений за відсутності його волевиявлення.

Відповідно до ч. 1 ст. 143 ЦПК України, для з'ясування обставин, що мають значення для справи і потребують спеціальних знань у галузі науки, мистецтва, техніки, ремесла тощо, суд призначає експертизу за заявою осіб, які беруть участь у справі.

Враховуючи наведене, а також виходячи з положень ст. ст. 10, 11 ЦПК України, якими визначені основоположні принципи цивільного судочинства – змагальність і диспозитивність та, що для вирішення питання належності підпису ОСОБА\_2 в довіреності на ім'я ОСОБА\_4 від 4 вересня 2013 р. йому самому чи іншій особі (для вирішення справи по суті) необхідні спеціальні знання експертів, колегія суддів вважає необхідним у порядку ч. 2 ст. 303 ЦПК України задовольнити клопотання представника ОСОБА\_2 про призначення у справі почеркознавчої експертизи.

У розпорядження експерту надати наступні документи, які містять зразки почерку та підпису ОСОБА\_2; фотокопію довіреності від 4 вересня 2013 р., посвідченої Державним нотаріусом Жашківської Державної нотаріальної контори Черкаської області І. М. Кравчуком, вільні зразки – фотокопію паспорта ОСОБА\_2, заяву, трудову книжку ОСОБА\_2, експериментальні зразки підпису ОСОБА\_2 (т. 2, а. с. 110) та рукописний напис «ОСОБА\_2.» відібрані в судовому засіданні в положенні «сидячи» та «стоячи» на 20 аркушах.

Керуючись ст.ст. 143, 144, 304 ЦПК України, колегія суддів ухвалила клопотання ОСОБА\_1 в інтересах ОСОБА\_2 про призначення почеркознавчої експертизи задовольнити. Призначити у справі судову почеркознавчу експертизу, на вирішення якої поставити питання: чи виконані підпис та рукописний запис «ОСОБА\_2.»

в графі «Підпис» у довіреності від 4 вересня 2013 р., виданій Жашківською нотаріальною конторою в Черкаській області вчиняти будь-які угоди щодо розпорядження та експлуатації транспортного засобу, а саме: автомобіля марки Mercedes-Benz C 200 2004 р. випуску, шасі № НОМЕР\_1, державний номерний знак НОМЕР\_2 самим ОСОБА\_2 чи іншою особою. Проведення експертизи доручити експертам Київського науково-дослідного інституту судових експертиз Міністерства юстиції України. Оплату витрат, пов'язаних з проведенням експертизи, покласти на ОСОБА\_2. Провадження у справі зупинити на час проведення експертизи.

Повне дослідження судом доказів означає отримання в такому обсязі доказового матеріалу, який був би достатнім для здійснення правильного висновку щодо наявності чи відсутності тих чи інших обставин цивільної справи. Повне дослідження доказів припускає наявність доказів, достатніх для висновків суду у справі, і оцінку всієї сукупності наявних у справі доказів. Для забезпечення повноти дослідження доказів суд повинен вивчити всі належні й допустимі докази. При цьому суд має право запропонувати особам, що беруть участь у справі, надати додаткові докази, якщо визнає неможливим розглянути справу на підставі доказів, наявних у справі. Повним має бути і аналіз усіх доказів.

Об'єктивність дослідження доказів означає відсутність заінтересованості суду в справі, що розглядається, відсутність упередженості при оцінці доказів. Гарантією об'єктивного дослідження доказів є можливість здійснення відводу судді. Право на відвід за своїм спрямуванням направлено на розв'язання поточних, але не менш важливих завдань, які виникають у ході слухання цивільної справи – формування такого складу суду та осіб, які сприятимуть суду у вирішенні цивільної справи, що має забезпечити винесення законного та обгрунтованого рішення. Право на відвід слід розглядати з погляду процесуально-правових гарантій, якими наділяються особи, які беруть участь у розгляді цивільної справи, зокрема сторони цивільного процесу. Можливість корегування складу суду та впливу на інших суб'єктів цивільного процесу через механізм відводу гарантує сторонам, як найбільш заінтересованим учасникам цивільного процесу, та іншим особам, які беруть участь у цивільній справі, право на судовий захист<sup>8</sup>.

Всебічність, повнота та об'єктивність дослідження доказів є складовими засадами не тільки процесуальних дій на етапі дослідження доказів, а й використовуються при вирішенні інших правових питань у справі. Щодо безпосередності дослідження доказів, то її можна вважати інституційним принципом доказового права, який матиме практичне значення при здійсненні виключно дослідження доказів. Як зауважив свого часу Г. М. Едельман, безпосередність – це закріплені законом правила, які встановлюють спосіб сприйняття судом доказів у справі<sup>9</sup>. Щоправда, побутує думка, що безпосередність виходить за межі дослідження доказів, оскільки вона розповсюджується на все судове засідання<sup>10</sup>. Але тут маємо звичайну помилку, спричинену неправильним зіставленням етапу дослідження доказів у процесі судового доказування зі стадією судового розгляду справи. Ось чому за межі дослідження доказів принцип безпосередності не виходить.

Принцип безпосередності при дослідженні доказів впливає на специфіку вилучення доказової інформації в судовому засіданні, яка в подальшому оцінюватиметься. І хоча, як зазначали окремі науковці, безпосередне дослідження доказів може бути причиною затягування розгляду цивільної справи<sup>11</sup>, наслідки від такого способу дослідження доказів для обгрунтування рішення чи ухвали суду очевидні.

Відповідно до принципу безпосередності дослідження судових доказів суд повинен мати реальну можливість особисто ознайомитися з доказами, які є в цивільній справі. Деякі науковці вважають, що за змістом принципу безпосередності виключно суд повинен здійснювати особисте ознайомлення із доказами. Наразі безпосередність полягає у тому, що особи, які беруть участь у справі, повинні мати реальну можливість особисто ознайомлюватися з усіма доказами та брати участь в їх дослідженні<sup>12</sup>. Ось чому в першому розділі наведено таку ознаку суб'єкта доказування, як обов'язкова участь у всіх етапах процесу доказування. На сторін цивільної справи покладається обов'язок подавати докази у цивільну справу (частина перша ст. 60 ЦПК України). Для того щоб його виконати, наприклад, шляхом подання письмових доказів у формі додатків до позовної заяви, необхідно здійснити, як мінімум, попередню оцінку доказу на факт його належності та допустимості. Зробити попередню оцінку без здійснення попереднього дослідження доказу (в даному разі – читання тексту документа) неможливо. При чому, як було зазначено вище, попереднє дослідження можна здійснити і за правилами цивільної процесуальної процедури (наприклад, ознайомивши осіб, які беруть участь у справі, з матеріалами цивільної справи, зробивши з неї виписки та копії документів). Ось чому повністю не можна погодитися з висновком про те, що особи, які беруть участь у справі, мають право, а не обов'язок досліджувати докази<sup>13</sup>. З формальної точки зору на сторін покладається обов'язок явки у судові засідання (ст. 169 ЦПК України), де відбувається дослідження доказів. Таким чином, опосередковано можна вказати, що сторони зобов'язані брати участь у дослідженні доказів. Але приватноправовий характер цивільних справ не дає можливості при порушенні цього обов'язку здійснити примусовий привід сторін у справу: матимуть місце зовсім інші процесуальні наслідки. Крім того, покладання на сторін обов'язку доказування змушує їх здійснювати дослідження доказів, інакше доказування з їхнього боку буде ускладнено.

Поряд із суб'єктами доказування важливу роль при дослідженні доказів під час їх особистого ознайомлення відіграватиме спеціаліст, який повинен надавати допомогу вказаним вище суб'єктам. Зокрема, відповідно до п. 29 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції» під час дослідження доказів суд, залучивши спеціаліста до участі у справі, може скористатися його усними консультаціями або письмовими роз'ясненнями (висновками) для надання безпосередньої технічної допомоги (фотографування, складання схем, планів, креслень, відбір зразків для проведення експертизи тощо)<sup>14</sup>.

Важливість етапу дослідження доказів для їх оцінки полягає ще й у тому, що забезпечується формування внутрішнього переконання суддів одразу з моменту надходження справи до суду і прийняття доказів. На етапі дослідження доказів, при детальному аналізі кожного з них, у суду є можливість оцінити докази у своїй сукупності та порівняти їх<sup>15</sup>.

Отже, етап дослідження доказів у процесі доказування в цивільному судочинстві спрямовано на безпосереднє вилучення доказової інформації із джерел доказування суб'єктами доказування. Він здійснюється на таких засадах, як всебічність, повнота, об'єктивність та безпосередність, з яких тільки безпосередність може бути визнана як інституційний принцип, що проявляє свою дію виключно на етапі дослідження доказів.

<sup>1</sup> Коваленко А. Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве / А. Г. Коваленко. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М. : НОРМА, 2004. – 251 с.

<sup>2</sup> Нечитайло О. Соціально-правова природа інституту присяжних у наукових поглядах професора О. Ф. Кістяківського / О. Нечитайло // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2008. – № 79. – С. 14.

<sup>3</sup> Белкин А. Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве / А. Р. Белкин. – М. : Норма, 2007. – 528 с.

<sup>4</sup> Феннич В. П. Цивільний процес : Конспект лекцій : навч. посіб. / В. П. Феннич. – Ужгород : Вид-во Закарпатського державного університету, 2005. – Ч. 1. – 130 с.

<sup>5</sup> Треушников М. К. Судебные доказательства / М. К. Треушников. – М. : Издательский дом «Городец», 2004. – 272 с.

<sup>6</sup> Баулин О. В. Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве / О. В. Баулин, Д. Г. Фильченко ; под общ. ред. О. В. Баулина. – Воронеж : Изд-во Воронежского государственного университета, 2006. – 264 с.

<sup>7</sup> Лельчицкий К. И. Проблема оценки доказательств в гражданском процессе : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 / Лельчицкий Кирилл Игоревич. – Тверь, 2008. – 160 с.

<sup>8</sup> Петрик В. В. Поняття та сутність права на відвід у цивільному процесі / В. В. Петрик // Форум права. – 2012. – № 3. – С. 531–536 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://archive.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/2012\\_3/12pvvvcpr.pdf](http://archive.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/2012_3/12pvvvcpr.pdf)

<sup>9</sup> Цивільний процес України: академічний курс : [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] ; за ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. – С. 76.

<sup>10</sup> Гражданский процесс : учеб. / Д. Б. Абушенко, В. П. Воложанин, С. К. Загайнова и др. ; отв. ред. проф. В. В. Ярков. – [5-е изд., перераб. и доп.]. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – 720 с.

<sup>11</sup> Колосова М. В. Принцип непосредственности гражданского процессуального права : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 / Колосова Марина Вячеславовна. – Саратов, 2004. – 173 с.

<sup>12</sup> Воронов А. Ф. Принципы гражданского процесса : прошлое, настоящее, будущее / А. Ф. Воронов. – М. : Издательский Дом «Городец», 2009. – 496 с.

<sup>13</sup> Тимченко Г. П. Безпосередність судового розгляду як принцип судочинства України / П. Г. Тимченко // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 2. – С. 190–193.

<sup>14</sup> Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції : постанова Пленуму Верховного Суду України № 2 від 12 червня 2009 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-09>

<sup>15</sup> Леонтьев С. А. Процесс формирования внутреннего убеждения у судьи / С. А. Леонтьев // Адвокат. – 2010. – № 7. – С. 21–26.

### Резюме

#### **Шкребець Д. В. Дослідження доказів як етап процесу доказування в цивільному судочинстві.**

У даній статті автор розкриває поняття, способи та засади дослідження доказів як етапу процесу доказування у цивільному судочинстві. Крім того, аналізує особливості попереднього дослідження доказів у цивільній справі та коло суб'єктів дослідження доказів.

**Ключові слова:** цивільне судочинство, процес доказування, дослідження доказів.

### Резюме

#### **Шкребець Д. В. Исследование доказательств как этап процесса доказывания в гражданском судопроизводстве.**

В данной статье автор раскрывает понятие, способы и принципы исследования доказательств как этапа процесса доказывания в гражданском судопроизводстве. Кроме того, анализирует особенность предварительного исследования доказательств по гражданскому делу и круг субъектов исследования доказательств.

**Ключевые слова:** гражданское судопроизводство, процесс доказывания, исследование доказательств.

### Summary

#### **Shkrebet D. research evidence as a stage of the process of proof in Civil Proceedings.**

In this article the author reveals the notion, methods and principles of research evidence as a stage of the process of proof in civil proceedings. Moreover, feature of the previous research evidence in a civil case and the range of subjects research evidence are analyzed.

**Key words:** civil proceedings, process of proof, research evidence.

**А. О. БОЙКО**

*Алла Олександрівна Бойко, аспірант Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

**ФУНКЦІЇ ЗАВДАТКУ В КОНТЕКСТІ ДИНАМІКИ  
ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН**

Потреба дослідження функціонування правового механізму завдатку пов'язана з тим, що за останні роки даний вид забезпечення виконання зобов'язання почав застосовуватися не лише в договорах купівлі-продажу нерухомого майна, а й у договорах купівлі-продажу, поставки різного роду товарів та послуг. Зазначене вплинуло й на необхідність дослідження функцій завдатку в динаміці вищенаведених зобов'язальних правовідносин. Крім того, важливим залишається питання щодо визначення особливостей динаміки зобов'язальних правовідносин, забезпечених завдатком, оскільки недосконалість вітчизняного законодавства не дає можливості окреслити відповідні дії контрагентів, пов'язані зі зміною або ж з припиненням таких відносин.

*Метою* дослідження є визначення характерних функцій, які характерні завдатку та їх особливостей, а також виокремлення таких функцій на різних стадіях зобов'язальних правовідносин. Це надасть можливість отримати нові наукові результати для подальшого удосконалення норм цивільного законодавства, пов'язаного із застосуванням завдатку.

Слід зазначити, що функціям завдатку як зобов'язально-правовому виду приділялась увага багатьма вітчизняними та зарубіжними вченими, зокрема, Ч. Н. Азімовим, М. І. Брагинським, В. В. Вітрянським, Б. М. Гонгалю, І. О. Дзерою, О. В. Дзерою, Ю. О. Заїкою, О. С. Йоффе, Є. С. Куліковим, Г. В. Макаренко, О. О. Отрадною, І. Й. Пучковською, Ю. Б. Сафонову, О. В. Старцевим, Є. О. Сухановим, О. В. Церковною, Д. Е. Федорчуком, С. Я. Фурсою, В. А. Хохловим, Г. Ф. Шершеневичем та іншими.

Частина перша ст. 570 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України) визначає завдаток як грошову суму або рухоме майно, що видається кредиторі боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання<sup>1</sup>. Так, беручи до уваги законодавче визначення завдатку, яке закріплене ст. 570 ЦК України, в юридичній літературі традиційно виділяють три основні функції даного виду забезпечення виконання зобов'язань: платіжна, забезпечувальна та доказова<sup>2</sup>. Разом з цим, деякі науковці зазначають, що види забезпечення виконання зобов'язання виконують також стимулюючу та захисну функції, а оскільки завдаток є одним з видів забезпечення виконання зобов'язання, то він стимулює боржника до виконання зобов'язання належним чином<sup>3</sup>.

У теорії зобов'язального права зазначається про притаманність завдатку платіжної функції, сутність якої полягає в тому, що завдаток, який видається боржником за основним зобов'язанням, є частковим платежем, що зараховується в рахунок виконання в майбутньому зобов'язання. Проте передача завдатку постає як обов'язок боржника, який свідчить про намір останнього належним чином виконати зобов'язання у вигляді передачі грошової суми або рухомого майна. При цьому платіжна функція є непостійною для завдатку та постає як елемент системної дії в зобов'язанні, яке ним забезпечується лише на стадії виникнення зобов'язальних відносин.

Досліджуючи платіжну функцію завдатку, варто зупинитися на його розмірі, який сплачується боржником кредиторі за відповідним зобов'язанням, оскільки ЦК України не закріплено конкретного розміру завдатку, а тому сторони укладаючи основний договір, визначають розмір завдатку на власний розсуд.

Якщо ж звернутися до зарубіжного досвіду, то наприклад, особливістю застосування завдатку в Китайській Народній Республіці є те, що ст. 91 Закону КНР «Про гарантії»<sup>4</sup> закріплено обмежений розмір завдатку – не більше 20 % від суми контракту. Крім того, завдаток використовують у договірних відносинах, пов'язаних з продажем товару, виконанням робіт чи наданням послуг.

Доцільність закріплення в українському законодавстві фіксованого розміру завдатку пов'язана з тим, що занадто великий його розмір наблизитиме до повного виконання забезпечуваного зобов'язання. Крім цього, важливим є не тільки обмеження розміру завдатку, а й зменшення розміру відповідальності за порушення забезпечуваного завдатком зобов'язання.

Поряд із можливістю втрати завдатку або повернення його подвійного розміру потерпіла сторона має право на застосування до винної у зобов'язанні сторони одночасно декількох заходів відповідальності, таких як стягнення неустойки (ст. 550 ЦК України), інфляційних нарахувань та трьох відсотків річних (ст. 625 ЦК України). Проте загальний обсяг нарахованих до стягнення санкцій може бути надмірним у порівнянні з очікуваними збитками для потерпілої сторони, а тому актуальним постає питання зменшення сукупного розміру санкцій або ж кожної з них.



Можливість зменшення розміру відповідальності закріплена як у національному законодавстві зарубіжних держав, так і в нормах міжнародних уніфікованих документів, у яких йдеться мова щодо встановлення в договорах занадто великого розміру збитків, шкоди та інших способів захисту. При цьому можливість внесення відповідних змін до чинного законодавства щодо зменшення розміру відповідальності обумовлюється закріпленими принципами розумності, справедливості, добросовісності, які виступають підґрунтям для реалізації міжнародних приватних договірних зобов'язань.

Такий висновок обґрунтовується ст. 7.4.8 Принципів УНДРУА<sup>5</sup>, ст.ст. III.-3:302(5), III.-3:705 Проекту спільних підходів<sup>6</sup>, ст. 9:505 Принципів європейського договірного права<sup>7</sup>, в основу яких закладені положення про можливість зменшення суми, що виплачується постраждалій стороні, якщо така сума надзвичайно перевищує витрати, понесені в результаті невиконання зобов'язання.

Обмеження розміру відповідальності за невиконання зобов'язання прослідковується не тільки за міжнародними документами, а й за законодавством України. Так, відповідно до ч. 3 ст. 551 ЦК України передбачено можливість зменшення розміру неустойки за рішенням суду, якщо він значено перевищує розмір збитків та за наявності інших обставин, що мають істотне значення.

Достатньо примітним є й положення, закріплене ст. 18 Закону України «Про захист прав споживачів»<sup>8</sup>, яким визнаються недійсними умови договорів, що обмежують права споживача. У статті визначено, що продавець (виконавець, виробник) не повинен включати у договори із споживачем умови, які є несправедливими. Умови договору є несправедливими, якщо всупереч принципу добросовісності його наслідком є істотний дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживача.

У зв'язку з вищевикладеним кредитор у завдаткових правовідносинах не повинен зловживати своїми правами, зокрема, якщо йому відомі певні обставини, які можуть ускладнити виконання боржником зобов'язання, забезпеченого завдатком, і при цьому кредитор завідомо включає в забезпечений договір умови з надмірним розміром відповідальності.

Так, ст. 233 Господарського кодексу України<sup>9</sup> визначено, що у разі, якщо належні до сплати штрафні санкції надмірно великі порівняно із збитками кредитора, суд має право зменшити розмір санкцій. Якщо ж порушення зобов'язання не завдало збитків іншим учасникам господарських відносин, суд може з урахуванням інтересів боржника зменшити розмір належних до сплати штрафних санкцій.

Отже, аналогічний правовий підхід щодо можливості зменшення розміру відповідальності можна використати і у завдаткових правовідносинах в Україні.

Розглянемо забезпечувальну функцію, якій в теорії зобов'язального права віддають провідну роль для всіх видів забезпечення виконання зобов'язання, в тому числі й для завдатку. Так, В. В. Вітрянський та М. І. Брагинський вказують, що «значення завдатку як способу забезпечення виконання зобов'язання полягає в тому, що завдаток, перш за все, має на меті запобігти невиконанню договору» і що «загроза втрати завдатку стимулює боржника до виконання зобов'язання»<sup>10</sup>.

Аналізуючи забезпечувальну функцію завдатку, Д. Є. Федорчук звертає увагу, що такий вид забезпечення виконання зобов'язань дуже нетипово для інших видів забезпечення покликаний забезпечувати інтереси одночасно обох сторін, хоча зрозуміло, що кредитор перебуває в більш захищеному стані, оскільки має просто утримати суму завдатку в себе, тоді як боржник повинен подавати відповідний позов до суду<sup>11</sup>.

Аналізуючи платіжну та забезпечувальну функції в динаміці розвитку правовідносин, забезпечених завдатком, можна дійти висновку, що зазначені функції взаємовиключають одна одну, оскільки у випадку порушення зобов'язання однією із сторін завдаток перестає бути видом забезпечення виконання зобов'язання, не забезпечує таке зобов'язання та постає як окремий захід цивільно-правової відповідальності, проте в разі належного виконання зобов'язання завдаток втрачає забезпечувальну функцію і кореспондується вже з обов'язком кредитора виконати свою частину зобов'язання.

У науці зобов'язального права доказова функція завдатку є однією з найсуперечливіших, що викликає ряд дискусій серед кола науковців. Так, Д. Є. Федорчук звертає увагу на те, що доказова функція завдатку має велике практичне значення у тому разі, коли може виникнути спір з приводу факту укладення договору, наприклад, при укладенні договору шляхом обміну листами, телеграмами або в разі втрати тексту договору, або в разі укладення договору в усній формі або шляхом здійснення конклюдентних дій. Разом із тим, на його думку, за змістом закону та відповідно до наявної судової практики, завдаток не може свідчити про укладення договору в тому разі, коли закон прямо вимагає дотримання певної форми як умови дійсності договору (наприклад, за договором купівлі-продажу квартири чи житлового будинку, для яких законом передбачено обов'язковість нотаріальної форми та державної реєстрації)<sup>12</sup>. Така позиція співпадає з точкою зору суддів, які зазначають, що завдаток – лише один з доказів виникнення зобов'язання, і при доведеності факту передання завдатку, інші обставини, підтверджені належними доказами, можуть спростувати факт виникнення зобов'язання<sup>13</sup>.

Є. С. Куліков взагалі вважає, що доказова функція завдатку не повинна бути актуальним елементом у його юридичній конструкції. Автор вказує, що доказова функція завдатку не впливає на недійсність основного зобов'язання і його доказове значення не більше, ніж у інших акцесорних угодах або окремих умовах основного договору<sup>14</sup>.

Окремо слід виокремити компенсаційну функцію завдатку, оскільки сторона, відповідальна за невиконання або неналежне виконання договору, зобов'язана компенсувати понесені іншою стороною збитки, а тому зазначена функція характеризує завдаток також як міру цивільно-правової відповідальності.

О. В. Церковна зазначає, що втрата завдатку стороною, винною в порушенні зобов'язання, зближує його із санкціями, установленими як відповідальність на випадок порушення зобов'язань<sup>15</sup>.

Дослідження динаміки розвитку завдаткових правовідносин свідчить про те, що завдатку як виду забезпечення виконання зобов'язання притаманна компенсаційна функція як єдина стала, що не втрачає свого призначення на різних стадіях зобов'язальних правовідносин, оскільки стимулює як кредитора, так і боржника належним чином виконати певне зобов'язання під страхом настання для них негативних наслідків шляхом встановлення відповідних компенсаційних заходів відповідальності в забезпечуваному правочині. Крім того, завдатку, який у залежності від розвитку зобов'язальних відносин, може постати як захід цивільно-правової відповідальності, також буде притаманна компенсаційна функція. Інші ж функції знаходять свій прояв залежно від розвитку правовідносин між контрагентами в зобов'язаннях, забезпечених завдатком.

У наукових колах в останні роки вважалось, що перетворення завдатку у відступне має негативне значення, а саме як послаблення відповідальності невинного контрагента, яке звільняє його від реального виконання зобов'язань<sup>16</sup>. Проте зобов'язальні правовідносини, забезпечені завдатком, можуть припинитися у випадку його трансформації у відступне, тобто в договорі, який забезпечений завдатком, сторони мають право узгодити припинення зобов'язання не його належним виконанням відповідно до ст. 526 ЦК України, а переданням відступного, і що відступним буде грошова сума (рухоме майно), яка передана як завдаток, або подвійна сума завдатку.

При цьому така трансформація може мати місце, якщо така умова обов'язково міститиметься в забезпечуваному договорі, а також буде зазначено про повідомлення боржника щодо строку, коли внаслідок передачі завдатку в якості відступного, зобов'язання припиняється (ч. 3 ст. 858 ЦК України, ч. 2 ст. 997 ЦК України).

Окремо розглянемо Закон України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII<sup>17</sup>. Так, у ст. 1 Закону визначено такий термін як *забезпечення виконання договору про закупівлю*, під яким розуміється надання забезпечення виконання зобов'язань учасника перед замовником за договором про закупівлю. Крім того, у згаданій статті Закону надано визначення *забезпечення тендерної пропозиції* як надання забезпечення виконання зобов'язань учасника перед замовником, що виникли у зв'язку з поданням тендерної пропозиції, у вигляді такого забезпечення, як гарантія.

На відміну від чинної редакції, попередня редакція Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 № 1197-VII<sup>18</sup> закріплювала таке поняття як *забезпечення виконання договору про закупівлю* – надання учасником замовнику гарантій виконання своїх зобов'язань за договором про закупівлю, включаючи такі види забезпечення як порука, гарантія, застава, завдаток, неустойка, депозит. У Законі містилося визначення і щодо *забезпечення пропозиції конкурсних торгів* – надання учасником замовнику гарантій виконання своїх зобов'язань у зв'язку з поданням пропозиції конкурсних торгів, у тому числі, такі види забезпечення: порука, гарантія, застава, завдаток, депозит.

Таким чином, завдаток застосовувався для надання певних гарантій учасником замовнику для виконання своїх зобов'язань за договором про закупівлю та у зв'язку з поданням пропозиції конкурсних торгів.

У чинній редакції Закону України «Про публічні закупівлі» залишилась законодавчо закріплена можливість забезпечення тендерної пропозиції лише у вигляді гарантії, проте таке обмежувальне тлумачення не сприяє розвитку торгового обороту. Крім того, передбачене ст. 24 вищенаведеного Закону забезпечення тендерної пропозиції таким видом як гарантія не узгоджується з положеннями ст.ст. 560–569 ЦК України, зважає тлумачення гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язання та не виправдано з об'єктивних підстав, оскільки Законом визначено внесення забезпечення саме учасником торгів, а не гарантом (банком, іншою фінансовою установою чи страховою компанією) як це зазначено в ЦК України.

Разом з цим, позитивним моментом є закріплення в ст. 24 Закону України «Про публічні закупівлі» фіксованих розмірів забезпечення тендерної пропозиції у грошовому виразі (не більше 0,5 % очікуваної вартості закупівлі в разі проведення торгів на закупівлю робіт та 3 % – у разі проведення торгів на закупівлю товарів чи послуг), а ст. 26 вказаного Закону визначено і розмір забезпечення виконання договору про закупівлю (не більше 5 % вартості договору).

Такі самі обмеження доцільно використовувати не тільки для проведення процедури публічних закупівель, а й для правового регулювання правовідносин, пов'язаних із забезпеченням зобов'язань завдатком. При цьому, посилаючись на принципи розумності, справедливості та добросовісності суди в необхідних випадках можуть зменшити договірні суми завдатку.

Варто зауважити, що подібний правовий механізм щодо внесення грошових коштів вироблений англійським правом та має назву «забезпечувальний депозит».

Особливістю застосування завдатку в країнах англо-американської правової системи є те, що в них нормативно не закріплено інститут зобов'язального права, а відповідні правовідносини між учасниками врегульовані судовим прецедентом і судовою практикою та розглядаються у зв'язку з договором чи деліктом. Між тим, характерною ознакою завдатку в англійському праві є те, що він може виступати як депозит покупця. Так, якщо в договорі купівлі-продажу не зазначено іншого, депозит, здійснений покупцем при купівлі-продажу, вважається завдатком. У США, так званий, «завдаток» набув широкого розповсюдження в договорах оренди квартири, офісних приміщень, прокату автотранспорту, коли кредитор, отримуючи «забезпечувальний депозит» («secured deposit») – грошові кошти, має право утримати його в себе на випадок порушення договору боржником<sup>19</sup>. Отже, особливістю правової конструкції зарубіжного завдатку (депозиту) є те, що він підлягає поверненню в разі належного виконання зобов'язання.

Так само, відповідно до ст.ст. 24, 26 Закону України «Про публічні закупівлі» грошовий розмір забезпечення виконання договору та забезпечення тендерної пропозиції підлягає поверненню. Таке забезпечення слід закріпити як загальний спосіб забезпечення виконання зобов'язання для сторін.

У цивільному законодавстві відсутні застереження щодо внесення завдатку іншою особою (крім боржника), а тому не виключається можливість передачі завдатку на прикладі схеми майнового поручительства, оскільки для кредитора не має значення, хто замість боржника передасть йому завдаток, так як це не вплине на сутність його зобов'язальних правовідносин з боржником.

У випадку спадкування прав і обов'язків сторін за зобов'язанням, забезпеченим завдатком, одночасно відбуватиметься зміна сторони зобов'язання та перехід до нового кредитора права вимоги від боржника належного виконання зобов'язання. При цьому, ст. 1230 ЦК України передбачено право на стягнення неустойки (штрафу, пені) у зв'язку з невиконанням боржником спадкодавця своїх договірних обов'язків, яка була присуджена судом спадкодавцеві за його життя. Також цією статтею передбачено перехід до спадкоємця права на відшкодування моральної шкоди, яке було присуджено судом спадкодавцеві за його життя.

Отже, до спадкоємця переходить право на стягнення не тільки за основним зобов'язанням, а й право на відшкодування неустойки та моральної шкоди.

Аналогічний підхід можна використати й щодо завдатку, а саме попри відсутність спеціальної норми у чинному законодавстві, до спадкоємця переходить право не тільки на стягнення за основним зобов'язанням, а й відбувається спадкування і за акцесорним зобов'язанням (повернення завдатку або стягнення його подвійного розміру).

Проведене в межах даної статті дослідження дає змогу зробити наступні висновки:

1. Доцільність обмеження розміру завдатку пов'язана з тим, що на практиці його розмір може бути занадто великий, який фактично наблизитиме до повного розміру забезпечуваного зобов'язання. У зв'язку з цим постає необхідність обмеження не тільки самого розміру завдатку, а й зменшення розміру відповідальності за порушення відповідного зобов'язання.

2. Завдатку як способу забезпечення виконання зобов'язання притаманна компенсаційна функція як єдина стала, що не втрачає свого призначення на різних стадіях зобов'язальних правовідносин, оскільки стимулює як кредитора, так і боржника належним чином виконати певне зобов'язання під страхом настання для них негативних наслідків шляхом встановлення відповідних компенсаційних заходів відповідальності в забезпечуваному правочині. Завдаток у залежності від розвитку зобов'язальних відносин може постати як захід цивільно-правової відповідальності, і йому також буде притаманна компенсаційна функція.

3. Однією з підстав припинення зобов'язання, забезпеченого завдатком, може бути домовленість сторін про трансформацію завдатку у відступне, яка передбачає, що в разі порушення зобов'язання, відповідальність сторін буде обмежена сумою завдатку без права на відшкодування збитків, не покритих сумою завдатку.

4. Виходячи з положень Закону України «Про публічні закупівлі» доводиться необґрунтованість імперативного закріплення можливості забезпечення тендерної пропозиції лише у вигляді гарантії. При цьому доречним буде застосувати до положень вітчизняного законодавства про публічні закупівлі таке забезпечення як «забезпечувальний платіж» (подібний до схожої правової конструкції, виробленої англійським правом), що здатний поставати як ефективний правовий засіб одночасно й у механізмі правового регулювання тендерних процедур закупівлі, й при забезпеченні виконання договору про закупівлю.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

<sup>2</sup> *Серебрякова Ю. О.* Завдаток як вид забезпечення виконання зобов'язання // Юридичний вісник «Повітряне і космічне право». – 2010. – № 2 (15). – С. 41; *Иоффе О. С.* Обязательственное право. – М.: Юрид. лит., 1975. – 880 с.

<sup>3</sup> *Сафонова Ю. Б.* Отдельные способы обеспечения исполнения обязательств: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – С., 2001. – 26 с.

<sup>4</sup> Закон Китайської Народної Республіки «Про гарантії» від 30 червня 1995 року. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.uglc.ru/guarantee.htm>

<sup>5</sup> Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-ukrainian.pdf>

<sup>6</sup> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Edited by Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group). – Munich: Sellier European law publishers, 2009. – 6563 p.

<sup>7</sup> Принципы Европейского контрактного права – дополненная и пересмотренная версия 1998 г. // Журнал международного частного права. – 1999. – № 1 (23). – С. 40–70.

<sup>8</sup> Закон України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 року // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 30. – Ст. 379.

<sup>9</sup> Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.

<sup>10</sup> *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. – М., 2001. – Кн. 1: Общие положения. – 842 с.

<sup>11</sup> *Федорчук Д. С.* Забезпечення виконання зобов'язань: Навч. посібник. – Донецьк: «Вебер» (Донецька філія), 2007. – 217 с.

<sup>12</sup> Там само. – С. 181–184.

<sup>13</sup> Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – Т. 2. К.: А.С.К.; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., 2004. – 864 с.

<sup>14</sup> Куликов Е. С. Соглашение о задатке в гражданском праве России: монография / Е. С. Куликов. – М.: Волтерс Клувер, 2011. – 208 с.

<sup>15</sup> Церковна О. В. Завдаток і аванс: спільне та відмінності // Південноукраїнський правничий часопис. – 2008. – № 1. – С. 93–95.

<sup>16</sup> Йоффе О. С. Избранные труды: В 4 т. – Т. III: СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – Т. III: Обязательственное право. – 837 с.

<sup>17</sup> Закон України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 року № 922-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 9. – Ст. 89.

<sup>18</sup> Закон України «Про здійснення державних закупівель» від 10 квітня 2014 року № 1197-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 24. – Ст. 883.

<sup>19</sup> Там само. – С. 49, 54.

#### Резюме

##### **Бойко А. О. Функції завдатку в контексті динаміки зобов'язальних правовідносин.**

Стаття присвячена функціям завдатку та особливостям їх застосування в контексті динаміки зобов'язальних правовідносин. Досліджуються функції, які мають змінний та постійний характер залежно від розвитку правовідносин, пов'язаних із застосуванням завдатку. Також розглядається можливість трансформації завдатку у відступне та обґрунтовується доцільність визначення в законодавстві про публічні закупівлі такого платіжного засобу як «забезпечувальний платіж».

**Ключові слова:** завдаток, функції, відступне, зобов'язання, платіж.

#### Резюме

##### **Бойко А. А. Функции задатка в контексте динамики обязательственных правоотношений.**

Статья посвящена функциям задатка и особенностям их применения в контексте динамики обязательственных правоотношений. Исследуются функции, которые носят переменный и постоянный характер в зависимости от развития правоотношений, связанных с применением задатка. Также рассматривается возможность трансформации задатка в отступное и обосновывается целесообразность определения в законодательстве о публичных закупках такого платежного средства как «обеспечительный платёж».

**Ключевые слова:** задаток, функции, отступное, обязательство, платеж.

#### Summary

##### **Boiko A. Functions of an earnest in the context of dynamics of obligations legal relationship.**

The article is devoted to the functions of the earnest and their application in the context of the dynamics of obligations legal relationship. The article examines features that are variable and permanent depending on the development of legal relations related to the application of the earnest. Also consider the possibility of transforming the Deposit in compensation and the expediency of the definition in the law on public procurement of such means of payment as the «security payment».

**Key words:** an earnest, functions, compensation, obligation, payment.

УДК 351.778.3(477)

### Ю. В. ВЕРХОЛА

*Юлія Володимирівна Верхола, аспірант Київського університету права НАН України*

## ДЖЕРЕЛА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ВОДОПОСТАЧАННЯ ТА ВОДОВІДВЕДЕННЯ

Аналіз стану розробки проблеми свідчить про недостатнє дослідження питання щодо визначення джерел правового регулювання договірних відносин житлово-комунальних послуг загалом і правового регулювання договору водопостачання та водовідведення. Дана проблематика обумовлено різними факторами, у тому числі тим, що постійні інтеграційні процеси до міжнародних співтовариств змушують Україну коректувати її внутрішнє законодавство відповідно до міжнародних вимог, проте дані заходи часто є непослідовними або незавершеними, тому можна спостерігати багато розбіжностей у законодавстві України.

**Метою** цієї статті є здійснення теоретико-правового аналізу джерел правового регулювання договору водопостачання та водовідведення.

Окремі аспекти джерел правового регулювання договору водопостачання та водовідведення досліджували у своїх наукових працях цивілісти, зокрема: М. М. Агарков, М. І. Брагінський, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, А. Ю. Кабалкін, А. В. Кіч, І. Б. Новицький, В. В. Сергієнко, Є. О. Харитонов та інші науковці.

При розгляді джерел правового регулювання договірних відносин слід зазначити, що розуміння джерел права залишається предметом дискусії в теорії права та галузевих юридичних науках. Окрім поняття «джерело права», вітчизняна наука використовує термін «форма права». Одні науковці називають нормативно-



правові акти, звичайі тощо формами права, інші – джерелами права. Слід погодитися з думкою тих авторів, які вважають можливим використання як одного поняття, так і іншого<sup>1</sup>.

Слід звернути увагу на те, в якому аспекті використовуємо поняття «джерела правового регулювання». Поняття «джерело права» може бути використане для позначення як причин виникнення (витоків), так і способів закріплення норми права, тоді як поняття «форма права» може бути використане лише у вузькому розумінні, для позначення актів правотворчості. Тому при правовому регулюванні договору водопостачання та водовідведення слід використовувати більш широке поняття «джерела права (джерела правового регулювання)». Правове регулювання визначається як один із основних засобів державного впливу на суспільні відносини з метою їх упорядкування в інтересах людини, суспільства й держави. При цьому зазначається, що правове регулювання є різновидом соціального регулювання, а його предметом – правові, економічні, політичні та інші суспільні відносини, впорядкування яких неможливе без використання норм права<sup>2</sup>.

Отже, за допомогою правового регулювання встановлюються межі правомірної поведінки учасників суспільного життя, їх права та обов'язки, гарантії реалізації прав та обов'язків, визначаються заходи юридичної відповідальності за правопорушення, процесуальні основи їх застосування<sup>3</sup>.

Питання правового регулювання водопостачання та водовідведення є надзвичайно актуальним і має особливе значення для України, котра за ступенем водозабезпечення займає одне з останніх місць серед країн Європи, а за водоемністю валового суспільного продукту випереджає їх.

Основним джерелом правового регулювання договору водопостачання та водовідведення є нормативно-правові акти, адже саме вони становлять вагомий частину цивільного законодавства. Проте основу цивільного законодавства становлять Конституція України та Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. Акти цивільного законодавства поділяються на закони і підзаконні нормативно-правові акти. Закони можуть бути конституційними, кодифікованими, поточними і виключними. До видів нормативно-правових актів у цивільному праві слід віднести: 1) закони; 2) укази Президента України; 3) постанови Кабінету Міністрів України; 4) акти центральних та місцевих органів виконавчої влади, органів влади АРК.

Стаття 3 Конституції України закріплює право кожної людини на гідний рівень життя, захист здоров'я кожної людини та забезпечення гарантій рівня життя відповідної якості. Належне життєзабезпечення населення є основним завданням держави<sup>4</sup>, а в умовах сучасного стану економіки країни та інтеграції України до світової спільноти – однією з найгостріших проблем. Досить складний стан житлово-комунального господарства, суперечливість прийнятих нормативних актів, а в деяких випадках і відсутність правового регулювання, призводять до зниження якості водопостачання та водовідведення, негативно впливають не тільки на якість комунального забезпечення людини, а й на стан її здоров'я, рівень санітарно-епідеміологічного благополуччя, ступінь благоустрою житлового фонду і міського середовища тощо.

Згідно зі ст. 48 Конституції України кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло, а також створення привабливих умов щодо помешкання.

До найважливіших завдань держави належить забезпечення гідного життя людини, зокрема необхідність створення комфортних умов для проживання. Попри публічний обов'язок держави підвищувати соціальні стандарти для населення України, у тому числі щодо якості надання житлово-комунальних послуг споживачам України, безпосереднє забезпечення перебуває в площині приватного права. До цих послуг належать і послуги водопостачання та водовідведення.

На сьогодні у житлово-комунальному господарстві збільшується кількість старого та аварійного житлового фонду, матеріально-технічна база житлово-комунального господарства вкрай зношена, обладнання застаріле. Застарілі конструкції та внутрішні системи житлових будівель стало головною причиною зниження якості комунальних послуг, зокрема послуг водопостачання та водовідведення, погіршення комфортності, надійності та безпечності умов проживання.

Водопостачання є одним із найважливіших ресурсів, який відіграє суттєву роль у житті людини, у наданні їй можливості забезпечити собі достатній рівень життя та задоволення першочергових потреб, як харчових, так і суто гігієнічних. Водопостачання не має єдиної загальноукраїнської системи, а здійснюється через місцеві системи водопостачання. Під водопостачанням розуміють систему заходів щодо забезпечення водою різних споживачів. Комплекс інженерних споруд для здійснення водопостачання називається системою водопостачання та водовідведення. На законодавчому рівні закріплено ще такі поняття, як централізоване питне водопостачання під котрим слід розуміти господарську діяльність із забезпечення споживачів питною водою за допомогою комплексу об'єктів, споруд, розподільчих водопровідних мереж, пов'язаних єдиним технологічним процесом виробництва та транспортування питної води; та поняття централізоване водовідведення – господарська діяльність із відведення та очищення комунальних та інших стічних вод за допомогою комплексу об'єктів, споруд, колекторів, трубопроводів, пов'язаних єдиним технологічним процесом<sup>5</sup>. Сучасні системи водопостачання та водовідведення населених пунктів є централізованими, кожна з яких забезпечує водою велику групу споживачів. В Україні становлення й розвиток систем водопостачання та водовідведення відбувалося впродовж декількох століть.

Договір водопостачання та водовідведення спеціально не врегульований нормами Цивільного кодексу України, а згадується у рамках договорів постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу.

Спеціальними нормативно-правовими актами, які регулюють договір водопостачання та водовідведення в Україні, є Закон України «Про питну воду та питне водопостачання»<sup>6</sup> від 10 січня 2002 р. та Закон Украї-

ни «Про житлово-комунальні послуги»<sup>7</sup> від 24 червня 2004 р., оскільки водопостачання та водовідведення є однією з підгалузей житлово-комунального господарства, адже відповідно до ст. 1 Закону України «Про житлово-комунальні послуги» комунальні послуги – це результат господарської діяльності, спрямованої на задоволення потреби фізичної чи юридичної особи у забезпеченні холодною та гарячою водою, водовідведенням, газо- та електропостачанням, опаленням, а також вивезенням побутових відходів у порядку, встановленому законодавством.

Цим Законом визначено, що державна політика у сфері житлово-комунальних послуг базується, зокрема, на принципі дотримання встановлених стандартів, нормативів, норм, порядків і правил щодо кількості та якості житлово-комунальних послуг. При цьому, ст. 7 регламентовано, що до повноважень органів місцевого самоврядування у сфері житлово-комунальних послуг, зокрема, належить: забезпечення населення житлово-комунальними послугами необхідних рівня та якості; здійснення контролю за дотриманням законодавства щодо захисту прав споживачів у сфері житлово-комунальних послуг. Відповідно до ст.ст. 18 та 21 Закону виконавець зобов'язаний забезпечувати своєчасність та відповідну якість житлово-комунальних послуг згідно із законодавством і умовами договору, у тому числі шляхом створення систем управління якістю відповідно до національних або міжнародних стандартів. У разі порушення виконавцем умов договору споживач має право викликати його представника для складення та підписання акта-претензії споживача, в якому зазначаються строки, види, показники порушень тощо. Спори щодо задоволення претензій споживачів вирішуються в суді. Споживач має право на досудове вирішення спору шляхом задоволення пред'явленої претензії. Також ст.ст. 19–20, 22–24 зазначеного вище Закону присвячені регулюванню договору водопостачання та водовідведення. Окрім цього, відповідно до ст. 3 Закону України «Про питну воду та питне водопостачання» до джерел правового регулювання у сфері питної води та питного водопостачання слід також віднести: Водний кодекс України<sup>8</sup>, Кодекс України про надра<sup>9</sup>, Закони України: «Про охорону навколишнього природного середовища»<sup>10</sup>, «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення»<sup>11</sup> та інші нормативно-правові акти.

Відповідно до ст. 4 Закону України «Про житлово-комунальні послуги» законодавство України у сфері житлово-комунальних послуг базується на Конституції України і складається з нормативно-правових актів у галузі цивільного, житлового законодавства та інших нормативно-правових актів, що регулюють відносини у сфері житлово-комунальних послуг.

Також, згідно із Правилами користування системами централізованого комунального водопостачання та водовідведення в населених пунктах України договірні відносини щодо користування системами централізованого водопостачання та водовідведення здійснюються виключно на договірних засадах відповідно до Законів України «Про питну воду та питне водопостачання» та «Про житлово-комунальні послуги». Слід також зазначити, що Правила користування системами централізованого комунального водопостачання та водовідведення в населених пунктах України визначають порядок користування системами централізованого комунального водопостачання та водовідведення населених пунктів України.

Зазначені вище Правила є обов'язковими для всіх юридичних осіб незалежно від форм власності і підприємств та фізичних осіб-підприємців, що мають у власності, господарському віданні або оперативному управлінні об'єкти, системи водопостачання та водовідведення, які безпосередньо приєднані до систем централізованого комунального водопостачання та водовідведення і з якими виробником укладено договір на отримання питної води, скидання стічних вод<sup>12</sup>.

Слід виділити окремі аспекти правового регулювання договору водопостачання та водовідведення відповідно до Закону України «Про питну воду та питне водопостачання» зокрема: 1) ст. 19 даного Закону чітко регламентується, що послуги з питного водопостачання надаються споживачам підприємством питного водопостачання на підставі договору з: а) підприємствами, установами, організаціями, що безпосередньо користуються централізованим питним водопостачанням; б) підприємствами, установами або організаціями, у повному господарському віданні або оперативному управлінні яких перебуває житловий фонд і до обов'язків яких належить надання споживачам послуг з питного водопостачання та водовідведення; в) об'єднаннями співвласників багатоквартирних будинків, житлово-будівельними кооперативами та іншими об'єднаннями власників житла, яким передано право управління багатоквартирними будинками і забезпечення надання послуг з водопостачання та водовідведення на підставі укладених ними договорів; г) власниками будинків, що перебувають у приватній власності. Договір про надання послуг з питного водопостачання укладається безпосередньо між підприємством питного водопостачання або уповноваженою ним юридичною чи фізичною особою і споживачем. Порядок надання споживачам послуг з питного водопостачання встановлюється центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері житлово-комунального господарства; 2) ст.ст. 20–21 зазначеного вище Закону регламентують умови і порядок набрання чинності договору про надання послуг з питного водопостачання, підкреслюється, що у даному договорі повинні бути посилання на нормативні документи, на підставі яких здійснюватиметься питне водопостачання. Договір про надання послуг з питного водопостачання набирає чинності після досягнення домовленості з усіх його істотних умов та підписання сторонами; 3) ст.ст. 22–23 даного Закону вирізняє права та обов'язки споживачів питної води та підприємств питного водопостачання; 4) ст. 24 названого вище Закону зазначає заходи щодо забезпечення питною водою у разі виникнення надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру. Органи місцевого самоврядування спільно з підприємствами питного водопостачання розробляють та затверджують спеціальні заходи на випадок виникнення надзвичайних

ситуації техногенного та природного характеру, що призводять до припинення централізованого водопостачання, які повинні забезпечувати: а) використання резервних джерел і систем питного водопостачання; б) застосування індивідуальних і групових засобів очищення і знезараження питної води; в) поставку фасованої питної води та води в ємностях для індивідуального і групового користування. Згідно з нормами ст. 49 зазначеного вище Закону Україна бере участь у міжнародному співробітництві у сфері питної води та питного водопостачання, а також впроваджує міжнародно-правові механізми гарантування охорони і раціонального використання джерел питного водопостачання відповідно до міжнародних договорів. Якщо міжнародним договором України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені Законом України «Про питну воду та питне водопостачання», застосовуються норми міжнародного договору.

Вимогами Правил надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 21 липня 2005 р. № 630, регламентується, що послуги повинні відповідати: з централізованого постачання холодної води – вимогам щодо якості і тиску води, а також розрахунковим нормам витрати води у точці розбору. Місцеві органи виконавчої влади або органи місцевого самоврядування мають право тимчасово визначати інші норми споживання, кількісні та якісні показники й режими надання послуг у порядку, що визначається Кабінетом Міністрів України. Зазначені вище Правила регулюють відносини між суб'єктом господарювання, предметом діяльності якого є надання житлово-комунальних послуг, і фізичною та юридичною особою, яка отримує або має намір отримувати послуги з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення.

Згідно із Правилами надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення, централізоване постачання холодної та гарячої води – це послуга, спрямована на задоволення потреб споживача у холодній та гарячій воді, яка надається виконавцем з використанням внутрішньо-будинкових систем холодного і гарячого водопостачання, а централізоване водовідведення зазначається як послуга, що спрямована на задоволення потреб споживача у водовідведенні стічних вод, яка надається виконавцем з використанням внутрішньобудинкових централізованих систем водовідведення.

Для задоволення та реалізації гарантованих Конституцією України прав громадян на достатній життєвий рівень та екологічну безпеку шляхом забезпечення питною водою в необхідних обсягах та відповідно до встановлених нормативів було створено загальнодержавну цільову програму «Питна вода України» на 2011–2020 роки<sup>13</sup>. Згідно з цією програмою серед основних шляхів та оптимальних варіантів розв'язання завдання стосовно водопостачання є реалізація державної політики щодо розвитку та реконструкції систем централізованого водопостачання та водовідведення; охорона джерел питного водопостачання; доведення якості питної води до вимог державних стандартів; розроблення та впровадження науково-дослідних і дослідно-конструкторських розробок із застосуванням новітніх матеріалів, технологій, обладнання та приладів, а також забезпечення нормативно-правового регулювання у сфері питного водопостачання та водовідведення, зокрема удосконалення джерел правового регулювання договору водопостачання та водовідведення.

Задоволення попиту на воду в містах, на підприємствах і в селищах здійснюється шляхом влаштування централізованих систем водопостачання. На сьогоднішній день сучасний водопровід є системою складних споруд для видобування води, очищення її, якщо це потрібно, зберігання необхідних запасів і транспортування до споживача. Водовідведення складається із комплексу споруд для організованого відведення стічної рідини, очищення її і випуску у водоймище.

Правовий аналіз нормативно-правових актів, що прийняті з часу отримання Україною незалежності, з'ясування їх позитивних рис і недоліків спонукає до висновку про подальше вдосконалення розвитку водопостачання та водовідведення з врахування світового досвіду та національних особливостей. Лише наявність чіткого нормативно-правового регулювання договору водопостачання та водовідведення дасть змогу гарантувати та не порушувати конституційні права кожної людини на гідний рівень життя, захист здоров'я та забезпечення гарантій рівня життя відповідної якості. Тому правові норми джерел правового регулювання договору водопостачання та водовідведення мають бути чіткими, зрозумілими і не суперечливими.

<sup>1</sup> Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х т. / под ред. проф. М. И. Марченко. – М. : Изд-во «Зерцало», 2000. – Т. 2: Теория права. – 640 с. – С. 123–124.

<sup>2</sup> Харитонов Є. О. Цивільні правовідносини : моногр. / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Одеса : Фенікс, 2011. – 456 с. – С. 160.

<sup>3</sup> Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посіб. / П. М. Рабінович. – Х. : Консум, 2002. – 160 с.

<sup>4</sup> Коментар до Конституції України [Текст]. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996. – 376 с. – С. 125.

<sup>5</sup> Про затвердження Правил надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення та типового договору про надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення : постанова Кабінету Міністрів України від 21 липня 2005 р. № 630 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 30. – Ст. 1811.

<sup>6</sup> Про питну воду та питне водопостачання : Закон України від 10 січня 2002 р. № 2918-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 16. – Ст. 112.

<sup>7</sup> Про житлово-комунальні послуги : Закон України від 24 червня 2004 р. № 1874-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 47. – Ст. 514.

<sup>8</sup> Водний кодекс України від 6 червня 1995 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 24. – Ст. 189.

<sup>9</sup> Кодекс України про надра від 27 липня 1994 р. № 132/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 36. – Ст. 340.

<sup>10</sup> Про охорону навколишнього середовища : Закон України від 27 червня 1991 р. № 1264-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.

<sup>11</sup> Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення : Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4004-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 27. – Ст. 218.

<sup>12</sup> Про затвердження Правил користування системами в централізованого комунального водопостачання та водовідведення в населених пунктах України : наказ Міністерства з питань житлово-комунального господарства України від 27 червня 2008 р. № 190 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0936-08>

<sup>13</sup> Про Загальну цільову програму «Питна вода України» на 2011–2020 роки : Закон України від 3 березня 2005 р. № 2455-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 15. – Ст. 243.

#### Резюме

##### **Верхола Ю. В. Джерела правового регулювання договору водопостачання та водовідведення.**

У статті проаналізовано джерела правового регулювання договору водопостачання та водовідведення. Встановлено, що питання правового регулювання договору водопостачання та водовідведення є надзвичайно актуальним і має особливе значення для України. Виокремлено, що основним джерелом правового регулювання договору водопостачання та водовідведення є нормативно-правові акти. На підставі проведеного дослідження зроблено висновки для подальшого вдосконалення джерел правового регулювання договору водопостачання та водовідведення.

**Ключові слова:** договір водопостачання та водовідведення, комунальні послуги, постачання холодної та гарячої води, водопостачання, водовідведення, правове регулювання, джерело права, форма права.

#### Резюме

##### **Верхола Ю. В. Источники правового регулирования договора водоснабжения и водоотведения.**

В статье проанализированы источники правового регулирования договора водоснабжения и водоотведения. Установлено, что вопрос правового регулирования договора водоснабжения и водоотведения является чрезвычайно актуальным и имеет особое значение для Украины. Выделены, что основным источником правового регулирования договора водоснабжения и водоотведения являются нормативно-правовые акты. На основании проведенного исследования сделаны выводы для дальнейшего совершенствования источников правового регулирования договора водоснабжения и водоотведения.

**Ключевые слова:** договор водоснабжения и водоотведения, коммунальные услуги, снабжение холодной и горячей водой, водоснабжение, водоотведение, правовое регулирование, источник права, форма права.

#### Summary

##### **Verkhola U. Sources of legal regulation of water supply and sewage's contracts.**

The article analyzes the sources of legal regulation of water supply and sewage's contracts. It is established that the legal regulation of the contract of water supply and sewage is extremely important and is of particular importance for Ukraine. It is singled out that the main source of legal regulation of water supply and sewage's contracts are regulations. Based on the research, the conclusions were made for further improvement of legal regulation of the water supply and sewage's agreements.

**Key words:** water supply and sewage's agreement, utilities, cold and hot water supply, water supply, sewage, legal regulation, a source of law, the form of law.

УДК 347.754:(346.7:338.48) (477)

#### І. О. ДАНИЛОВА

*Ірина Олександрівна Данилова, старший викладач Одеського національного морського університету*

### ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТУРИСТИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Туризм є важливою сферою розвитку економіки, оскільки забезпечує значний внесок в економіку країни у вигляді платежів до бюджету. Він сприяє створенню нових робочих місць, здійснює важливу культурологічну функцію, позитивно впливає на навколишнє середовище. За даними Всесвітньої Туристичної Організації, темпи зростання міжнародних прибутків від туризму щороку збільшуються: у 1050 р. – 2 млрд дол.; у 1980 р. – 104 млрд дол.; у 2015 р. – 1260 млрд доларів. Доходи від туризму у ВВП багатьох країн становлять вагомий частину: Іспанії – 15,3 %, Туреччини – 10,6 %, Франції – 9,7 %, Чехії – 8,9 %. Україна також не стоїть осторонь цих процесів, хоча останніми роками показник її розвитку знизився.

Туризм – це синтетична, складна галузь та багатогранна економічна система з розгалуженою мережею зв'язків, до якої входять близько сорока суміжних сфер та галузей економіки. Тому необхідність правового регулювання та підтримки цієї галузі впливає із самої сутності функціонування туризму як однієї із сфер життєдіяльності в державі<sup>1</sup>.



Наукових публікацій, присвячених проблемам туристичної галузі, чимало. Дослідження туризму здійснювалося як зарубіжними, так і вітчизняними науковцями. Питання правового регулювання туризму були і є предметом дослідження багатьох вітчизняних вчених, серед яких найбільш вагомими за останні кілька років є праці М. М. Гудими, І. З. Жука, Є. В. Козловського, Ю. Г. Коросташивець, В. В. Манзюка, Н. А. Опанасюка, Л. Д. Руденко, А. О. Толочко, Л. І. Шваба, Р. І. Яворського та ін.

Але активна інтеграція України у світову та регіональну економіку і правовий простір, поштовхом до розвитку цих процесів стало підписання Угоди між Україною та Європейським Союзом, обумовлює необхідність удосконалення правової регламентації цієї сфери, що актуалізує наукові дискусії з цього питання.

**Метою** публікації є аналіз системи правового регулювання туристичної галузі в Україні.

Необхідно виокремлювати наступні рівні правової регламентації туристичної діяльності: загальне міжнародно-правове регулювання, регіональне міжнародно-правове регулювання, національне регулювання (на цьому рівні також існує диференціація нормативних приписів).

Масив нормативних приписів та принципів, які регламентують питання туристичної діяльності, виокремлюються в галузі права та законодавства: на міжнародному рівні – у міжнародне туристичне право; на національному – в туристичне право.

Зазначається, що сформовано особливу галузь міжнародного публічного права – міжнародне туристичне (туристське) право, яке регулює питання взаємовідносин між двома і більше державами у галузі міжнародного туризму. Воно являє собою сукупність принципів і норм, що регулюють діяльність держав у сфері туризму і міжнародних подорожей з метою задоволення широкого кола культурних і духовних потреб людини, а також визначає відносини партнерства й співробітництва міжнародних і національних організацій у сфері туризму і міжнародних подорожей<sup>2</sup>.

Під інструментами регулювання міжнародної туристської діяльності розуміються правові акти та офіційні документи, спрямовані на встановлення певного порядку, норм, правил, принципів і підходів у здійсненні туристської діяльності. Вони слугують цілям інформації, орієнтації, просування і реалізації на практиці заявлених і проголошених ідей, принципів, концепцій і стратегій. До них віднесено міжнародні декларації, конвенції, резолюції, угоди, протоколи, рекомендації. Основними заходами, спрямованими на координацію зусиль міжнародного співтовариства, є конференції, асамблеї, зустрічі, форуми, конгреси, семінари, що проводяться міжнародними організаціями.

До основних міжнародно-правових документів всеохоплюючого характеру за територіальною ознакою їх дії належать резолюції ООН, спеціалізованих установ системи ООН, а також міжнародних туристських організацій. Вони становлять основу уніфікації норм, що регулюють туристичну діяльність, основними з них є: Манільська декларація зі світового туризму (1980 р.); Гаазька декларація із туризму (1989 р.), Глобальний етичний кодекс туризму (1999 р.), Хартія туризму та її розділ «Кодекс туризму»; Осацька та Сеульська декларації та ін.

Важливою ланкою у системі міжнародно-правового регулювання туризму є діяльність Всесвітньої туристської організації, яка з 1975 р. набула статусу спеціалізованої установи ООН. До її складу входить 157 країн та територій, кілька асоційованих членів і понад 350 членів, що мають статус приєднаних і представляють турфірми, авіакомпанії, навчальні установи, туристичні асоціації та місцеві органи управління туризмом. Вона діє як глобальний форум з питань туристичної політики і практичне джерело туристичних ноу-хау<sup>3</sup>. Україна набула членства у цій міжнародній інституції у 1997 році. Це підвищило імідж і авторитет нашої держави у туристичному співтоваристві, створило передумови для подальшого розвитку національного туризму відповідно до тенденцій світового туристичного ринку із залученням прогресивних технологій, інвестиційних пропозицій, системи професійної підготовки, наукових досліджень, передових досягнень найбільш розвинених туристичних країн світу, відкрило нові можливості налагодження взаємовигідної співпраці з державами-членами на всіх рівнях – багатосторонньому, регіональному, двосторонньому<sup>4</sup>.

Найбільш розвинутий механізм міжнародно-регіонального правового регулювання туристичної діяльності та захисту прав туристів як споживачів існує в Європі. Процес регіональної уніфікації правового регулювання міжнародних туристичних відносин в ЄС було розпочато у 1982 році. До найбільш вагомих документів слід віднести, наприклад, Шенгенські угоди «Про єдиний візовий туристичному просторі» (Директива ЄС 90/134 від 13 травня 1995 р.), «Кодекс спільноти з візових питань (2009 р.), Директиву від 13 червня 1990 р. «Про пакетні тури»<sup>5</sup>. Результатом розвитку туристичних відносин і широкого застосування глобальної мережі Інтернет було прийняття нової Директива ЄС 2013/0246 від 9 липня 2013 р., яка доповнила Директиву 1990 р., що, зокрема, у туристичні відносини внесла ряд новел, які стосуються онлайн-бронювання та визначення міри відповідальності суб'єктів, що надають таку послугу<sup>6</sup>. У 2015 р. розроблено нову Директиву, яка регулює сферу комплексних туристичних подорожей, що відповідає реальній ситуації на сучасному ринку подорожей, а також спрямована на задоволення потреб підприємств і споживачів в епоху цифрових технологій. Це має посилити захист прав споживачів при покупці комплексних туристських послуг або при комбінуванні окремих туристських послуг та уніфікувати для всіх учасників транскордонної торгівлі можливості на території всього ЄС. Аналіз європейського досвіду правового регулювання туристичної діяльності свідчить про необхідність об'єднання зусиль держави, наукової спільноти, практикуючих юристів щодо розробки ефективного механізму, що забезпечить координацію туристської політики на загальнодержавному та регіональному рівнях.

Національний рівень правової регламентації туристичної діяльності в Україні представлений великим масивом нормативно-правових актів, які утворюють систему правового регулювання туристичної галузі в Україні.

Останніми роками ведуться дискусії щодо виокремлення у структурі національного права нової галузі – туристичного права. Наголошується, що це – комплексна галузь права, зміст якої становлять правові норми інших галузей, за допомогою яких регулюються відносини у сфері туризму (наприклад, норми конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального, господарського, податкового та інших галузей і підгалузей права)<sup>7</sup>. Висловлюється думка, що «в системі права туристичне право – це комплексний правовий інститут (підгалузь); у системі законодавства – комплексна підгалузь національного законодавства – законодавство про туристичну діяльність; у системі наукових досліджень – сукупність учень, теорій, доктрин про правове регулювання відносин у сфері туризму; серед навчальних дисциплін – міждисциплінарна навчальна дисципліна»<sup>8</sup>.

На нинішньому етапі правової регламентації туристичної діяльності в Україні більш аргументованою є позиція щодо розуміння туристичного права як підгалузі національного законодавства України.

Правові відносини в сфері надання туристичних послуг є комплексними за своєю суттю, в орбіту яких залучено державу, організації туристичної індустрії, туристичні фірми і туристи. Тому система джерел правового регулювання, які регламентують правове становище суб'єктів, що надають туристичні послуги та є їх споживачами, розгалужена й багатогалузева. Виокремлюються два види законодавства, що регламентує сферу туризму в Україні – загальне та спеціальне.

Спеціальне законодавство спрямоване на визначення державних цілей у сфері розвитку туризму і способів їх досягнення, на інтенсифікацію розвитку туристичної індустрії, регулювання відносин між постачальниками і користувачами туристичних послуг тощо. Основним нормативно-правовим актом у цій сфері є Закон України (далі – ЗУ) «Про туризм» (1995 р.), у редакції 2012 року<sup>9</sup>. Вказується на ряд істотних недоліків, які гальмують розвиток вітчизняного ринку туристичних послуг. Зокрема, про те, що, як підтвердив ретельний аналіз правозастосовної практики чинного Закону, його норми «сприяють надмірному і необґрунтованого втручання держави в підприємницьку діяльність, обмежують законні права та свободи туристичного підприємництва, порушують принцип свободи договору; штучно створюють умови для зловживання монопольним становищем на туристичному ринку України, передбачають неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції; становлять серйозну перешкоду на шляху розвитку малого і середнього підприємництва в туризмі й не сприяють створенню додаткових робочих місць»<sup>10</sup>.

Загальне законодавство становлять: Конституція України, ЦК України, ГК України, ЗУ «Про захист прав споживачів», «Про рекламу», «Про курорти», «Про транспорт», «Про ліцензування видів господарської діяльності» та багато ін.

У більшості країн туризм потребує цивільно-правового регулювання, тобто системи нормативно-правових актів, що регламентують правове становище осіб, які здійснюють туристичну діяльність, а також порядок її організації. У цивільно-правових відносинах беруть участь туроператори, турагенти, перевізники, готелі, ресторани, екскурсійні бюро, культурно-розважальні заклади, а також туристи. У процесі створення, надання та споживання туристичних послуг усі праввідносини повинні оформлюватися юридично, тобто спеціальними цивільно-правовими договорами<sup>11</sup>.

У ст. 20 ЗУ «Про туризм» зазначено, що туристичне обслуговування здійснюється на договірній основі, коли одна сторона (туроператор, який укладає договір безпосередньо або через турагента) зобов'язується надати за замовленням іншої сторони (туриста) комплекс туристичних послуг (туристичний продукт), а турист зобов'язується оплатити його.

Діяльність туроператорів здійснюється на підставі ліцензій (ЗУ «Про ліцензування видів господарської діяльності», постанова КМУ «Про затвердження ліцензійних умов провадження туроператорської діяльності»).

Договори у сфері туристичних відносин поділяють на: договори, спрямовані на безпосереднє надання туристичних послуг кінцевому споживачу (вони укладаються між туроператором і туристом або між туроператором (за посередництвом турагента) і туристом, сторонами яких є туроператор – турист); посередницькі договори між туроператором і турагентом, спрямовані на розповсюдження та донесення до відома про наявність та можливість надання відповідних туристичних послуг, сторонами яких виступають туроператор та турагент. Встановлено, що практика функціонування туризму та туристичних послуг, пройшовши апробацію часом, довела найбільш дієвий спосіб функціонування ринку за схемою туроператор–турагент–турист, де туроператор є замовником послуг у третіх осіб, турагент виступає посередником з реалізації туристичних послуг і безпосередньо укладає договори з туристом від імені туроператора<sup>12</sup>.

У сучасних умовах великого значення в системі правового регулювання туристичної галузі в Україні набуває локальний (регіональний) рівень. Якщо звернутися до нормативного закріплення дефініції «регіон», то в Законі України «Про стимулювання розвитку регіонів» під поняттям регіону розуміють територію конкретної області, наприклад Одеської. Отже, розвиток регіонального туризму необхідно характеризувати як розвиток туризму в рамках певної області.

Приватизація основних об'єктів інфраструктури туризму (транспорт, громадське харчування, готелі), недостатнє фінансування муніципальних туристичних об'єктів вимагає серйозної уваги з боку влади на місцях. Від якості міського середовища – освітленості й чистоти вулиць, розвитку комунальної інфраструктури, розвитку місцевої (включаючи сувенірну) промисловості, залежить привабливість регіону та міста для туристів. Усі ці питання належать до компетенції місцевого самоврядування, внаслідок чого цей рівень публічної влади стає сьогодні найважливішим при реалізації державної політики щодо розвитку туризму. У сучасних умовах децентралізації влади і реалізації Стратегії реформ – 2020 особливо важливим для успіш-

ного соціально-економічного розвитку регіонів стає активне використання інвестиційного потенціалу територій, пошук власних ресурсів і регіональних ресурсів для зростання.

Для Одеської області одним із найперспективніших напрямів є розвиток туристичної галузі. Так, за даними Державної служби статистики України<sup>13</sup>, Одеська область, після Києва, найбільше представлена кількістю суб'єктів туристичної діяльності. З усіх областей України тільки в Одеській області в 2015 р. порівняно з 2014 р. збільшилася кількість фізичних осіб-підприємців – суб'єктів туристичної діяльності – з 71 до 81. Це свідчить про великий туристичний потенціал Одеського регіону і зобов'язує владу на місцевому рівні розвивати цю галузь економіки як одну з системоутворюючих і містоутворюючих для регіону. Влада на місцях має здійснювати нормативно-правову підтримку успішного розвитку туризму.

Згідно з даним Одеської обласної ради<sup>14</sup> можна виділити наступні регіональні цільові та комплексні програми Одеської області, що мають відношення до розвитку туризму: Програма зайнятості населення Одеської області на період до 2017 р., Програма оздоровлення та відпочинку дітей в Одеській області на період 2014–2017 рр., Програма залучення зовнішніх ресурсів та розвитку міжнародної діяльності Одеської області на 2014–2016 рр., Обласна комплексна програма «Культура Одещини – 2014–2016 рр.», Обласна програма розвитку фізичної культури і спорту в Одеській області на 2014–2017 роки.

Що стосується розробки регіональної обласної програми розвитку туризму в Одеській області, то попередня програма вже не є чинною, а нова поки не розроблена, хоча багато регіонів України, для яких туризм – одна з провідних галузей, такі програми вже розробили і їх реалізують. (Наприклад, у Львівській області, Івано-Франківській області, Херсонській області та ін.). Нормативно-правова неврегульованість негативно впливає на залучення іноземних інвесторів на туристичний ринок Одещини. Справа в тому, що міжнародні організації пропонують цікаві напрями співпраці і фінансування. Наприклад, у рамках операційної програми прикордонного співробітництва Україна – Румунія скоро буде оголошено конкурс на прийом заявок, у тому числі і з розвитку зеленого туризму. Але в охочих взяти участь в цьому проекті від Одеської області виникнуть труднощі, оскільки в заявці на реалізацію проекту треба обов'язково послатися на прийняті в регіоні документи, що підтверджують важливість розвитку туризму як стратегічного напрямку. Крім того, проекти в рамках згаданої співпраці підтримуються тільки на умовах співфінансування, що знову-таки вимагає прийняття програми розвитку курортів і туризму в регіоні.

З метою удосконалення правової регламентації туристичної діяльності Одеською міською радою було прийнято Програму розвитку туризму в м. Одесі на 2016–2020 рр. Вона ділиться на два етапи: I етап – 2016–2017 рр.; II етап – 2018–2020 рр. Її основна мета – збільшення туристичного потоку, підвищення конкурентоспроможності міста у сфері туризму, забезпечення широких можливостей і комфортних умов для туристів та гостей міста, сприяння виходу міста не тільки на національний, а й на міжнародний ринок, розвиток інноваційних програм, збільшення кількості робочих місць і збереження й раціональне використання історико-культурної спадщини та природного потенціалу міста. Фінансування заходів Програми здійснюється в межах коштів, передбачених бюджетом м. Одеси на зазначені цілі на відповідний рік. Орієнтовні обсяги фінансування Програми становлять 19 375,0 тис. грн, у тому числі за рахунок коштів бюджету м. Одеси – 19 375,0 тис. грн.

Не втрачають актуальності пропозиції щодо доцільності створення спеціальних економічних зон на території найбільш привабливих з точки зору розвитку туризму територій. Зазначається, що при усій сучасній непопулярності створення спеціальних економічних зон, що у такому напрямі має визначитися статус таких міст, як Одеса, Бердянськ, Скадовськ та інших рекреаційно-туристичних міст із своєю достатньо розвинутою спеціалізованою інфраструктурою. Подальше нехтування їх природною та соціальною здатністю виконувати рекреаційно-туристичні функції є прорахунком, що обертається значними фінансовими, матеріальними, оздоровчими, виховними та працевлаштувальними втратами для країни<sup>15</sup>.

У результаті проведеного дослідження можна зробити наступні **висновки**. Україна має високий туристичний потенціал, який тільки почав розкриватися. Найважливішим завданням державної політики є оптимізація його використання, що забезпечить повноцінний розвиток туристичної сфери, яка, у свою чергу, суттєво вплине на такі сектори економіки, як транспорт, торгівлю, зв'язок, будівництво, сільське господарство, виробництво товарів широкого споживання тощо. Необхідно вибудувати єдиний національний механізм, що забезпечить координацію туристської політики на загальнодержавному та регіональному рівнях. Розв'язання цього завдання пов'язане з удосконаленням правової регламентації туристичної діяльності. Сфера туризму – це складний міжгалузевий комплекс. У зв'язку з цим правова регламентація цієї сфери базується на системі нормативних приписів, які включають норми конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального, господарського, податкового та інших галузей і підгалузей права. Норми національного законодавства, що регламентують туристичну галузь, тісно переплітаються з міжнародними нормами загального та регіонального характеру. Інтеграція України у світовий та європейський економічний і правовий простір потребує найскорішої адаптації національного законодавства до відповідних стандартів у сфері туризму та імплементації значної кількості нормативно-правових актів у цій сфері.

<sup>1</sup> Матвієнко А. Державно-правове регулювання туристичної галузі в Україні: історичний аспект А. Матвієнко // Юридика України. – 2014. – № 2. – С. 22.

<sup>2</sup> Рагимов Т. С. Международно-правовое регулирование туризма / Т. С. Рагимов // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2010. – № 2. – С. 109.



<sup>3</sup> Всемирная туристская организация (World Tourism organization – WTO) / Офіційний веб-сайт : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://4mat3.io.ua/>

<sup>4</sup> Саржан С. Е. Всесвітня організація з туризму і Україна / С. Е. Саржан : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.rusnauka.com/9\\_NND\\_2012/Istoria/I\\_105248.doc.htm](http://www.rusnauka.com/9_NND_2012/Istoria/I_105248.doc.htm)

<sup>5</sup> Директива Европейского Парламента и Совета о «пакетных турах и организованных туристических услуг» от 9 июля 2013 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/com\\_2013\\_512\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/com_2013_512_en.pdf)

<sup>6</sup> Директива Европейского Парламента и Совета о «пакетных турах и организованных туристических услуг» от 9 июля 2013 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/com\\_2013\\_512\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/com_2013_512_en.pdf)

<sup>7</sup> Опанасюк Н. А. Туристичне право в національній правовій системі / Н. А. Опанасюк : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://tourlib.net/statti\\_ukr/opanasjuk.htm](http://tourlib.net/statti_ukr/opanasjuk.htm)

<sup>8</sup> Правовое обеспечение туризма : учеб. / под общ. ред. Е. Л. Писаревского. – М. : Федеральное агентство по туризму, 2014. – С. 8.

<sup>9</sup> Про туризм : Закон України від 15 вересня 1995 р. № 324/95-ВР // ВВР України. – 1995. – № 31. – Ст. 241. – Из змінами і доповненнями станом на 01.02.2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/>

<sup>10</sup> Сучасний стан законодавчого забезпечення туризму в Україні: проблеми та шляхи вирішення : звернення учасників Всеукраїнських громадських слухань / Туристична Асоціація України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.tourism.gov.ua/publ.aspx?id=322>

<sup>11</sup> Козловський Є. В. Правове регулювання туристичної діяльності : навч. посіб. / Є. В. Козловський. – К. : Центр учбової літ., 2015. – С. 177–178.

<sup>12</sup> Яворський Р. І. Договір про надання туристичних послуг : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Роман Іванович Яворський. – Л., 2015. – С. 37.

<sup>13</sup> Туристична діяльність в Україні у 2014 році. Статистичний бюлетень. – К., 2015. – 76 с.; Туристична діяльність в Україні у 2015 році. Статистичний бюлетень. – К., 2016. – 76 с.

<sup>14</sup> Перелік діючих регіональних цільових та комплексних програм Одеської області (за станом на 1 квітня 2016 р.) / Офіційний веб-портал Одеської обласної ради : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://oblrada.odessa.gov.ua/odeska-oblast/strategichni-ta-programni-dokumenty-oblasti/perelik-diyuchyh-regionalnyh-tsilovyh-ta-kompleksnyh-program-odeskoyi-oblasti/>

<sup>15</sup> Каракаш І. І. Туристичне законодавство України: сучасний стан і перспективи розвитку / І. І. Каракаш // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / ОНЮА. – Одеса, 2008. – Вип. 37. – С. 172–173.

## Резюме

### **Данилова І. О. Правове регулювання туристичної діяльності в Україні.**

Стаття присвячена аналізу системи правового регулювання туристичної галузі в Україні. Запропоновано виокремлювати наступні рівні правової регламентації туристичної діяльності: загальне міжнародно-правове регулювання, регіональне міжнародно-правове регулювання, національне регулювання (на цьому рівні також існує диференціація нормативних приписів). Вказано на багатоаспектність, комплексність правової регламентації цієї сфери, що базується на системі нормативних приписів, які включають норми конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального, господарського, податкового та інших галузей і підгалузей права. Звертається увага на важливість локального (регіонального) рівня правової регламентації туристичної діяльності в Україні. Зазначено, що інтеграція нашої країни у світовий та європейський економічний і правовий простір потребує найскорішої адаптації національного законодавства до відповідних стандартів у сфері туризму та імплементації значної кількості нормативно-правових актів у цій сфері.

**Ключові слова:** правове регулювання, туристична діяльність, туризм, туристична послуга, туристичне законодавство України.

## Резюме

### **Данилова І. А. Правовое регулирование туристической деятельности в Украине.**

Статья посвящена анализу системы правового регулирования туристической отрасли в Украине. Предложено выделять следующие уровни правовой регламентации туристической деятельности: общее международно-правовое регулирование, региональное международно-правовое регулирование, национальное регулирование (на этом уровне также существует дифференциация нормативных предписаний). Указано на многоаспектность, комплексность правовой регламентации этой сферы, основанной на системе нормативных предписаний, которые включают нормы конституционного, административного, гражданского, уголовного, хозяйственного, налогового и других отраслей и подотраслей права. Акцентировано внимание на важности локального (регионального) уровня правовой регламентации туристической деятельности в Украине. Отмечено, что интеграция нашей страны в мировое и европейское экономическое и правовое пространство требует скорейшей адаптации национального законодательства к соответствующим стандартам в сфере туризма и имплементации значительного количества нормативно-правовых актов в этой сфере.

**Ключевые слова:** правовое регулирование, туристическая деятельность, туризм, туристическое законодательство Украины.

## Summary

### **Danilova I. Legal regulation of tourism in Ukraine.**

The article is devoted to the analysis of the legal regulation of the tourism industry in Ukraine. It is proposed to distinguish the following levels of legal regulation of tourism activities: general international legal regulation, regional international legal regulation, national regulation (at this level, there is also a differentiation of regulatory requirements). It points to the multidimensionality, complexity of the legal regulation of this sphere, based on the system of normative prescriptions, which include the norms of the constitutional, administrative, civil, criminal, economic, tax and other branches and sub-sectors of law. Attention is focused on the importance of local (regional) level of legal regulation of tourism in Ukraine. It is noted that the integration of Ukraine into the world and European economic and legal space requires the rapid adaptation of national legislation to the relevant standards in the field of tourism and the implementation of a significant number of regulatory and legal acts in this area.

**Key words:** legal regulation, tourist activity, tourism, tourist legislation of Ukraine.



Н. В. МАЙКА

*Наталія Володимирівна Майка, аспірант Хмельницького університету управління та права*

## ПРОБЛЕМИ ІНСТИТУЦІЙНОЇ НАЛЕЖНОСТІ ПРАВА ВОЛОДІННЯ ТА ПРАВ З ОБМЕЖЕНОЮ РЕЧОВОЮ ПРИРОДОЮ

В умовах стрімкого розвитку речово-правових відносин та постійного пошуку економічно й організаційно найбільш вигідних способів використання чужих об'єктів нерухомості неабияк зростає необхідність удосконалення правового регулювання щодо визначення критеріїв віднесення обмежених речових прав до єдиного інституту речового права.

Проблема пов'язана передусім з тим, що попри сталі погляди щодо розуміння правової природи таких прав у доктрині, у вітчизняному законодавстві, на жаль, відсутній єдині критерії віднесення до категорії речових прав на чуже майно тих чи інших прав на нерухомість. Така різноманітність підходів та відмінності і позиціях впливає на те, що правова природа окремих прав на нерухомість досі залишається невизначеною.

Дослідженням речових прав на чуже нерухоме майно займалися такі вітчизняні вчені, як М. Б. Гончаренко<sup>1</sup>, І. Ф. Севрюкова<sup>2</sup>, В. М. Мартин<sup>3</sup>, О. О. Михайленко<sup>4</sup>, В. І. Нагнибіда<sup>5</sup>, В. В. Цюра<sup>6</sup> та інші.

Загалом у вказаних працях відпрацьовано поняття, систему речових прав на чуже майно, запропоновано низку пропозицій щодо вдосконалення їх змісту та чинного законодавства. Разом із тим, попри досить велику кількість наукових праць, проблем у правозастосовній практиці цій сфері все ж не поменшало. Зокрема, деякі речові права, які формально не віднесені до речових прав на чуже нерухоме майно, фактично є різновидом прав, похідних від права власності. Прикладом таких прав є право господарського відання та право оперативного управління, які обмежують власника в розпорядженні своїм майном та, окрім того, ще й самі можуть бути обмежені іншими правами, такими як оренда, застава тощо, про що неодноразово наголошувалось у цивілістичній літературі.

Враховуючи вищевказане, **метою** даної статті є дослідження деяких прав на чужу нерухомість.

Основний акт цивільного законодавства ЦК України<sup>7</sup> у розділі «Речові права на чуже майно» встановлює, що речовими правами на чуже майно є право володіння, сервітут, суперфіцій та емфітевзис. Далі кодекс містить застереження, що крім таких речових прав на чуже майно, *законом* можуть бути встановлені й інші речові права на чуже майно (ч. 2 ст. 395 ЦК України). Вбачається, що таким законом якраз і можна назвати Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»<sup>8</sup>. А тому як мінімум у частині переліку названі акти повинні були б збігатися. Але, як бачимо, Закон запроваджує нові похідні від права власності права: 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 окремої частини), укладеного на строк не менш як три роки; іпотека; право довірчої власності; право власності на об'єкт незавершеного будівництва; заборона відчуження та арешт нерухомого майна, податкова застава, предметом якої є нерухоме майно, та інші обтяження. Навіть поверховий аналіз показує, що за своєю правовою природою ці права навряд чи є речовими. Крім цього, таким підходом законодавець вводить дихотомію речових прав на чуже нерухоме майно, адже одночасно існують поняття речових прав на чуже нерухоме майно (згідно з термінологією ЦК України) та похідні від права власності речові права (за термінологією Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»).

Також слід зазначити, що з аналізу ЦК України (ст. 182 ЦК України) та чинного законодавства нашої країни відомо, що усі речові права на нерухоме майно підлягають державній реєстрації і Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» конкретизовано. Проте і тут прослідковуються неточності у класифікації речових прав, п. 3 ч. 1 ст. 4 цього закону виділяє й інші речові права, відповідно до закону, що підлягають реєстрації. Які саме – невідомо, адже на практиці державній реєстрації підлягають ті речові права, які чітко передбачені у названому Законі. У разі подання заяви щодо інших речових, які не названі в законі, виникає підстава для відмови у державній реєстрації прав, що встановлено п. 1 ч. 1 ст. 24 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», а саме: заявлене право не підлягає державній реєстрації відповідно до цього Закону. На додаток до усього, законодавець у викладі ст. 182 ЦК України також демонструє непослідовність, оскільки у назві та в ч.ч. 2–4 статті використовується термін «права на нерухомість», а лише в ч. 1 уточнено, які саме це права на нерухомість: право власності та інші речові права.

Вбачається, що вказані суперечні положення потребують уточнення шляхом внесення відповідних змін до ч. 1 ст. 182 ЦК України і ч. 1 ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме

майно та їх обтяжень», щодо формалізації поділу прав на нерухоме майно, що підлягають державній реєстрації із визначенням критерію їх поділу на речові та зобов'язальні права. Також потребує внесення змін і ч. 2 ст. 395 ЦК України стосовно встановлення вичерпного переліку речових прав на чуже майно, про що вже неодноразово зазначалось у юридичній літературі.

Неоднозначні підходи у законодавстві впливають на те, що правова природа окремих прав на нерухомість досі залишається невизначеною. Такими є, наприклад, право застави, право володіння. Крім цього, з'явилися, як влучно зауважує Є. О. Суханов, штучно створені права на чужі речі: «право оперативного управління» та «право повного господарського відання», які є невідомі іншим правопорядкам і які не вписуються в класичні підходи до побудови системи речового права<sup>9</sup>. Право господарського відання є речовим правом суб'єкта підприємництва, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом), з обмеженням правомочності розпорядження щодо окремих видів майна за згодою власника (ч. 1 ст. 136 ГК України)<sup>10</sup>. «Обмеження правомочності» використане як єдина ознака, що відрізняє право господарського відання від права власності. Право господарського відання можна визначити як право юридичних осіб, що провадять господарську діяльність, тобто є суб'єктами господарювання, похідне від права власності, з обмеженням повноваження розпорядження окремими видами майна згодою власника (уповноваженого органу).

Розробники проекту ЦК України прагнули уникнути використання даних понять шляхом визнання права власності на майно, закріплене державою, Автономною Республікою Крим і територіальною громадою, за створеними ними юридичними особами. Але згідно з остаточним варіантом ЦК (ст. 329 ЦК України) юридична особа публічного права набуває право власності лише на те майно, що передане їй у власність. Разом із тим новий ЦК України діє разом із ГК України, у якому серед речових прав згадуються право господарського відання, право оперативного управління тощо (ст. 133 ГК України), а майно державного унітарного підприємства перебуває у державній власності і підлягатиме закріпленню за ним на праві господарського відання чи оперативного управління (ст. 73 ГК України).

Розглядаючи питання віднесення прав повного господарського відання та оперативного управління до прав на чужі речі, слід зазначити, що сучасна цивілістика та нормативна модель правового регулювання прав на чужі речі стоїть на жорсткій позиції невизнання останніх правами на чужу річ. У зв'язку з цим варто згадати влучне висловлювання Я. М. Шевченко, що «право повного господарського відання супроводжує право власності, і воно є ніби перетвореним образом в умовах соціалізму та панівного становища державної власності. Це, по суті, право «квазівласності». ... і надавати йому можливість розвитку не можна»<sup>11</sup>. Такої ж думки дотримується і Є. О. Суханов, підкреслюючи, що право господарського відання та оперативного управління є невідомими іншим правопорядкам і не вписуються у класичні підходи побудови системи речового права<sup>12</sup>.

Правова природа права постійного користування теж є доволі невизначеною, оскільки до прав постійного користування земельними ділянками можна віднести як права з речовою природою, так і права, природа яких є зобов'язально-правовою. Як вказує О. В. Копилов: «Постійне (безстрокове) користування земельними ділянками – це особливе обмежене право, яке не можна віднести до жодного з видів *iura in re*, які відомі римському приватному праву»<sup>13</sup>. Деякі інші вчені вважають право постійного користування аналогом узуфрукту. Так, Є. О. Суханов зазначає, що в правовій теорії деяких європейських країн інститут «права оренди землі» виник як такий, що наділений рисами як право постійного користування, яке може бути припинене за ініціативою власника із закінченням певного строку у разі настання лише деяких причин виключного характеру<sup>14</sup>.

ЦК України не визначає право постійного користування речовим правом на чуже майно, у той час як ст. 92 ЗК України дає визначення цьому праву як праву володіння і користування земельною ділянкою, яка перебуває у державній або комунальній власності, без встановлення строку. На відміну від ЦК України ЦК РФ встановлює право постійного користування земельною ділянкою речовим правом на чуже майно (ст. 216 ГК РФ)<sup>15</sup>.

Вітчизняні вчені Р. І. Марусенко та А. М. Мірошніченко вважають право постійного користування земельною ділянкою специфічним речовим правом. На думку вчених, воно характеризується обмеженим суб'єктно-об'єктним складом: об'єктом права власності можуть бути лише земельні ділянки державної або комунальної власності, а суб'єктами – лише юридичні особи<sup>16</sup>. А. М. Мірошніченко називає право постійного користування земельними ділянками речовим правом виключного, постійного, первинного, оплатного характеру<sup>17</sup>. Аналогічну позицію займає також російська вчена М. В. Череднікова, яка вважає, що право постійного (безстрокового) користування земельною ділянкою – це право користування чужою річчю, зокрема земельною ділянкою, яка перебуває у державній або комунальній власності. Надання земельної ділянки на праві постійного (безстрокового) користування зумовлює виникнення не тільки речового права. Між власником земельної ділянки та землекористувачем виникають особливі відносні правовідносини, які, зокрема, виявляються в обмеженні правомочностей власника за розпорядженням й користування земельною ділянкою<sup>18</sup>. До ознак, які дають змогу визначити природу цього майнового права як речового, вчена відносить такі риси: об'єктом користування є річ – земельна ділянка; надає землекористувачу можливість тривалого, рівномірного, безпосереднього впливу на земельну ділянку для задоволення своїх інтересів і потреб; носить абсолютний характер: землекористувачу як уповноваженій особі протистоять необмежене коло зобов'язаних суб'єктів, до числа яких входить і власник земельної ділянки; землекористувач вправі скористатися передбаченими законом речово-правовими способами захисту – ввідикаційним і негаторним позовами; наявність

так званого «права слідування» (п. 3 ст. 216 ЦК РФ), своєрідність якого стосовно права постійного (безстрокового) користування земельною ділянкою полягає в тому, що воно практично може проявитися тільки при розмежуванні державної і муніципальної власності на землю; неможливість злиття в одній особі власника земельної ділянки та землекористувача (п. 2 ст. 216 ЦК РФ)<sup>19</sup>. Ми погоджуємось із вченою, що названі ознаки дають змогу відмежувати право постійного (безстрокового) користування земельною ділянкою від інших прав на нерухоме майно, зокрема від зобов'язальних, а також встановити природу таких прав. Наведене дає підстави говорити, що право постійного користування є речовим правом на чужу нерухомість, однак варто згадати дослідження А. М. Мірошниченка, який порівнював становище суб'єкта права постійного користування зі становищем суб'єкта, що використовує майно на праві власності або господарського відання (земельні ділянки на сьогодні не використовуються на цьому титулі з огляду на положення ст. 4 ГК України). Вчений дійшов висновку, що право постійного користування передбачає такі обмеження щодо розпорядження майном, які роблять його набагато менш привабливим навіть порівняно з правом господарського відання. Суб'єкт права постійного користування не може продати свою земельну ділянку (навіть за згодою певного органу державної влади чи місцевого самоврядування), не може передати її в оренду, не може отримати кредит під її заставу – загалом, він не може отримати (формально) жодних переваг, які надає власникові або суб'єкту права господарського відання право розпорядження, і тому єдине, що йому залишається – обходити закон за допомогою прихованого відчуження земельних ділянок при відчуженні нерухомого майна, укладати різноманітні «хитрі» договори на зразок договорів про спільну діяльність, інвестиційних договорів тощо, які по суті є нічим іншим, як прихованими договорами про оренду або відчуження земель. Таке становище не можна вважати нормальним.

Ми беззаперечно погоджуємось з вченим, що існування права постійного користування земельними ділянками у сучасних умовах не має жодного виправдання і є шкідливим. Покращення існуючої ситуації – це відмова від права постійного користування земельними ділянками шляхом його трансформації у право власності. Це потребуватиме змін у встановлені законом правила про власність на земельні ділянки: можливість мати земельні ділянки на праві власності має бути визнана за всіма юридичними особами<sup>20</sup>. Такої ж думки дотримуються і окремі російські вчені. Наприклад, В. А. Батурин зазначає, що право постійного користування недостатньо пристосоване до сучасних економічних відносин<sup>21</sup>. Оскільки ми розглянули права на нерухоме майно, які визначено законом похідними, перейдемо до аналізу речових прав, що названі у законодавстві, як речові права на чуже майно.

Як уже підкреслювалось вище, право володіння в ЦК України є недостатньо визначеним. Про право володіння як фактичне панування над річчю згадується у ч. 1 ст. 397 ЦК України, при цьому визначення вказаного поняття дається через визначення особи володільця майна, як особи, яка фактично тримає його у себе. Водночас згідно з ч. 1 ст. 398 ЦК України правомірність фактичного володіння майном пов'язується із наявністю в особи права володіння, яке може виникати на підставі договору з власником або з особою, якій майно було передане власником, а також на інших підставах, встановлених законом. З аналізу норм цивільного законодавства випливає, що наразі відсутні норми про володіння як фактичне панування над річчю, які б враховували можливість його існування окремо від права власності на майно (не похідного від права власності), що варто визнати одним із серйозних його недоліків.

Так, згідно з ч. 2 ст. 331 ЦК України право власності на нерухоме майно виникає з моменту його державної реєстрації. Однак до проведення державної реєстрації особа, яка тримає майно у себе, фактично вже є володільцем новоствореного об'єкта нерухомого майна. Згідно зі ст. 344 ЦК України до юридичного факту володіння нерухомістю можна віднести і набувальну давність, яка є підставою виникнення права власності у особи, яка добросовісно володіла чужим майном протягом встановленого законом терміну.

Слід підкреслити, що вітчизняний правопорядок не до кінця визначив це речове право, яке відоме всім сучасним розвинутим правовим системам. Історично «володіння» як факт, відмінне від «права володіння», визнавали в римському праві. І. Б. Новицький вказує, що володіння у розумінні фактичного панування над річчю є саме тим відношенням, на підґрунті якого історично формувався інститут права власності. водночас він зазначав, що в більш розвинутому римському праві «володіння» і «право власності» – різні категорії, які могли як збігатися в одній й тій же особі, так і належати різним особам. І. В. Спасибо-Фатеева розглядає право володіння як право фактичного, фізичного та господарського панування особи над річчю, що полягає у можливості особи безпосередньо тримати належну їй річ у себе. О. С. Яворська визначає право володіння як вільну незалежну від інших осіб можливість доступу до фактичного впливу, так і фактичний вплив на майно.

З аналізу норм випливає, що право володіння майном може мати місце раніше за виникнення у особи права власності, а в деяких випадках виникнення права власності може ставитись у залежність саме від фактичного володіння майном, саме у формі набувальної давності як підстава виникнення права власності.

Проблему віднесення права володіння до речових прав на чуже нерухоме майно ускладнює те, що хоча дане право і підлягає обов'язковій державній реєстрації, на практиці відомі одиничні випадки його проведення. Справа в тому, що право володіння як підстава набуття права власності за набувальною давністю позитивно використовується у судовій практиці.

Згідно зі ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» підставою для державної реєстрації прав у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно є рішення суду, що набрало законної сили. Таким рішенням суду може бути як рішення про набуття права власності за набувальною давністю, ухвалене за результатами розгляду справи в позовному провадженні, так



і рішення суду про встановлення факту набуття права власності за набувальною давністю, ухвалене за результатами розгляду справи в окремому провадженні, за наявності необхідних підстав для такого набуття – добросовісного, відкритого і безперервного володіння майном упродовж певного строку, про які має бути зазначено в мотивувальній частині.

Наприклад, рішенням Теребовлянського районного суду Тернопільської області (справа № 606/2169/13-ц від 23 вересня 2013 р.) було встановлено факт добросовісного, відкритого та безперервного володіння протягом 10 років частиною нерухомого майна, що є підставою реєстрації права власності. В іншій справі Дніпропетровський районний суд Дніпропетровської області (справа № 175/1154/15-ц від 3 жовтня 2004 р.) встановлено факт добросовісного заволодіння чужим майном і продовження відкритого, безперервного володіння нерухомим майном. Окрім того, суд визначив, що відсутність правовстановлюючого документа ще не вказує на недобросовісність володільця. Для визнання володільця добросовісним є достатнім, щоб він не набув майно злочинним шляхом чи способом, який завідомо суперечить основам правопорядку та моралі. Ще однією важливою обставиною є відкритість володіння, тобто очевидне для третіх осіб, які повинні мати можливість це бачити, не перешкоджати доступу до нього інших осіб, які мають право отримувати про це майно інформацію. Така обставина дуже тісно пов'язана із добросовісністю. Однак це не означає, що володільць обов'язково повинен спеціально інформувати інших осіб про своє володіння майном. Володіти майном набувач повинен без якогось приховування цього факту, оскільки виникне підозра та сумнів у добросовісності, а отже, – і у відкритості володіння. Володільць не просто уповноважений, але зобов'язаний ставитися до об'єкта володіння як власник, якщо він бажає зберегти незаперечний статус володільця за давністю, що дозволяє йому після спливу встановленого законом строку набувальної давності фактично перетворитися на власника. Безперервність володіння, яке відповідає всім зазначеним у законі умовам, повинне бути упродовж визначених законом строків, і цей строк диференціюється залежно від об'єкта. Право фактичного володільця на захист свого володіння дало підставу законодавцю назвати цей інститут «Право на володіння чужим майном». Це умовна назва, оскільки якщо володільць має право на чуже майно, то він має і право на його захист. У даному разі йдеться про фактичне володіння (без правового титулу) і про право володільця на захист такого володіння. Термін «володіння» найчастіше вживається як одна із правомочностей права власності і як окремий цивільно-правовий інститут у значенні фактичного володіння чужою річчю (майном), яке наділено правом на захист. Фактичним володільцем є той, хто фактично володіє річчю (майном) і вважає цю річ (майно) своєю. Фактичне володіння може виникнути в тієї чи іншої особи на підставі різних фактичних обставин.

Так, рішенням Рівненського районного суду Рівненської області (справа № 570/4999/14-ц) за позовом ОСОБИ\_1 до Шпанівської сільської ради Рівненського району про визнання права власності за набувальною давністю було встановлено, що добросовісне заволодіння має бути саме чужим майном.

З вищенаведених прикладів рішень суду, які в судовій практиці далеко не поодинокі, випливає, що наша правова система хоча і визначила право володіння як речове право на чуже нерухоме майно, проте на практиці воно не має свого застосування. У зв'язку із цим видається необхідним відмежувати право володіння від речових прав на чуже нерухоме майно. Вважаємо прийнятним право володіння у ЦК України виокремити в окремій главі, що має розпочинати розділ про власність та інші речові права і не обмежуватись тільки як право на чуже майно, тим паче, що на практиці це не виправдовується.

На підставі проведеного дослідження ми дійшли висновку, що не всі речові права, названі у законодавстві, є такими за природою. Деякі права на нерухомість, що підлягають державній реєстрації, взагалі не відповідають нинішньому розвитку ринкових відносин та не були відомі римському приватному праву. Такими правами є право постійного користування, право господарського відання та право оперативного управління, що визначені законодавством похідними та речовими правами.

Ці суперечні положення потребують уточнення шляхом внесення відповідних змін до ч. 1 ст. 182 ЦК України і ч. 1 ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», щодо формалізації поділу прав на нерухоме майно, що підлягають державній реєстрації із визначенням критерію їх поділу на речові та зобов'язальні права. До похідних речових прав (речових прав на чужу нерухомість) пропонуємо віднести: право володіння; 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. До зобов'язальних прав: право оренди земельної ділянки; право користування (найму, оренди) будівлею або іншими капітальними спорудами, їх окремими частинами; іпотека; довірче управління майном.

<sup>1</sup> Гончаренко М. Б. Речові права на нерухомість [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / М. Б. Гончаренко; Університет внутрішніх справ. – Х., 1999. – 19 с.

<sup>2</sup> Севрюкова И. Ф. Виды ограниченных вещных прав и владение в системе украинского гражданского права [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / И. Ф. Севрюкова; Институт государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины. – К., 1998. – 204 с.

<sup>3</sup> Мартин В. М. Право користування чужим майном [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / В. М. Мартин; М-во освіти і науки; Львівський національний університет імені Івана Франка. – Ль., 2006. – 18 с.

<sup>4</sup> Михайленко О. О. Речово-правові обмеження права приватної власності за стародавнім римським та сучасним цивільним правом України [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / О. О. Михайленко; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2003. – 20 с.



<sup>5</sup> *Нагнибіда В. І.* Речові права на чуже майно: порівняльно-правовий аспект [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / В. І. Нагнибіда ; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2010. – 20 с.

<sup>6</sup> *Цюра В. В.* Речові права на чуже майно [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / В. В. Цюра; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2007. – 20 с.

<sup>7</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461

<sup>8</sup> Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 1 липня 2004 р. № 1952-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553.

<sup>9</sup> *Суханов Е. А.* Понятие и виды ограниченных вещных прав / Е. А. Суханов // Вестник Московского университета. – 2002. – № 4. – С. 3–36. – (Серия 11 «Право»).

<sup>10</sup> Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462.

<sup>11</sup> *Шевченко Я. М.* Право собственности в Украине / Я. М. Шевченко. – К. : Блицинформ, 1996. – 320 с.

<sup>12</sup> *Суханов Е. А.* Вказана праця. – С. 3–36.

<sup>13</sup> *Копылов А. В.* Вещные права на землю в римском, русском дореволюционном и современном российском гражданском праве. – М.: Статут, 2000. – С. 119.

<sup>14</sup> *Суханов Е. А., Кофанов Л. Л.* Влияние римского права на новый Гражданский кодекс Российской Федерации // Древнее право. – 1999. – № 1 (4). – М.: Спартак, 1999. – С. 12.

<sup>15</sup> Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник / Отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. – 4-е изд., перераб. и доп. В 2-х т. – Т. 1 – М.: Международные отношения, 2004. – 560 с. – С. 321.

<sup>16</sup> Науково-практичний коментар Земельного кодексу України / за ред. А. М. Мірошніченко, Р. І. Марусенко. – К.: Правова Єдність, 2009. – 496 с.

<sup>17</sup> *Мірошніченко А. М.* Земельне право України: Підручник. – 2-ге вид., допов. і перероб. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 678 с. – С. 127–129.

<sup>18</sup> *Чередникова М. В.* Право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком в системе вещных прав : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / М. В. Чередникова. – Екатеринбург, 2005. – 29 с.

<sup>19</sup> Там само.

<sup>20</sup> *Мірошніченко А. М.* Вказана праця. – С. 127–129.

<sup>21</sup> *Батулин В. А.* Система ограниченных вещных прав в современном гражданском праве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / В. А. Батулин: 12.00.03. – Краснодар, 2009. – 23 с.

### Резюме

**Майка Н. В.** Проблеми інституційної належності права володіння та прав з обмеженою речовою природою.

У статті вивчаються питання правового регулювання речових прав на чужу нерухомість. Автором надається деяка характеристика цих прав. Зроблено пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства України.

**Ключові слова:** речові права на чуже нерухоме майно, право господарського відання, право оперативного управління, право постійного користування, право володіння.

### Резюме

**Майка Н. В.** Проблемы институциональной принадлежности права владения и прав с ограниченной вещественной природе.

В статье изучаются вопросы правового регулирования прав на чужую недвижимость. Автором предоставляется некоторая характеристика этих прав. Сделаны предложения по совершенствованию действующего законодательства Украины.

**Ключевые слова:** вещные права на чужое недвижимое имущество, право хозяйственного ведения, право оперативного управления, право постоянного пользования, право владения.

### Summary

**Mayka N.** Problems of institutional appurtenance the possession and rights of the limited use another person's real property.

The article examines the legal regulation of real rights to someone else's property. The author provided some description of these rights. Make suggestions for improving the current legislation of Ukraine.

**Key words:** rights of the limited use another person's real property, right of economic management, right of operational management, right of permanent use, possession.

**М. С. МУЛЯР**

*Мирослава Сергіївна Муляр, здобувач Київського  
університету права НАН України*

## **СТАН ВІТЧИЗНЯНИХ ЦИВІЛІСТИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ПРАВОВІДНОСИН СПОЖИВЧОГО КРЕДИТУВАННЯ**

Будь-яке наукове дослідження є логічним продовженням раніше здійснених розвідок, які є тими «трьома китами», на яких тримається певна теоретична концепція. Керуючись цим засновком, ми розпочнемо дослідження генезису теоретичних поглядів на правові аспекти споживчих кредитів у вітчизняній цивілістичній думці. Насамперед зазначимо, що українська наука цивільного права не володіє значною кількістю спеціальних досліджень правової форми споживчого кредитування, що пояснюється, на нашу думку, відносною новизною цієї проблематики, яка загострилася лише останнім часом внаслідок істотного збільшення спірності (насамперед у межах судових проваджень) правовідносин, що опосередковують усі аспекти споживчого кредитування.

Крім того, закономірність стану розвитку наукової думки про цивільно-правові аспекти споживчого кредитування полягає і в тому, що до певного часу воно не виділялося із класичних тенет кредиту, а відтак, як правило, фрагментарно розглядалося в контексті кредитних правовідносин. Лише динамічний розвиток сегменту ринку фінансових послуг, що охоплює споживче кредитування, спричинив не лише реакцію з боку законодавця (насамперед йдеться про закріплення у Законі України «Про захист прав споживачів» положень, що покликані були охопити специфічні риси споживчого кредитування), а й підвищення заінтересованості з боку науковців до правової форми цих відносин.

**Метою** цього дослідження є узагальнення досягнень вітчизняної цивілістики в контексті правовідносин у сфері споживчого кредитування та виокремлення недосліджених або малодосліджених аспектів окресленої проблематики.

Стан наукових досліджень у запропонованому нами напрямі характеризується відсутністю подібного роду досліджень, а здійснені окремими дослідниками, такими як С. М. Лепех, Л. М. Іваненко, О. Ю. Поліщук, В. О. Майоров, Л. П. Оплачко, В. Я. Погребняк, В. Я. Денисенко, Б. М. Янишен, В. П. Пономаренко, О. О. Яנוвицька, Г. Б. Зеленова, спроби певних узагальнень, є занадто поверховими та вузько спрямованими.

Насамперед слід зазначити, що питання позиково-кредитних правовідносин ставало предметом дослідження як в дореволюційний період розвитку вітчизняної цивілістики<sup>1</sup>, та і за часів Радянського Союзу<sup>2</sup> та на сучасному етапі розвитку української науки цивільного права<sup>3</sup>. Проте в силу відсутності розвинених у сучасному розумінні відносин споживчого кредитування не сформувалися більш-менш сталі наукові позиції, а викладений у них матеріал має наукове значення лише в контексті відповідних загальних теоретичних цивільно-правових засад регулювання позиково-кредитних правовідносин (поняття кредиту, правова природа зобов'язання кредитора надати кредит, правові наслідки порушення умов виконання зобов'язань позичальниками тощо).

Доступний для нас науково-теоретичний матеріал пропонуємо поділити на той, що зафіксований у монографічних дослідженнях (переважно дисертаційних роботах) та статтях у фахових журналах і збірниках.

У якості принципу викладення матеріалу вважаємо за доцільне запропонувати ретроспективний спосіб викладення розвитку цивілістичних досліджень правових аспектів споживчого кредитування.

Розпочнемо з огляду монографічної спадщини вітчизняної цивілістики, що репрезентована на цей час окремими дисертаційними дослідженнями, автори яких торкаються окремих аспектів проблематики правової складової споживчих кредитів.

Ще на початку 2000 р. у своїх дослідженнях Л. Г. Рябко здійснила спробу з'ясувати особливості кредитування громадян. Науковець наголошує на економічно-правовій специфіці споживчого кредитування, яка спрямована не на виробництво, а на кінцевого споживача<sup>4</sup>. Далі автор здійснила класифікацію споживчих кредитів, проте не пояснила, у чому полягало насамперед цивільно-правове значення виділення тої чи іншої класифікаційної групи<sup>5</sup>. Відтак, за межами дослідження залишився величезний масив не лише практичних, а й теоретичних аспектів правового регулювання відносин за договорами про споживчі кредити. Хоча, слід підкреслити, що мети здійснити тією чи іншою мірою дослідження цивілістичної складової правового регулювання споживчого кредитування автор не ставила.

Проблематики цивільно-правової складової споживчого кредитування в своєму дисертаційному дослідженні торкнувся В. О. Майоров та зробив декілька висновків<sup>6</sup>. Насамперед автор стверджує, що «... така ознака споживчого кредиту як цільове використання, не відображає сутності такого кредитування, оскільки під споживчим кредитуванням в економічному сенсі більшість вітчизняних економістів розуміють витрати домашніх господарств на придбання споживчих товарів і послуг для особистих потреб. Та й розмір спожив-

чого кредиту не дозволить у більшості випадків чітко ідентифікувати цільове використання»<sup>7</sup>, а також, «якщо позичальник реалізує право, передбачене ч. 6 ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів», щодо відкликання згоди на укладення договору про надання споживчого кредиту, то, по-перше, таке відкликання згоди за своєю природою є односторонньою відмовою від договору; по-друге, так відмова певним чином дестабілізує правовідносини між банком та позичальником; по-третє, позичальнику надано, на його вибір, право повернення банку отриманих коштів або товару, відповідно отримання банком товару замість коштів, нав'язує банку інші невластиві йому функції. З огляду на викладене, пропонується у ч. 6 ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів» виключити положення про повернення товару банку, та викласти її в такій редакції: «6. З відкликанням згоди на укладення договору про надання споживчого кредиту споживач повинен одночасно повернути кредитодавцю кошти, одержані згідно з договором»<sup>8</sup>. Зазначені висновки є дещо спірними та будуть нами окремо досліджені під час розробки відповідних компонентів концепції цивільно-правового регулювання відносин у сфері споживчого кредитування.

Звертає на себе увагу дисертаційне дослідження Л. П. Оплачко, яка на підставі сучасного економічного та правового матеріалу, особливо судової практики, здійснюючи класифікацію відносин за кредитними договорами уникає виділення в якості їх виду споживче кредитування<sup>9</sup> і лише побіжно згадує про споживчу властивість кредитів та її відбиття у правовій формі, зокрема, у контексті можливості «глибини» саморегулювання відносин між учасниками відносин з приводу кредиту<sup>10</sup>. Хоча в цілому значна кількість зроблених автором висновків, насамперед щодо врегулювання переддоговірних відносин учасників цивільних відносин, які передують укладення кредитного договору, відмови позичальника від отримання кредиту тощо, заслуговують на увагу та потребують подальшого розвитку з урахуванням сучасних реалій.

Достатньо цікаве дослідження кредитних правовідносин в аспекті іпотечного кредитування здійснено Н. М. Квіт<sup>11</sup>, яка у своїй дисертаційній роботі комплексно дослідила значний спектр практичних і теоретичних аспектів цивільно-правового регулювання відносин щодо іпотечного кредитування, але при наявності загальноновизнаного розуміння того, що іпотечне кредитування за своїм змістом охоплюється споживчим кредитуванням, а відтак і стосується договорів про споживчі кредити, залишила без уваги останні. Разом із тим ми, розуміючи ці обставини, все ж вважаємо, що окремі висновки автора будуть цінними для нас при дослідженні тих чи інших аспектів цивільно-правової форми відносин у сфері споживчого кредитування, що стосуються насамперед їх договірної складової.

Фактично цим і вичерпуються монографічні дослідження, що мають своїм предметом певний ступінь дослідження цивільно-правових складових відносин у сфері споживчого кредитування. Ці дослідження, у силу масштабу свого предмета, вмістили у себе лише незначну частку правової проблематики споживчого кредитування та свідчать про відсутність стійкого правового теоретичного каркасу відносин, що виникають та припиняються стосовно споживчих кредитів, а відтак, про відсутність наукової основи для законодавчого та правозастосовного компонентів правового середовища розвитку таких відносин.

Не можемо обійти своєю увагою й дисертаційну працю В. Я. Погребняка<sup>12</sup>, у якій він здійснив спробу дослідити цивільно-правове регулювання відносин споживчого кредитування. Насамперед у якості наукової новизни автор пропонує розуміти правову природу споживчого кредитування як «договірних відносин, що виникають між позичальником (фізичною особою) та кредитодавцем (особою, яка має право здійснювати діяльність у сфері споживчого кредитування), з приводу надання позичальнику коштів на умовах строковості, платності та повернення для задоволення його особистих, сімейних, побутових потреб, не пов'язаних із здійсненням підприємницької діяльності»<sup>13</sup>. На нашу думку, такий висновок є досить спірним, оскільки суперечить справжньому змісту відносин у сфері споживчого кредитування, які не лише охоплюють взаємостосунки між кредитодавцем та позичальником-споживачем, а й включають до свого кола відносини, що виникають між вищезазначеними суб'єктами та кредитними посередниками, бюро кредитних історій, особами, які укладають із позичальниками різноманітні договори щодо товарів, робіт та послуг. Так само договірний елемент цих відносин є лише одним із компонентів споживчого кредитування, оскільки останнє охоплює собою переддоговірні відносини (реклама та розкриття умов кредитування).

У дисертаційній роботі запропоновані й інші пропозиції, з якими можна погодитися та які є дискусійними.

*Палітра вітчизняних цивілістичних досліджень представлена переважно статтями з наукових журналів та збірників праць таких авторів, огляду яких ми присвятимо наступну частину цього дослідження*<sup>14</sup>.

Наскільки відомо нам, однією із найперших спроб здійснити дослідження окремих аспектів проблематики договорів споживчого кредиту є стаття Б. М. Денисенка<sup>15</sup>, в якій він зосередив свою увагу на питанні особливостей змін в односторонньому порядку умов договору про надання споживчого кредиту в контексті прийняття змін до ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів», зокрема спробував дослідити здійснення права споживача на відкликання згоди на укладення договору споживчого кредиту. На думку дослідника, його реалізація на тлі інших положень актів цивільного законодавства України є проблематичною, оскільки «не зрозуміло логіки законодавця, який увів у цивільний обіг новий термін «відмова від згоди на укладення договору», а також звернув увагу на дискусійність положення про те, що «споживач має право достроково повернути споживчий кредит». Крім того, у цій статті автор розглянув проблему несправедливих умов стосовно договору про надання споживчого кредиту та дійшов висновку про необхідність «більш детально конкретизувати саме які умови договору про надання споживчого кредиту можуть бути визнані несправедливими або визначити критерії їх оцінки». У цілому здійснене дослідження не може претендувати

на теоретичність, оскільки зосереджене переважно на проблематиці застосування певних положень актів цивільного законодавства України щодо окремих аспектів укладення, виконання та припинення чинності договорів про надання споживчих кредитів. При цьому все ж слід віддати належне тому, що окремі висновки, зроблені автором 2006 р., підтвердилися в майбутньому. Насамперед це стосується проблеми реалізації права на відмову від згоди на укладення договору про надання споживчого кредиту, стосовно якої існує значна та неоднomanітна судова практика.

Наступним у часі дослідженням науково-теоретичного спрямування, що стосується проблематики цивільно-правової форми відносин з приводу споживчого кредиту, є стаття О. Ю. Поліщук<sup>16</sup>, яка присвятила її правам споживача при придбанні ним продукції у кредит на тлі актів законодавства України та міжнародно-правових актів (насамперед Директиви 87/102/ЄС від 22 грудня 1986 р.<sup>17</sup>). При цьому, здійснивши порівняльний аналіз між нормами Закону України «Про захист прав споживачів» та Директиви 87/102/ЄС від 22 грудня 1986 р., зробивши висновок про їх схожість, автор все ж не запропонувала якихось науково-теоретичних узагальнень та пропозицій.

У період з 2007 по 2009 рр.<sup>18</sup> спостерігається певна прогалина, яка характеризується відсутністю теоретичних досліджень правового аспекту споживчого кредитування, закономірність виникнення якої ми, на жаль, достеменно пояснити не можемо, хоча маємо власну гіпотезу.

Завершення цієї прогалини знаменує дослідження С. Лепех<sup>19</sup>, яке за своїм змістом є спробою науково-практичного коментування окремих положень чинного на той час законодавства України в контексті відносин споживчого кредитування, в основному в напрямі визначення загальної суми витрат позичальника. Крім того, у цьому дослідженні порушується питання про застосування норм СК України щодо надання згоди іншого із подружжя на укладення договору про надання споживчого кредиту. Торкнулася автор і питання щодо права позичальника на дострокове повернення споживчого кредиту. Зроблено висновок про те, що у разі здійснення цього права банк не має право встановлювати будь-які санкції.

Наступна спроба дослідити нашу проблематику здійснена в праці Л. І. Іванової<sup>20</sup>, яка присвятила своє дослідження правовому регулюванню споживчого кредитування. Так, окресливши соціально-економічні передумови споживчого кредитування та здійснивши оглядовий екскурс в окремі аспекти нормативно-правового регулювання відносин у сфері споживчого кредитування, автор присвятила половину свого дослідження проблемі правомірності надання споживчих кредитів у іноземній валюті<sup>21</sup>, дійшовши висновку про те, що «укладення договору споживчого кредиту в іноземній валюті є порушенням чинного законодавства взагалі і порушенням прав споживачів зокрема», оскільки це є «порушенням одного із принципів цивільно-правових відносин, які закріплені у ст. 3 ЦК України – принципу справедливості»<sup>22</sup>. Завершила вона своє дослідження висновком про те, що «надання споживчого кредиту в доларах США будь-яким банком є способом зловживання правом, коли всі ризики знецінення національної валюти України банк як суб'єкт підприємницької (господарської) діяльності шляхом порушення вимог закону перекладає на фізичну особу – позичальника за кредитним договором та споживача кредитних послуг, що є грубим порушенням частини 3 статті 13 Цивільного кодексу України»<sup>23</sup>.

Зазначена стаття не містить якихось положень, що відображають певні закономірності розвитку правової форми споживчого кредитування, та є, по суті, науково-практичним коментарем окремих положень чинного законодавства України. Разом з тим, акцентування уваги на проблемі правомірності надання споживчих кредитів в іноземній валюті небезпідставне.

Науковий інтерес викликаний суспільно-економічними подіями, спровокованими фінансовою кризою 2008 р., окремими наслідками якої стали девальвація національної валюти, неплатежі позичальників споживчих кредитів та істотне збільшення судових справ, предметом яких були питання правомірності укладення та виконання договорів про надання споживчих кредитів в іноземній валюті.

Тобто, раніше нецікава тематика перейшла в статус «модної» проблематики на тлі конфліктних ситуацій між позичальниками та кредиторами.

Справжній бум спроб науково-теоретичного переосмислення цивільно-правових засад споживчого кредитування розпочався в 2013 р., коли вийшли в світ декілька статейних досліджень проблематики.

Проблемі особливостей правового статусу споживача відвів місце у своїх дослідженнях В. П. Янишен<sup>24</sup>. Так, у своїй праці автор зупинився на окремих аспектах цивільно-правового регулювання відносин споживчого кредитування, звернувши увагу на те, що «особливістю фінансово-кредитних відносин за участю споживача необхідно вважати виникнення у кредитодавця ще за неукладеним договором споживчого кредиту обов'язків, прямо встановлених законом»<sup>25</sup>. Цей висновок за своїм характером є постановкою проблеми у занадто широкому вигляді, але автор чомусь не занурюється в сутність цих обов'язків, не акцентує уваги на їх правовій природі та, на нашу думку, викладає позицію методологічно некоректно, оскільки відносини інформаційного характеру на переддоговірній стадії вочевидь є відносними, позаяк мають чітко визначених суб'єктів, а відтак цей аспект має розглядатися через право споживача вимагати від кредитора надання певної інформації. Далі автор акцентує увагу на проблемі відсутності «імперативного обмеження розміру відповідальності (споживача-позичальника)<sup>26</sup>, яка полягає в тому, що відповідальність підприємця в кредитних правовідносинах є частково обмеженою в силу Закону України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань», тоді як відповідальність споживача-позичальника може бути обмежена виключно за доброю волею суду.

Слід назвати дослідження В. П. Янишена, який у продовження розпочатого в 2013 р. вивчення особливостей правового статусу фізичних осіб-споживачів фінансово-кредитних послуг концентрує свою увагу на



проблематиці несправедливих умов договорів про надання споживчого кредиту<sup>27</sup>. Дослідивши чинне законодавство України у сфері споживчого кредитування в контексті правового регулювання несправедливих умов зазначених договорів, автор дійшов висновку про те, що «положення про несправедливі умови, передбачені ч. 5 ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів» дозволяють споживачу кредитних послуг забезпечити, при дотриманні формальної рівності сторін за кредитним договором, також і фактичні рівність. У разі порушення цієї вимоги, споживачу надаються додаткові засоби захисту своїх прав шляхом визнання несправедливих умов недійсними або їх зміни у судовому порядку, що, безумовно, посилює правову захищеність споживача. Цьому також сприяють положення закону про нікчемні умови кредитного договору, недійсність яких встановлена законом без необхідності звернення до суду»<sup>28</sup>.

Правовій природі та змісту споживчого кредиту свою працю присвятила О. О. Пономаренко<sup>29</sup>, здобутком якої є запропоноване автором визначення споживчого кредиту як правової категорії саме як коштів «(гроші у національній або іноземній валюті чи їх еквівалент), що надаються кредитодавцем (банком або іншою фінансовою установою) споживачеві (фізичній особі, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника) на придбання продукції (будь-якого виробу (товару), роботи чи послуги, що виготовляються, виконуються чи надаються для задоволення суспільних потреб)»<sup>30</sup>. Позитивною рисою цього дослідження можна відзначити намагання автора дослідити соціально-економічну сутність відносин споживчого кредиту. Проте, на жаль, автор так і не перевів відповідні аспекти економічної природи споживчого кредиту в цивільно-правову площину, що, на нашу думку, дало б змогу зрозуміти певні закономірності розвитку правової форми відносин споживчого кредитування.

Оглядовий характер має дослідження, проведене Г. Б. Яновицькою<sup>31</sup>, яка поставила досить цікаву мету – «визначення основних правових засад і методів механізму реалізації прав споживачів при укладення та виконанні кредитно-фінансових договорів»<sup>32</sup> та присвятила цьому дослідженню матеріал, що стосується укладення та виконання договорів споживчого кредиту, але не розкрила механізм здійснення прав споживачів, його переваги та недоліки, а лише обмежилася висновком про те, що «опрацьовані джерела свідчать про правову незахищеність споживача, як найслабкішої ланки у сфері споживчих послуг»<sup>33</sup>.

У 2015 р. наукова спільнота не залишила поза увагою своїх наукових інтересів проблематику правовідносин у сфері споживчого кредитування. Зокрема, предметом дослідження М. О. Зеленової<sup>34</sup> було заявлено окремі аспекти захисту прав споживачів у сфері споживчого кредитування. При цьому, як і в більшості згаданих вище досліджень, автор здійснила коментування актів чинного законодавства України в сфері споживчого кредитування та дійшла висновку про те, що «вирішення питання про захист прав споживачів у сфері кредитування має лежати не тільки в правовій, але й у соціальній площині. Усунення протиріч між споживачами кредитних послуг та фінансовими установами має буди здійснено за рахунок досягнення правового компромісу. При цьому особливий правовий статус споживачів фінансових послуг має бути реально підтверджений за рахунок значних поступок з боку держави та банків під час вирішення конфлікту інтересів у сфері споживчого кредитування»<sup>35</sup>. Проте автор так і не запропонувала навіть контури того «правового компромісу», який допоміг би усунути протиріччя між споживачами кредитних послуг та фінансовими установами, що свідчить про поверховий характер проведеного дослідження.

Правові аспекти припинення зобов'язань за договором споживчого кредиту на вимогу однієї зі сторін стали предметом дослідження С. М. Лепех<sup>36</sup>, яка особливу увагу приділила проблемі впливу зміни валютного курсу на правовідносини між кредиторами та позичальниками-споживачами, обґрунтовуючи при цьому хибність судової практики, що не визнає за цим фактом підстави виникнення у позичальника права вимагати зміни або розірвання договору споживчого кредиту на основі норм ст. 652 ЦК України. У подальшому автор досить ретельно досліджує умови здійснення права позичальника на відкликання згоди на укладення договору споживчого кредиту та робить висновок про некоректність використання у законодавстві України зазначеного терміна, оскільки за ним по суті стоїть право на односторонню відмову від виконання договору. Досить глибоко досліджено проблему здійснення кредитором права вимагати у позичальника дострокового виконання заборгованості за кредитним договором та охарактеризовано це право як односторонній правочин, що містить реституційну відмову<sup>37</sup>. Незважаючи на достатньо високий рівень наукової розвідки, все ж відчувається певна фрагментарність дослідження, а відтак, неповнота висновків, що потребують переосмислення та додаткового аргументування.

Узагальнюючи викладений матеріал, можемо зробити декілька висновків, що характеризують закономірності розвитку вітчизняної наукової думки щодо проблематики цивільно-правової форми відносин у сфері споживчого кредитування.

1. Заінтересованість наукової спільноти в дослідженні проблематики цивільно-правових аспектів споживчого кредитування з кожним роком зростає, що пов'язано насамперед із розвитком споживчого кредитування та пов'язаних із ним збільшенням конфліктних ситуацій між споживачами-позичальниками та кредиторами.

2. У вивчених нами роботах відсутні спроби порівняльно-правового аналізу не лише законодавства зарубіжних країн у цій сфері суспільних відносин, а й теоретичних доробок науковців країн зі схожою до української правовою системою (наприклад, Німеччина, Австрія, Чехія, Італія, Іспанія) та які (країни) пережили свого часу бум споживчого кредитування, що значно збіднює вітчизняні наукові дослідження.

3. В абсолютній більшості випадків автори досліджень концентрують свою увагу переважно на коментуванні та тлумаченні відповідних положень актів законодавства України, залишаючи при цьому взагалі без

уваги не лише практику укладення та виконання договорів про надання споживчих кредитів, а й судову практику, яка не лише оголює певні законодавчі вади, а й часто ставить неочікувані запитання перед теорією та законодавцем.

4. Концентрування уваги на законодавчих приписах, як свідчать проаналізовані нами дослідження, навряд чи збагачує теоретичну основу цивільно-правової складової відносин у сфері споживчого кредитування, оскільки не враховує сутнісних характеристик цих відносин, що закономірно впливає і на їх правову форму. Це вимагає від нас у подальшому вибудувати вектор цього дослідження таким чином, щоб кожен аспект цивільно-правової форми таких відносин розглядався під кутом зору новітніх підходів у методології цивілістичних досліджень, зокрема, використання здобутків економічного аналізу права, реляційної теорії договорів, біхевіорального аналізу права тощо.

5. Враховуючи вищенаведене, вважаємо за необхідне в подальшому сконцентрувати свої зусилля у вивченні не лише положень чинного законодавства України в сфері споживчого кредитування, а й приділити увагу узагальненню практики вітчизняних судів при розгляді спірних аспектів відносин між споживачами-позичальниками та кредиторами. Крім того, важливо розширити науковий пошук і працями зарубіжних авторів, особливо з тих країн, які мають схожий до вітчизняного правопорядок. При цьому потрібно чітко структурувати проблематику цивільно-правової складової регулювання відносин у сфері споживчого кредитування від окреслення сфери цього явища, через з'ясування закономірностей розвитку цих відносин, що втілюються у їх правову форму на етапах виникнення, виконання та визначення правових наслідків порушення зобов'язань між споживачами-позичальниками та кредитодавцями з метою формулювання не лише теоретичних узагальнень, а й пропозицій щодо удосконалення положень актів законодавства України та практики його застосування.

<sup>1</sup> Див. наприклад: *Сабинин С. Е.* О договоре займа по римскому праву. Историко-юридическое исследование / С. Е. Сабинин. – М.: Т-во Скоропеч. А. А. Левенсон, 1905. – 266 с.; *Удинцев В.* История займа / В. Удинцев. – К.: Тип. И. И. Чоколова, 1908. – 270 с.; *Змирлов К.* Договор займа по нашим законам: Май / К. Змирлов // Журнал гражданского и уголовного права: Май. Издание С.-Петербургского Юридического Общества. – С.-Пб.: Тип. Правительствующего Сената, 1882, Кн. 5. – С. 79–132; *Гаттенбергер К.* Влияние русского законодательства на производительность торгового банкового кредита / К. Гаттенбергер. – Х.: Унив. тип., 1870. – 159 с.; *Голубцов А.* К вопросу о значении долгосрочного кредита в области крестьянского хозяйства / А. Голубцов // Юридический вестник: январь. Издание Московского Юридического Общества. – М.: Тип. А. И. Мамонтова и Ко, 1880, № 1. – С. 99–135; *Каминка А.* Банки эмиссионные и краткосрочного кредита / А. Каминка // Памяти профессора Габриеля Феликсовича Шершеневича: сб. статей по гражданскому и торговому праву. – М.: Бр. Башмаковы, 1915. – С. 231–255.

<sup>2</sup> Див. наприклад: *Саутенков В.* Потребительские кредиты для населения / В. Саутенков // Хозяйство и право. – М., 1989. – № 4. – С. 130–137; *Сиддигов Н.* Правовые условия предоставления банковского краткосрочного кредита колхозам / Н. Сиддигов // Вопросы совершенствования законодательства Узбекской ССР. – Ташкент: Фан, 1970. – С. 90–96; *Флейшиц Е. А.* Расчетные и кредитные правоотношения / Е. А. Флейшиц. – М.: Госюриздат, 1956. – 278 с.; *Гуревич И. С.* Правовые проблемы расчетных и кредитных отношений: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / И. С. Гуревич. – Л., 1972. – 38 с.; *Малеин Н. С.* Кредитно-расчетные правоотношения и финансовый контроль / Н. С. Малеин; отв. ред.: Певзнер А. Г. – М.: Наука, 1964. – 152 с.; *Куник Я. А.* Кредитные и расчетные отношения в торговле / Я. А. Куник. – М.: Экономика, 1976. – 207 с.; *Шенгелия Р. В.* Гражданская правосубъектность Советского государства в кредитных отношениях / Р. В. Шенгелия. – Тбилиси: Изд-во Тбилисского ун-та, 1984. – 256 с.; *Поленина С.* Расчетные и кредитные отношения в Основах гражданского законодательства / С. Поленина // Советская юстиция. – М.: Госюриздат РСФСР, 1962, № 6. – С. 9–11; *Чуркина З. Г.* Некоторые проблемы гражданско-правового регулирования заемных отношений городских ломбардов с гражданами: Проблемы процессуальной формы в юридической науке и практике / З. Г. Чуркина // Вестник Ярославского университета: Проблемы процессуальной формы в юридической науке и практике. Тематический сборник. – Ярославль: Изд-во Яросл. ун-та, 1972. – Вып. 4. – С. 108–113.

<sup>3</sup> Див. наприклад: *Безклубий І. А.* Банківські правочини / Ігор Безклубий. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – 455 с.; *Чалий Ю. І.* Договір банківського кредиту та правові засоби забезпечення поворотності кредитних грошей: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Ю. І. Чалий; Ун-т внутр. справ. – Х., 1997. – 22 с.; *Ленех С. М.* Кредитний договір: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / С. М. Ленех; Львівський національний ун-т ім. Івана Франка. – Л., 2004. – 19 с.; *Духневич А. В.* Правове становище кредитних спілок в Україні / А. В. Духневич; М-во освіти і науки України, Волин. нац. ун-т ім. Лесі Українки. – Луцьк: Іванюк В. П., 2008. – 179 с.; *Кривенда О. В.* Цивільно-правове регулювання позикових відносин в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / О. В. Кривенда; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2003. – 22 с.

<sup>4</sup> *Рябко Л. Г.* Правове регулювання кредитних відносин по законодавству України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Л. Г. Рябко; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2002. – С. 16.

<sup>5</sup> Там само. – С. 16.

<sup>6</sup> *Майоров В. О.* Цивільно-правове регулювання договорів в банківській діяльності: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Майоров Василь Олександрович; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2010. – С. 137–141.

<sup>7</sup> Там само. – С. 138.

<sup>8</sup> Там само. – С. 141.

<sup>9</sup> *Опlachко Л. П.* Правове регулювання відносин за кредитним договором: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Л. П. Опlachко; Н.-д. ін-т приват. права і підприємництва Нац. акад. прав. наук України. – К., 2011. – С. 10.

<sup>10</sup> Там само. – С. 14.

<sup>11</sup> *Квіт Н. М.* Цивільно-правове регулювання іпотечного кредитування в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Н. М. Квіт; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2010. – 19 с.

<sup>12</sup> *Погребняк В. Я.* Цивільно-правове регулювання відносин споживчого кредитування в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / В. Я. Погребняк; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Х.: [б. в.], 2016. – 20 с.; Там само. – 226 с.

<sup>13</sup> Там само. – С. 3–4.

<sup>14</sup> Хочемо відразу зауважити, що до нашого огляду включено не всі наявні публікації, а лише ті, які в основному спрямовані на теоретичне дослідження цивільно-правової проблематики відносин у сфері споживчого кредитування та заявлені їх авторами як спеціальні наукові дослідження.

<sup>15</sup> Денисенко Б. Особливості змін в односторонньому порядку умов договору про надання споживчого кредиту / Б. Денисенко // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 11. – С. 41–43.

<sup>16</sup> Поліщук О. Ю. Права споживача при придбанні ним продукції у кредит / О. Ю. Поліщук // Університетські наукові записки. – 2007. – № 1. – С. 131–135.

<sup>17</sup> На цей час вказана Директива ЄС втратила чинність.

<sup>18</sup> Ми не беремо до уваги окремі спроби здійснити дослідження господарсько-правових аспектів споживчого кредитування, що мали місце в цей проміжок часу, з огляду на те, що наше дослідження сфокусоване саме на цивільно-правових аспектах цих відносин у їх науково-теоретичному вимірі. Див., наприклад: Глібо С. В. Особливості господарсько-правового регулювання споживчого кредитування банками / С. В. Глібо // Проблеми законності. – 2008. – Вип. 98. – С. 45–54; Глібо С. В. Деякі питання регламентування надання банками споживчих кредитів / С. В. Глібо // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2008. – Вип. 15. – С. 78–87.

<sup>19</sup> Лепех С. Проблеми договірної регулювання банківського споживчого кредитування в Україні / С. Лепех // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 3. – С. 172–175.

<sup>20</sup> Іваненко Л. Правові засади споживчого кредитування / Л. Іваненко // Вісник Київського національного торговельно-економічного університету. – 2011. – № 1. – С. 103–110.

<sup>21</sup> Там само. – С. 105–109.

<sup>22</sup> Там само. – С. 105, 109.

<sup>23</sup> Там само. – С. 109.

<sup>24</sup> Янишен В. П. Особливості правового статусу фізичних осіб-споживачів фінансово-кредитних послуг / В. П. Янишен // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету: Юриспруденція. – 2013. – № 6-2. – Т. 2. – С. 50–53.

<sup>25</sup> Янишен В. П. Там само. – С. 51.

<sup>26</sup> Там само. – С. 52–53.

<sup>27</sup> Янишен В. П. До питання несправедливих умов договорів про надання споживчого кредиту / В. П. Янишен // Актуальні проблеми приватного права : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 92-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В. П. Маслова, 28 лют. 2014 р. – X., 2014. – С. 211–214.

<sup>28</sup> Там само. – С. 214.

<sup>29</sup> Пономаренко О. О. Правова природа та зміст споживчого кредиту / О. О. Пономаренко // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2014. – № 5. – С. 56–62.

<sup>30</sup> Там само. – С. 61.

<sup>31</sup> Яновицька Г. Б. Права споживача у разі укладення та виконання кредитно-фінансових договорів / Г. Б. Яновицька // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». – 2014. – № 807. – С. 41–45. – (Серія «Юридичні науки»).

<sup>32</sup> Там само. – С. 41–42.

<sup>33</sup> Там само. – С. 45.

<sup>34</sup> Зеленова М. О. Окремі аспекти захисту прав споживачів у сфері споживчого кредитування / М. О. Зеленова // Юридичний вісник. – 2015. – № 2 (3) – С. 81–84.

<sup>35</sup> Там само. – С. 83.

<sup>36</sup> Лепех С. М. Припинення зобов'язань за договором споживчого кредиту на вимогу однієї зі сторін / С. М. Лепех // Часопис Київського університету права: український науково-теоретичний часопис. – 2015. – № 1. – С. 151–155.

<sup>37</sup> Там само. – С. 153–154.

### Резюме

**Муляр М. С. Стан вітчизняних цивілістичних досліджень правовідносин споживчого кредитування.**

У статті зроблено спробу проаналізувати й узагальнити сучасний стан та основні прогалини наукових досліджень правовідносин споживчого кредитування представниками української науки цивільного права.

**Ключові слова:** правовідносини, споживчий кредит, стан наукових досліджень, цивільне законодавство.

### Резюме

**Муляр М. С. Состояние отечественных цивилистических исследований правоотношений потребительского кредитования.**

В статье сделана попытка проанализировать и обобщить современное состояние и основные пробелы научных исследований правоотношений потребительского кредитования представителями украинской науки гражданского права.

**Ключевые слова:** правоотношения, потребительское кредитование, состояние научных исследований, гражданское законодательство.

### Summary

**Muliar M. Status of domestic civic studies of legal relations in consumer crediting.**

The article attempts to analyze and summarize the current state of the main gaps in studies of consumer crediting implemented by Ukrainian civil law researchers.

**Key words:** legal relations, consumer credit, the state of scientific research, civil law.

**О. І. ПАНЧЕНКО**

*Ольга Іванівна Панченко, ад'юнкт Національної академії внутрішніх справ*

**ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ РОЗМІРУ ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ НЕПРАВОМІРНИМИ ДІЯМИ ПОЛІЦЕЙСЬКИХ В УКРАЇНІ**

У сучасному суспільстві проблема забезпечення та захисту прав і свобод людини є однією з найактуальніших, яка потребує нагального вирішення. У відповідному напрямі світовими співтовариствами та окремими країнами прийнято низку міжнародних нормативно-правових актів, котрі проголошують людину найвищою соціальною цінністю, а забезпечення її прав і свобод – головним обов'язком демократичної правової держави.

У ст. 55 Конституції України закріплено, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом, тобто будь-яка особа, права якої порушені, може звернутися за їх захистом до судової установи, а також вимагати відшкодування завданої шкоди, у тому числі й моральної<sup>1</sup>.

Відповідно до ч. 5 ст. 9 і ч. 6 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права<sup>2</sup>, ч. 5 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод кожний, хто був жертвою незаконного затримання, арешту або засудження, має захищене позовом право на компенсацію шкоди<sup>3</sup>.

Дійсно, особа повинна мати право на відшкодування шкоди, зокрема моральної, завданої у результаті правопорушення, від якого вона постраждала. Адже посягання на таке нематеріальне благо, як гідність особистості, неодмінно тягне за собою порушення гарантованих Конституцією прав і свобод. Будь-яке правопорушення, у тому числі й те, у результаті якого не завдано фізичної шкоди, обов'язково супроводжується моральними стражданнями особи, щодо якої це правопорушення було вчинене<sup>4</sup>.

На жаль, як свідчить судова практика, випадки порушення прав і свобод людини при виконанні поліцейськими своїх службових обов'язків не є поодинокими. Протягом останніх років достатньо суттєво збільшилася кількість справ із приводу відшкодування моральної шкоди, яка завдана правоохоронними органами. Так, якщо за період із 2006 р. по 2008 р. відповідних позовів було подано до суду 1362, то із 2014 р. по листопад 2016 р. – 8425<sup>5</sup>.

Найчастіше порушення законності з боку службових осіб Національної поліції України трапляються при затриманні особи (доставляння до відділу поліції без достатніх на те підстав; утримання доставленого понад встановлений час, або без складання протоколу про затримання і без реєстрації у журналі обліку доставлених осіб; несвоєчасне повідомлення прокурора або родичів затриманого про затримання чи відсутність такого повідомлення взагалі), а також при проведенні слідчих дій (незаконний обшук, незаконний тимчасовий доступ до речей і документів, проникнення до житла чи іншого володіння особи). Нерідко порушуються розумні строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень, а також право особи на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення.

Проблема відшкодування немайнової шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів публічної влади, і правоохоронних органів зокрема, була предметом досліджень таких вчених, як: С. Агафонов, А. П. Веніамінова, К. І. Голубев, В. О. Кучер, О. О. Лов'як, О. А. Музика-Стефанчук, С. В. Наріжній, І. С. Ніжинська, М. Є. Шумило та ін. Разом із тим, питання визначення розміру такого відшкодування й нині залишається дискусійним та потребує подальшого дослідження й конкретизації.

**Метою** статті є аналіз теоретичних і практичних проблем, пов'язаних із визначенням розміру відшкодування моральної шкоди, завданої неправомірними діями поліцейських, та вироблення пропозицій щодо їх нормативного вирішення.

Норми, які передбачають відшкодування моральної шкоди, завданої неправомірними діями поліцейських, містяться у Законі України від 1 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» (далі – Закон)<sup>6</sup>, а також у ст.ст. 1173–1175 Цивільного кодексу України (далі – ЦК)<sup>7</sup>.

За частинами 5, 6 ст. 4 Закону моральною шкодою визнаються страждання, завдані громадянину внаслідок фізичного чи психічного впливу, що призвело до погіршення або позбавлення можливостей реалізації ним своїх звичок і бажань, погіршення відносин із оточуючими людьми, інших негативних наслідків морального характеру.

Відшкодування моральної шкоди провадиться у разі, коли незаконні дії органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, завдали моральної втрати громадянину, призвели до порушення його нормальних життєвих зв'язків, вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя.



Підстави відшкодування завданої шкоди, у тому числі й моральної, перераховані у ст. 1 Закону. Ними є: 1) незаконне засудження, незаконне повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, незаконного взяття і тримання під вартою, незаконне проведення в ході кримінального провадження обшуку, виїмки, незаконне накладення арешту на майно, незаконне відсторонення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують права громадян; 2) незаконне застосування адміністративного арешту чи виправних робіт, незаконна конфіскація майна, незаконне накладення штрафу; 3) незаконне проведення оперативно-розшукових заходів, передбачених Законами України «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» та іншими актами законодавства. При цьому у ч. 2 ст. 2 Закону наголошено, що право на відшкодування шкоди, завданої оперативно-розшуковими заходами, виникає за умови, що протягом шести місяців після проведення таких заходів не було розпочате кримінальне провадження за їх результатами.

Із моменту набрання чинності ЦК України цей перелік доповнився ще кількома пунктами: 1) незаконне притягнення до кримінальної відповідальності; 2) незаконне застосування як запобіжного заходу підписки про невиїзд; 3) незаконне затримання.

Після розгляду поняття моральної шкоди та підстав для її відшкодування правоохоронними органами перейдемо до питання визначення розміру моральної шкоди, завданої особі неправомірними діями поліцейських.

Згідно з ч. 3 ст. 13 Закону відшкодування моральної шкоди за час перебування під слідством чи судом провадиться, виходячи з розміру не менше мінімального розміру заробітної плати за кожен місяць перебування під слідством чи судом. Слід мати на увазі, що у випадках, коли межі відшкодування моральної шкоди визначаються у кратному співвідношенні з мінімальним розміром заробітної плати чи неоподатковуваним мінімумом доходів громадян, суд при вирішенні цього питання має виходити з такого розміру мінімальної заробітної плати чи неоподаткованого мінімуму доходів громадян, що діють на час розгляду справи<sup>8</sup>.

Як же визначити розмір відшкодування в інших випадках, коли особа не знаходиться під слідством чи судом? Наприклад, при незаконному затриманні, незаконному приводі особи, проведенні слідчих дій до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань або без такого внесення, незаконному здійсненні оперативно-розшукових заходів чи у випадках порушення прав і свобод людини у процесі їх здійснення.

Відповідаючи на це питання, законодавець з'ясував, що розмір моральної шкоди визначається з урахуванням обставин справи у межах, встановлених цивільним законодавством (ч. 2 ст. 13 Закону). ЦК України при цьому зазначає, що розмір грошового відшкодування моральної шкоди визначається судом залежно від характеру правопорушення, глибини фізичних та душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого або позбавлення його можливості їх реалізації, ступеня вини особи, яка завдала моральної шкоди, якщо вина є підставою для відшкодування, а також з урахуванням інших обставин, що мають істотне значення. При визначенні розміру відшкодування враховуються вимоги розумності й справедливості (ч. 3 ст. 23).

У Рішенні Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп-2004 у справі № 1-33/2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання)<sup>9</sup> зазначено, що «справедливість – одна з основних засад права – є вирішальною у визначенні права як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Як правило, справедливість розглядається як властивість права, виражена, зокрема, в однаковому юридичному масштабі поведінки і в пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню».

Принцип справедливості органічно пов'язаний з принципом добросовісності (добросовісної поведінки), оскільки, діючи лише добросовісно, учасник правовідносин чинить справедливо щодо третіх осіб.

До критеріїв розумності в цивільному праві відносять: 1) правомірність, тобто відповідність дій учасників цивільних правовідносин приписам цивільно-правових норм; 2) обґрунтованість, яка передбачає наявність певної підстави для вчинення особою тих чи інших дій, які не порушують права та інтереси інших осіб; 3) доцільність, або відповідність дій учасника цивільних відносин правам та інтересам інших учасників; 4) пропорційність, яка передбачає співрозмірність тих чи інших явищ; 5) передбачення учасниками цивільних відносин певних обставин, які можуть мати наслідком виникнення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків<sup>10</sup>.

Невідповідність зазначеним вище вимогам (критеріям) свідчить про нерозумність дій особи.

Для визначення розміру відшкодування потрібно вирішити цілу низку питань. Так, згідно з ч. 2 ст. 5 постанови пленуму Верховного Суду від 31 березня 1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» обов'язковому з'ясуванню при вирішенні спору про відшкодування моральної (немайнової) шкоди підлягають: наявність такої шкоди, протиправність діяння її заподіювача, наявність причинного зв'язку між шкодою і протиправним діянням заподіювача та вини останнього в її завданні. Суд, зокрема, повинен з'ясувати, чим підтверджується факт завдання позивачеві моральних чи фізичних страждань або втрат немайнового характеру, за яких обставин чи якими діями (бездіяльністю) вони завдані, в якій грошовій сумі чи в якій матеріальній формі позивач оцінює завдану йому шкоду та з чого він при цьому виходить, а також інші обставини, що мають значення для вирішення спору<sup>11</sup>.

Процес доказування факту завдання моральної шкоди та наявності причинно-наслідкового зв'язку є достатньо специфічним, а тому потерпілому непросто зібрати доказову базу для підтвердження наявності моральної шкоди та причинно-наслідкового зв'язку між незаконними діями поліцейських та негативними наслідками для нього у вигляді моральної шкоди.

Відповідно до ст. 27 Цивільного процесуального кодексу України доказами є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Ці дані встановлюються на підставі пояснень сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків, показань свідків, письмових доказів, речових доказів, зокрема звуко- і відеозаписів, висновків експертів<sup>12</sup>.

До речі, питання про докази є нагальним, оскільки як довести ту чи іншу ступінь тяжкості моральних страждань, не роз'яснює жоден нормативно-правовий акт. Доказами, наприклад, можуть бути показання свідків, які підтверджують, що в особи стався нервовий зрив через неправомірні дії стосовно неї поліцейських. Про зміни в емоційному-вольовому стані можуть розповісти рідні, друзі, колеги по роботі, тобто люди, які спілкуються з потерпілим кожного дня і здатні порівняти його поведінку до та після впливу на нього психотравмувальної ситуації.

До письмових доказів належать документи, акти, листування службового або особистого характеру, що містять в собі відомості про обставини, які мають значення для справи (ст. 64 Цивільного процесуального кодексу України). Це можуть бути: протокол затримання особи, журнал реєстрації доставлених осіб із відповідними записами (або їх відсутністю) медичні довідки, витяги з медичної картки потерпілого, помітки, що до нього виїздила швидка медична допомога, список ліків, призначених лікарем, чеки, що підтверджують їх придбання, письмовий висновок медико-соціальної експертної комісії, висновок лікаря-психіатра лікувально-профілактичного закладу або лікарсько-консультаційної чи медико-соціальної експертної комісії про стрес, якого зазнала особа у результаті застосування до неї незаконних заходів з боку поліцейських, чи наслідків їх застосування, про депресію чи інші негативні вияви стану потерпілого, висновок судово-психологічної експертизи тощо.

У ч. 4 ст. 17 Положення про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду», затвердженого наказом Міністерства юстиції, Генеральної прокуратури та Міністерства фінансів України від 4 березня 1996 р. № 6/5/3/41, зазначено: якщо для з'ясування обставин щодо наявності у громадянина моральної шкоди виявиться потреба в спеціальних знаннях, суд може призначити належну експертизу, висновок якої оцінюється поряд з іншими доказами у справі. Психологічна експертиза встановлює ті особливості психічної діяльності та такі її прояви в поведінці особи, які мають юридичне значення і викликають певні правові наслідки. Експерти при цьому вважають за необхідне дослідити, чи є справа, яка розглядається, психотравмувальною для потерпілого, чи є у підекспертної особи зміни в емоційному стані, індивідуально-психологічних проявах, які перешкоджають активному соціальному функціонуванню її як особистості і виникли внаслідок впливу певних обставин, чи завдані страждання і якщо так, то який можливий розмір грошового відшкодування за завдану моральну шкоду<sup>13</sup>.

Оскільки кожна особа по-різному реагує на негативні психічні фактори, що викликані неправомірними діями поліцейських стосовно неї, є доречним у кожній цивільній справі, що стосується питання відшкодування моральної шкоди, призначити психологічну експертизу, щоб визначити, як саме вплинула на потерпілого та чи інша неправомірна дія. Адже одна людина може відчувати страх, сором, пригніченість, гнів, розпач, побоювання за свою подальшу долю та репутацію, а інша впадає в затяжну депресію, страждає від безсоння, проявляє схильність до суїциду; у неї може з'явитися комплекс неповноцінності або тяга до надмірного вживання спиртних напоїв, психотропних чи навіть наркотичних речовин.

У більшості справ, що стосуються питання відшкодування моральної шкоди, суди задовольняють від 10 до 50 % від суми, яка заявлена позивачем<sup>14</sup>. Це відбувається через відсутність в Україні єдиної концепції та єдиних механізмів призначення відшкодування та визначення грошової суми за певний вид страждань. Давайте розглянемо, як вирішується це питання у провідних європейських країнах. Наприклад, у Фінляндії Державне Казначейство надає компенсацію невинним особам, які були позбавлені волі через дії влади. У 2010 р. сума відшкодування за неправомірне ув'язнення становила 100–200 євро за один день і близько 150 євро, якщо позбавлення волі тривало понад два тижні. Відповідно до Цивільного кодексу Литви компенсація моральної шкоди, завданої неправомірним арештом, неправомірним позбавленням волі, незаконним застосуванням заходів процесуального примусу може відшкодуватися як за рішенням суду, так і без судового розгляду, але не може перевищувати 10 000 літ (2 896 євро). У Литві правова позиція полягає у тому, що компенсація у розмірі від 3 000 до 4 000 євро повинна щомісячно виплачуватися за моральну шкоду, завдану неправомірним позбавленням волі (арештом) залежно від обставин справи, що розглядається, згідно із Законом про обов'язки. Відповідно до Кримінально-процесуального кодексу в Міністерстві юстиції укладається угода про існування шкоди, тип і суму компенсації за неправомірний арешт. Сума буде залежати від тяжкості і виду злочину, в якому була обвинувачена особа, попередньої історії особи (чи була вона коли-небудь засуджена, чи ні), протягом якого часу її арешт і кримінальний процес проти неї висвітлювалися у ЗМІ. Стаття 429 та інші Кримінально-процесуального кодексу Швейцарії регламентують порядок відшкодування моральної шкоди, завданої обвинуваченому і потерпілому. В основному компенсація розраховується на основі розміру збитків, а не на поденній основі. В Австрії відповідальність за нематеріальну шкоду, завдану неправомірним арештом, обмежується мінімальною компенсацією у 20 євро і максимальною компенсацією у 50 євро за день<sup>15</sup>.

Отже, у більшості країн, що розглядалися, на законодавчому рівні встановлено нижню та верхню межі компенсації за моральну шкоду, завдану правоохоронними органами. Деякі вітчизняні науковці є прихиль-

никами такої позиції<sup>16</sup>, хоча для інших пріоритетним є саме розмір завданих збитків<sup>17</sup>. На нашу думку, для України впровадження практики визначення розміру відшкодування немайнової шкоди у певних межах є більш ніж доречним, адже відсутність «рамок» дає простір судам, які часто присуджують суму вдвічі, а то і втричі меншу, ніж заявлена позивачем.

Варто однак зазначити, що судді зменшують розмір відшкодування не лише через те, що немає встановлених законом граничних меж, а й через брак коштів у держбюджеті на означені видатки. Адже у 2016 р. для відшкодування шкоди, завданої органами дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду було закладено лише 18 000 000 грн<sup>18</sup>. До того ж, сума відшкодування моральної шкоди, яка відшкодовується громадянину внаслідок завдання шкоди його здоров'ю чи майну, включається до загального оподаткованого доходу і підлягає оподаткуванню на загальних підставах за ставкою 18 % (з 1 січня 2016 р.) та військовим збором – 1,5 %<sup>19</sup>.

Нині для багатьох постраждалих осіб почуття ображеної гідності превалює над грошовою компенсацією (особливо, якщо врахувати той факт, що отримати справедливий розмір відшкодування, який буде пропорційний розміру перенесених страждань, майже неможливо). Набагато важливішим для них видається визнання поліцейськими незаконності своїх дій і публічне вибачення перед тими, хто став жертвою таких дій. Тому вважаємо за необхідне на законодавчому рівні встановити такий вид відповідальності для службових осіб Національної поліції України.

Звичайно, не може бути мови про еквівалент відшкодування, оскільки виміряти розмір, глибину, силу людського болю неможливо<sup>20</sup>. Навіть повністю задоволений позов потерпілого не може загладити негативні наслідки беззаконня, яке було допущено щодо нього. Однак справедлива і достатня компенсація здатна пом'якшити пережиті моральні страждання.

Отже, на підставі вищевикладеного можна зробити такі висновки. Питання визначення розміру відшкодування моральної шкоди є складним і повинно вирішуватися, зважаючи на всі обставини, за яких заподіяна моральна шкода, із урахуванням принципів розумності та справедливості. Для адекватної оцінки емоційно-вольових переживань потерпілого необхідно обов'язково призначити психологічну експертизу. На законодавчому рівні потрібно встановити нижню та верхню межу розміру відшкодування моральної шкоди, щоб судді могли призначати адекватну компенсацію відповідно до обставин кожної такої справи. Є слушним також легалізувати норму, згідно з якою кожен поліцейський, який діяв незаконно, повинен публічно принести свої вибачення постраждалій особі.

Коли потерпілий напевно знатиме, що отримає належну компенсацію за пережиті страждання, і винні особи будуть притягнуті до відповідальності, тільки тоді можна говорити, що держава дійсно піклується про своїх громадян. А це, у свою чергу, буде сприяти більш ефективній роботі поліцейських і зниженню числа неправомірних дій з їх боку.

<sup>1</sup> Конституція України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 23 травня 2016 р.: (офіц. текст). – К. : ПАЛИВОДА А. В., 2016. – С. 64.

<sup>2</sup> Міжнародний пакт про громадянські і політичні права: Міжнародний документ від 16 грудня 1966 р. // База даних «Законодавство України»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_043) (дата звернення: 07.11.2016).

<sup>3</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Міжнародний документ від 4 листопада 1950 р. // База даних «Законодавство України»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (дата звернення: 07.11.2016).

<sup>4</sup> Веніамінова А. Моральна шкода: практичні аспекти доказування її наявності / А. Веніамінова // Юридичний журнал: Аналітичні матеріали. Коментарі. Судова практика. – 2003. – № 6. – С. 44.

<sup>5</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/> (дата звернення: 07.11.2016).

<sup>6</sup> Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду: Закон від 1 грудня 1994 р. № 266/94-ВР // База даних «Законодавство України» / ВР України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/266/94-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 05.11.2016).

<sup>7</sup> Цивільний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 4 березня 2016 р.: (офіц. текст). – К. : ПАЛИВОДА А. В., 2016. – С. 408.

<sup>8</sup> Положення про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду»: наказ Міністерства юстиції, Генеральної прокуратури та Міністерства фінансів України від 4 березня 1996 р. № 6/5/3/41 // База даних «Законодавство України» / Міністерство юстиції України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0106-96> (дата звернення: 05.11.2016).

<sup>9</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. № 15-рп-2004 у справі № 1-33/2004: Рішення Конституційного Суду // База даних «Законодавство України» / Конституційний Суд України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04> (дата звернення: 07.11.2016).

<sup>10</sup> Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина / Вступ у цивільне право / Р. А. Майданик. – К. : Алерта, 2012. – Т. 1. – С. 192–197.

<sup>11</sup> Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди: постанова Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 4 (зі змінами, внесеними згідно з постановами Пленуму Верховного Суду № 5 від

25 травня 2001 р.; № 1 від 27 лютого 2009 р.) // База даних «Законодавство України» / Верховний Суд України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95> (дата звернення: 07.11.2016).

<sup>12</sup> Цивільний процесуальний кодекс: чинне законодавство зі змінами та доповн. на 15 вересня 2014 р. (відповідає офіц. текстові). – К. : Алерта, 2014. – С. 164.

<sup>13</sup> Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень: наказ Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5 // База даних «Законодавство України» / Міністерство юстиції України, Генеральна прокуратура, Міністерство фінансів України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98> (дата звернення: 04.11.2016).

<sup>14</sup> Саенко М. Возмещение морального вреда: от теории к практике / М. Саенко // Електронний юридичний журнал «Юрист&Закон». – 2013. – № 30 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2013/4/23/88957.html> (дата звернення: 01.11.2016).

<sup>15</sup> Европейская комиссия по эффективности правосудия. Отчет «Судебные системы Европы – издание 2014 г. (данные 2012 г.): эффективность и качество системы правосудия» / Европейская комиссия по эффективности правосудия // СЕРЕJ. – 2014. – С. 110–112.

<sup>16</sup> Ромовська З. В. Спирні питання відшкодування моральної шкоди / З. В. Ромовська // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 5. – С. 43–44.

<sup>17</sup> Ніжинська І. С. Відшкодування шкоди, завданої незаконними діями службових осіб дізнання і досудового слідства в системі органів внутрішніх справ України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / І. С. Ніжинська. – К., 2003. – С. 13.

<sup>18</sup> Про державний бюджет України на 2016 рік : Закон України від 25 грудня 2015 р. № 928-VIII // База даних «Законодавство України» / ВР України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/928-19> (дата звернення: 07.11.2016).

<sup>19</sup> Як оподатковується сума відшкодування моральної шкоди за рішенням суду? : лист Головного управління ДФС у м. Києві від 26 січня 2016 р. № 351/К/26-15-12-03-12 // Листи / Державна фіскальна служба України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://document.ua/pro-rozgljad-lista-5bshodo-opodatkovannja-sumi-vidshkoduvann-doc256910.html>

<sup>20</sup> Кучер В. О. Особливості відшкодування моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю службових осіб органів досудового розслідування, прокуратури чи суду за цивільним законодавством України / В. О. Кучер // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2011. – № 2. – С. 125.

#### Резюме

**Панченко О. І. Проблема визначення розміру відшкодування моральної шкоди, завданої неправомірними діями поліцейських в Україні.**

У статті розглянуто проблему визначення розміру відшкодування моральної шкоди, завданої неправомірними діями поліцейських, зокрема коли особа не перебуває під слідством чи судом. Проаналізовано законодавство України та європейських країн щодо вирішення цього питання. Визначено критерії, на які необхідно спиратися при встановленні розміру відшкодування, а також його межі.

**Ключові слова:** шкода, моральна шкода, відшкодування, справедливість, розумність, докази, психологічна експертиза.

#### Резюме

**Панченко О. И. Проблема определения размера возмещения морального вреда, причиненного незаконными действиями полицейских в Украине.**

В статье рассмотрено проблему определения размера возмещения морального вреда, причиненного правонарушителями действиями полицейских, в частности, когда лицо не находится под следствием или судом. Проанализировано законодательство Украины и европейских стран относительно решения этого вопроса. Наводятся критерии, на которые необходимо опираться при определении размера возмещения, а также его границы.

**Ключевые слова:** вред, моральный вред, возмещение, справедливость, разумность, доказательство, психологическая экспертиза.

#### Summary

**Panchenko O. The problem of determination the amount of compensation for moral injury caused by unlawful actions of the police in Ukraine.**

The article considers the problem of determination the amount of compensation for moral damage caused by illegal actions of the police, particularly when the person is not under investigation or a trial. The legislation of Ukraine and European countries was analyzed for solving this problem. The measures on which it is necessary to rely on while estimating the size of compensation were determined.

**Key words:** damage, moral damage, compensation, justice, rationality, evidence, psychological examination.



**Р. В. ПАНЬКЕВИЧ**

*Роман Васильович Панькевич, аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка*

## **КРИТЕРІЇ ПРАВОМІРНОГО ВТРУЧАННЯ ДЕРЖАВИ У ПРАВО ВЛАСНОСТІ ОСОБИ З УРАХУВАННЯМ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ**

Однією із загальних засад цивільного законодавства України є неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом.

У ст. 41 Конституції України зазначено, що ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього й повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом<sup>1</sup>.

Імперативною нормою Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) встановлено, що держава не втручається у здійснення власником права власності. Діяльність власника може бути обмежена чи припинена або власника може бути зобов'язано допустити до користування його майном інших осіб лише у випадках і в порядку, встановлених законом (ч.ч. 6, 7 ст. 319 ЦК України)<sup>2</sup>.

Водночас на практиці, захищаючи свої права та інтереси, держава і територіальні громади, через органи державної влади та органи місцевого самоврядування відповідно, можуть втручатися як у право власності фізичних та юридичних осіб, так і в обставини, які породжують права та обов'язки. При цьому, не завжди правомірно. Пропонуємо такі приклади з судової практики.

Так, у серпні 2014 року гр. Н., а також гр. С. в інтересах малолітніх дітей звернулися до Харківського районного суду Харківської області з позовом до гр. П, відділу примусового виконання рішень управління державної виконавчої служби Головного управління юстиції у Харківській області (далі – відділ примусового виконання рішень) про визнання недійсними правочину про передачу будинку у власність та свідоцтва про право власності на будинок. Згодом позивачі уточнили позов і просили визнати недійсною та скасувати постанову державного виконавця відділу примусового виконання рішень від 27 червня 2013 р. про передачу стягувачу в рахунок погашення боргу позивачів їх майна – будинку та земельної ділянки, визнати недійсним та скасувати акт державного виконавця від 27 червня 2013 р. про передачу цього майна, а також визнати недійсним та скасувати свідоцтво про право власності відповідача на будинок, видане 18 липня 2013 р. приватним нотаріусом на підставі акта державного виконавця від 27 червня 2013 року.

Обгрунтовуючи позовні вимоги, позивачі посилалися на те, що у відділі примусового виконання рішень на виконанні перебував виконавчий лист про стягнення з позивачів боргу на користь відповідача. У процесі виконавчого провадження в рахунок погашення боргу позивачів державний виконавець за актом від 27 червня 2013 р. передав стягувачу будинок, який належав на праві власності позивачу, й на підставі цього акта 18 липня 2013 р. приватний нотаріус С. Д. Клопотов видав відповідачу свідоцтво про право власності на зазначений будинок. Позивачі підкреслювали, що на час передачі відповідачу будинку в ньому постійно проживав і мав право користування житлом малолітній син, 2008 р. народження. Крім того, на час подачі позову таке право має і малолітня донька, 2013 р. народження. Будинок був і залишається для їх родини (позивачів і третіх осіб), а також малолітніх дітей єдиним місцем проживання. Місце проживання дітей у цьому будинку також зареєстроване в будинковій книзі, однак державний виконавець у порушення п. 4.5.9. Інструкції з організації примусового виконання рішень (далі – Інструкція) не запитав попередньої згоди органу опіки та піклування на реалізацію нерухомого майна, право користування яким мають діти, і з порушенням закону передав будинок у власність стягувачу.

Рішенням Харківського районного суду Харківської області від 27 березня 2015 р. у задоволенні позову відмовлено. Рішенням апеляційного суду Харківської області від 26 вересня 2015 р. рішення суду першої інстанції скасовано та ухвалено нове рішення про повне задоволення позову. Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 квітня 2016 р. касаційні скарги відповідача та відділу примусового виконання рішень відхилено, рішення апеляційного суду Харківської області залишено без змін. Постановою Верховного Суду України від 16 листопада 2016 р. у задоволенні заяви відповідача про скасування рішення судів апеляційної та касаційної інстанцій та залишення в силі рішення суду першої інстанції відмовлено.

У вказаній справі суди дійшли висновку, що державним виконавцем порушено п. 4.5.9. Інструкції з організації примусового виконання рішень, оскільки передача будинку відповідачу відбулася з порушенням закону, без згоди органу опіки та піклування<sup>3</sup>.

Аналогічних висновків дійшов Верховний Суд України в цивільних справах № 486/1383/13-ц<sup>4</sup> та № 04/16494/13-а<sup>5</sup>, визнавши незаконним втручання державних органів (їх службових та посадових осіб) у право власності особи.

З огляду на це важливо визначити критерії, згідно з якими втручання держави у право власності особи буде вважатися правомірним.

**Метою** даної статті є аналіз цивільного законодавства України і зарубіжних країн, практики Європейського суду з прав людини у сфері захисту майнових прав та інтересів держави і територіальних громад, а також випадків втручання держави у право приватної власності; визначення критеріїв правомірного втручання держави у право власності особи; формулювання пропозицій щодо означеної мети шляхом доповнення чинного цивільного законодавства України.

Чимало вчених-цивілістів, як вітчизняних, так і зарубіжних, присвячували свої наукові роботи питанням захисту цивільних прав та інтересів, зокрема: Р. А. Майданик, Н. С. Кузнецова, В. М. Коссаєв, В. В. Луць, Т. М. Підлубна, М. М. Дякович, О. В. Дзера, І. В. Спасибо-Фатєєва, І. В. Венедіктова, С. В. Васильєв, З. В. Ромовська, Р. О. Стефанчук, Г. П. Тимченко, О. О. Терехова, В. П. Грибанов, І. А. Покровський та ін.

Окрім цього, слід зазначити, що 22–23 жовтня 2015 р. Верховним Судом України спільно з Київським національним університетом імені Тараса Шевченка, проектом Європейського Союзу «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні» та проектом Координатора проектів ОБСЄ в Україні «Гарантування дотримання прав людини при здійсненні правосуддя», проведено міжнародну конференцію «Право власності: європейський досвід та українські реалії», на якій обговорено широке коло питань, пов'язаних із правом власності, захистом права на мирне володіння майном у практиці Європейського суду з прав людини, а також окремі аспекти регулювання відносин власності та захисту права власності в українському законодавстві.

Статтею 19 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., яка ратифікована Верховною Радою України прийняттям Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції»<sup>6</sup> передбачено, що для забезпечення дотримання Високими Договірними Сторонами їхніх зобов'язань за Конвенцією та протоколами до неї створюється Європейський суд з прав людини<sup>7</sup> (далі – ЄСПЛ).

Відтак, питання правомірності втручання держави під час захисту своїх майнових прав та інтересів у право приватної власності є надзвичайно актуальним, а тому потребує детальнішого вивчення.

Відповідно до приписів цивільного законодавства України право на захист особа здійснює на свій розсуд. Форми захисту за визначенням ЦК України можуть бути такі: судовий захист; захист цивільних прав та інтересів Президентом України, органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим або органами місцевого самоврядування; захист цивільних прав нотаріусом; самозахист цивільних прав.

Як правило, держава і територіальні громади, як учасники цивільних правовідносин, захищають свої порушені, невизнані або оспорювані права чи законні інтереси у судовому порядку.

У сучасних умовах трапляються випадки, коли, здійснюючи захист своїх прав та інтересів, держава й територіальні громади необґрунтовано втручаються у право власності фізичних та юридичних осіб.

Для визначення критеріїв правомірного втручання держави і територіальних громад у право власності особи пропонуємо проаналізувати чинне цивільне законодавство України та практику Європейського суду з прав людини.

Принцип непорушності права власності, який закріплений у ст. 321 ЦК України, означає, що право власності є непорушним. Ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні. Особа може бути позбавлена права власності або обмежена у його здійсненні лише у випадках і в порядку, встановлених законом. Примусове відчуження об'єктів права власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього й повного відшкодування їх вартості, крім випадків, встановлених частиною другою ст. 353 цього Кодексу.

Статтею 346 ЦК України передбачено підстави припинення права власності, а саме:

- відчуження власником свого майна;
- відмови власника від права власності;
- припинення права власності на майно, яке за законом не може належати цій особі;
- знищення майна;
- викуп пам'яток культурної спадщини;
- примусове відчуження земельних ділянок приватної власності, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності відповідно до закону;
- звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника;
- реквізиція;
- конфіскація;
- припинення юридичної особи чи смерті власника.

Держава може втручатися у право власності особи, зокрема в таких випадках: припинення права власності на майно, яке за законом не може належати цій особі; викупу пам'яток культурної спадщини; примусового відчуження земельних ділянок приватної власності, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності відповідно до закону; реквізиції та конфіскації.

Особливої уваги заслуговують у контексті нашого дослідження такі випадки втручання держави у право власності особи, як реквізиція та конфіскація.

Зміст понять «реквізиція» та «конфіскація» розкривається у ст.ст. 353 та 354 ЦК України. Так, у разі стихійного лиха, аварії, епідемії, епізоотії та за інших надзвичайних обставин з метою суспільної необхідності майно може бути примусово відчужене у власника на підставі та в порядку, встановлених законом, за умови попереднього і повного відшкодування його вартості (реквізиція). В умовах воєнного або надзвичайного стану майно може бути примусово відчужене у власника з наступним повним відшкодуванням його вартості.

У юридичній енциклопедії термін «реквізиція» визначено як примусове вилучення державою майна у власника в суспільних інтересах з попередньою або наступною виплатою йому вартості цього майна<sup>8</sup>.

Автори коментаря Цивільного кодексу України за редакцією В. М. Коссака звертають увагу на те, що реквізиція як примусове позбавлення права власності має певні особливості: 1) вона може бути застосована тільки за надзвичайних обставин (стихійного лиха, аварії, епідемії, епізоотії тощо); 2) реквізиція застосовується не як санкція за неправомірні дії власника, а як необхідний захід для рятування інтересів інших осіб, усунення загальної небезпеки тощо; 3) при реквізиції рішення про примусове вилучення майна приймають відповідні органи, а не суд, враховуючи необхідність швидкого реагування в умовах надзвичайних обставин; 4) коментована стаття не передбачає попереднього повного відшкодування збитків власнику<sup>9</sup>.

До особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом. Конфісковане майно переходить у власність держави безоплатно. Обсяг та порядок конфіскації майна встановлюються законом.

Конфіскацією ж майна є примусове безоплатне вилучення у власність держави усього або частини майна, яке є особистою власністю громадянина<sup>10</sup>. Тобто конфіскація майна застосовується лише за рішенням суду, що прямо передбачено також у ст. 41 Конституції України.

Слід зазначити, що на сучасне регулювання цивільних відносин великий вплив має судова практика ЄСПЛ.

У ст. 9 Конституції України вказано, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Аналогічну норму закріплено у ст. 10 ЦК України: чинний міжнародний договір, який регулює цивільні відносини, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, є частиною національного цивільного законодавства України. Якщо у чинному міжнародному договорі України, укладеному в установленому законом порядку, містяться інші правила, ніж ті, що встановлені відповідним актом цивільного законодавства, застосовуються правила відповідного міжнародного договору України.

Частиною 5 ст. 8 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) передбачено, що у разі невідповідності закону України міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, суд застосовує міжнародний договір<sup>11</sup>.

Практика (рішення) ЄСПЛ згідно зі ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», застосовується українськими судами як джерело права<sup>12</sup>.

ЄСПЛ сформулював свою позицію щодо випадків, коли втручання у право власності особи є виправданим. Предметом безпосереднього регулювання ст. 1 Першого протоколу є втручання держави у право на мирне володіння майном, зокрема, й позбавлення особи права власності на майно шляхом його витребування на користь держави.

Так, відповідно до ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Перший протокол, Конвенція) кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів.

При цьому розуміння змісту норм Конвенції та Першого протоколу, їх практичне застосування відбувається згідно з практикою (рішенням) ЄСПЛ.

Відповідно до усталеної практики ЄСПЛ (зокрема, рішення від 23 вересня 1982 р. у справі «Спорронг і Л'юньрот проти Швеції», рішення від 21 лютого 1986 р. у справі «Джеймс та інші проти Сполученого Королівства»), положення ст. 1 Першого протоколу містить такі правила: перше правило має загальний характер і проголошує принцип мирного володіння майном; друге – стосується позбавлення майна і визначає певні умови для визнання правомірним втручання у право на мирне володіння майном; третє – визнає за державами право контролювати використання майна за наявності певних умов для цього. Зазначені правила не застосовуються окремо, вони мають тлумачитися у світлі загального принципу першого правила, але друге та третє правило стосуються трьох найважливіших суверенних повноважень держави: права вилучати власність у суспільних інтересах, регулювати використання власності та встановлювати систему оподаткування<sup>13</sup>.

У практиці ЄСПЛ (рішення у справах «Спорронг і Л'юньрот проти Швеції» від 23 вересня 1982 р., «Джеймс та інші проти Сполученого Королівства» від 21 лютого 1986 р., «Шокін проти України» від 14 жовтня 2010 р., «Серков проти України» від 7 липня 2011 р., «Колишній король Греції та інші проти Греції» від 23 листопада 2000 р., «Булвес» АД проти Болгарії» від 22 січня 2009 р., «Трегубенко проти України» від 2 листопада 2004 р., «East/WestAllianceLimited» проти України» від 23 січня 2014 р. та інші) також помітні три критерії, які слід оцінювати на предмет відповідності заходу втручання в право особи на мирне володіння майном із гарантіями ст. Першого протоколу, а саме:



- 1) чи є втручання законним;
- 2) чи переслідує воно «суспільний», «публічний» інтерес;
- 3) чи є такий захід (втручання в право на мирне володіння майном) пропорційним визначеним цілям.

ЄСПЛ визначає умови порушення ст. 1 Першого протоколу, а саме: якщо хоча б одного критерію не буде додержано, то вважається, що ця стаття є порушеною.

Розглянемо детальніше вищевказані три критерії в контексті відповідності втручання держави у право власності особи.

Критерій законності означає, що втручання держави у право власності особи повинно здійснюватися на підставі закону – нормативно-правового акта, що має бути доступним для заінтересованих осіб, чітким та передбачуваним у питаннях застосування та наслідків дії його норм. Сам лише факт, що правова норма передбачає більш як одне тлумачення, не означає, що закон непередбачуваний. Сумніви щодо тлумачення закону, що залишаються, враховуючи зміни в повсякденній практиці, усувають суди в процесі здійснення правосуддя<sup>14</sup>.

Слід зазначити, що згідно зі ст. 213 ЦПК України рішення суду повинно бути законним і обґрунтованим. Законним є рішення, яким суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства, вирішив справу згідно із законом. Обґрунтованим є рішення, ухвалене на основі повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні.

Пленум Верховного Суду України у п. 2 постанови «Про судові рішення у цивільній справі» від 18 грудня 2009 р. № 14 роз'яснив, що рішення суду як найважливіший акт правосуддя покликане забезпечити захист гарантованих Конституцією України прав і свобод людини та здійснення проголошеного Основним Законом України принципу верховенства права. У зв'язку з цим суди повинні неухильно додержувати вимог про законність і обґрунтованість рішення у цивільній справі (частина перша ст. 213 ЦПК). Рішення є законним тоді, коли суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства відповідно до ст. 2 ЦПК, вирішив справу згідно з нормами матеріального права, що підлягають застосуванню до даних правовідносин відповідно до ст. 8 ЦПК, а також правильно витлумачив ці норми. Якщо спірні правовідносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права)<sup>15</sup>.

Втручання держави у право власності особи є виправданим, якщо воно здійснюється з метою задоволення «суспільного», «публічного» інтересу, при визначенні якого ЄСПЛ надає державам право користуватися «значною свободою (полем) розсуду». Втручання держави у право на мирне володіння майном може бути виправдане за наявності об'єктивної необхідності у формі суспільного, публічного, загального інтересу, який може включати інтерес держави, окремих регіонів, громад чи сфер людської діяльності<sup>16</sup>.

Відповідно до Рішення Конституційного Суду України від 8 квітня 1999 р. у справі № 1-1/99 державні інтереси закріплюються як нормами Конституції України, так і нормами інших правових актів. Інтереси держави відрізняються від інтересів інших учасників суспільних відносин. В основі перших завжди є потреба у здійсненні загальнодержавних (політичних, економічних, соціальних та інших) дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону, гарантування державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону землі як національного багатства, захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання тощо<sup>17</sup>.

Публічний інтерес у найбільш загальному вигляді означає інтерес сукупності, тобто населення, людей тощо<sup>18</sup>, а також те, що саме державна влада визначає, як публічний інтерес залежить від рівня правової культури та правосвідомості суб'єктів правотворчості. І те, у чому влада вбачає загальне благо, може насправді й розійтися з інтересами значної частини населення. Але у всякому разі вимоги, які пред'являються до об'єктів публічного управління, мають забезпечувати загальне благо народу України та не можуть виражати приватний інтерес суб'єктів публічної адміністрації<sup>19</sup>. На думку Р. С. Мельника, публічний інтерес являє собою категорію, яка виходить за межі особистості, перебуваючи на рівні суспільного інтересу. Основою публічного інтересу є об'єктивний інтерес усього суспільства<sup>20</sup>.

Принцип «пропорційності» передбачає, що втручання у право власності, навіть якщо воно здійснюється згідно з національним законодавством і в інтересах суспільства, буде розглядатися як порушення ст. 1 Першого протоколу, якщо не було дотримано справедливої рівноваги (балансу) між інтересами держави (суспільства), пов'язаними з втручанням, та інтересами особи, яка так чи інакше страждає від втручання. «Справедлива рівновага» передбачає наявність розумного співвідношення (обґрунтованої пропорційності) між метою, що передбачається для досягнення, та засобами, які використовуються. Необхідний баланс не буде дотримано, якщо особа несе «індивідуальний і надмірний тягар»<sup>21</sup>.

Український науковець С. Погребняк визначає принцип пропорційності (розмірності) як основоположний принцип права, спрямований на забезпечення у правовому регулюванні балансу інтересів. Головна суть принципу пропорційності полягає в розумному співвідношенні мети державного впливу засобам їх досягнення в обмеженні прав людини<sup>22</sup>.

У німецькій теорії права принцип пропорційності (з урахуванням підходів до розуміння цього принципу Федеральним Конституційним Судом Німеччини) прийнято визначати через три «субпринципи»: захід насамперед має бути придатним для досягнення поставленої мети (принцип придатності); публічна влада має обирати серед кількох придатних заходів саме той, який щонайменше впливає на окрему особу та на



загал (принцип необхідності або потрібності); захід не повинен здійснюватись, якщо очікувані негативні наслідки виходять за межі прийнятності порівняно з очікуваним успіхом (принцип співмірності у вузькому розумінні або заборона перебільшення)<sup>23</sup>.

Зазначимо, що принцип пропорційності існує у французькій правовій системі, але він не відомий англійській правовій системі. Лорд Стейн в окремій думці до справи, яка розглядалася на початку ХХІ ст., коли принцип пропорційності вже активно використовувався як національними, так і міжнародними судами, вказує, що «обриси принципу пропорційності схожі до англійського права»<sup>24</sup>, маючи на увазі англійську концепцію обґрунтованості (reasonableness)<sup>25</sup>. Певне раціональне зерно в цьому є, але ототожнювати їх не можна<sup>26</sup>.

Як слушно зауважили учасники вищезгаданої міжнародної конференції «Право власності: європейський досвід та українські реалії», в сучасних умовах, коли вітчизняне законодавство у сфері регулювання відносин власності не можна вважати цілком досконалим, важливу роль у забезпеченні гарантій захисту права власності відіграють суди та уніфікована судова практика. Тлумачення і, як наслідок, застосування судами України національних правових норм у відповідній сфері повинно відповідати принципам мирного володіння майном, закладеним у ст. 1 Першого протоколу, та органічно поєднуватися з обґрунтованим (адекватним, виваженим, виправданим) застосуванням відповідних рішень ЄСПЛ для того, щоб спосіб тлумачення та застосування судом вітчизняного законодавства приводив до наслідків вирішення спору, сумісних із принципами Конвенції<sup>27</sup>.

Отже, зважаючи на те, що велика частина скарг до ЄСПЛ стосується порушень державою України права приватної власності (див. рішення від 6 грудня 2007 р. в справі «Баландіна проти України», рішення від 22 грудня 2005 р. в справі «Безуглий проти України», рішення від 25 липня 2002 р. в справі «Совтрансавто-Холдинг» проти України», рішення від 18 червня 2009 р. в справі «Білокінь проти України», рішення від 18 січня 2005 р. в справі «Полтораченко проти України», рішення від 29 червня 2004 р. в справі «Войтенко проти України» та ін.)<sup>28</sup>, дотримання вищевказаних трьох критеріїв є необхідною умовою правомірності втручання держави у право особи на мирне володіння своїм майном.

Узагальнюючи вищезазначене, результатами нашого дослідження стали наступні висновки:

– в умовах українських реалій питання правомірності втручання держави під час захисту своїх майнових прав та інтересів у право приватної власності особи є надзвичайно актуальним і вимагає окремого дослідження;

– українські суди, вирішуючи спори щодо правомірності втручання держави під час захисту своїх майнових прав та інтересів у право приватної власності особи, повинні неухильно дотримуватися як чинного законодавства України, так і практики ЄСПЛ, враховуючи при цьому правову доктрину;

– оцінюючи відповідність заходу втручання у право особи на мирне володіння майном, судам слід встановити, чи є втручання законним; чи має воно на меті «суспільний», «публічний» інтерес; чи є такий захід пропорційним визначеним цілям;

– держава, яка примусово втручається у право власності особи, повинна дотримуватися принципу пропорційності, передбаченого міжнародним правом. Це означає, що мета (суспільний інтерес держави) має відповідати інтересам особи і жодним чином не порушувати її право власності. Даний принцип у жодному разі не може підміняти дії, які спрямовані на незаконні та суб'єктивні втручання у право приватної власності, державних службовців, які діють від «імені» та в «інтересах» держави, але для задоволення передусім своїх особистих інтересів;

– за практикою ЄСПЛ порушенням ст. 1 Першого протоколу вважатиметься недодержання судами хоча б одного із перелічених вище критеріїв.

Беручи до уваги вищевказані висновки, пропонуємо внести такі зміни до ЦК України:

1. Доповнити ст. 346 ч. 3 наступного змісту: «У будь-якому випадку припинення права власності за ініціативою держави мають бути дотримані принципи законності, пропорційності та враховано суспільний інтерес».

2. З метою охорони та захисту прав та інтересів осіб в умовах, встановлених законом для здійснення реквізиції, тобто примусового відчуження у власника майна на користь держави, доповнити ст. 353 ч. 3 такого змісту: «Перед реквізицією проводиться оцінка майна відповідно до Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні». Частини 3, 4, 5, 6 вважати відповідно частинами 4, 5, 6, 7».

<sup>1</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>2</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

<sup>3</sup> Постанова Верховного Суду України від 16 листопада 2016 р. у справі № 635/7415/14-ц : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/62948865>

<sup>4</sup> Постанова Верховного Суду України від 14 грудня 2016 р. у справі № 486/1383/13-ц : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63880374>

<sup>5</sup> Постанова Верховного Суду України від 21 грудня 2016 р. у справі № 1522/25684/12 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64033654>

<sup>6</sup> Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України від 17 липня 1997 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80>

- <sup>7</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004)
- <sup>8</sup> Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (гол. редкол.) [та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 2003. – Т. 5: П–С. – С. 280.
- <sup>9</sup> Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака. – К. : Істина, 2004. – С. 310.
- <sup>10</sup> Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (гол. редкол.) [та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 2001. – Т. 3: К–М. – С. 334.
- <sup>11</sup> Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>
- <sup>12</sup> Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>
- <sup>13</sup> Романюк Я. М. Втручання в право власності з точки зору його відповідності статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: критерії Європейського суду з прав людини та досвід України на окремих прикладах судової практики / Я. М. Романюк // Право власності: європейський досвід та українські реалії : зб. доповідей і матеріалів Міжнародної конференції (м. Київ, 22–23 жовтня 2015 р.). – К. : ВАІТЕ, 2015. – С. 8–9.
- <sup>14</sup> Постанова судових палат у цивільних, адміністративних та господарських справах Верховного Суду України від 16 грудня 2015 р. у справі № 6-2510ц15 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54689087>
- <sup>15</sup> Про судові рішення у цивільній справі : постанова Пленуму Верховного Суду України від 18 грудня 2009 р. № 14 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-09>
- <sup>16</sup> Постанова судових палат у цивільних, адміністративних та господарських справах Верховного Суду України від 16 грудня 2015 р. у справі № 6-2510ц15 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54689087>
- <sup>17</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) від 8 квітня 1999 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-99>
- <sup>18</sup> Спасибо-Фатєєва І. Бачення дій української влади кризь призму публічних і приватних інтересів / Інна Спасибо-Фатєєва // Юридична газета. – 2005. – № 22 (58).
- <sup>19</sup> Галуцько В. В. Публічний інтерес в адміністративному праві / В. В. Галуцько // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 178–182 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10gvvvar.pdf>
- <sup>20</sup> Загальне адміністративне право / за ред. Р. С. Мельника. – К. : Ваіте, 2014. – С. 38.
- <sup>21</sup> Постанова судових палат у цивільних, адміністративних та господарських справах Верховного Суду України від 16 грудня 2015 р. у справі № 6-2510ц15 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54689087>
- <sup>22</sup> Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : моногр. / С. П. Погребняк. – Х. : Право, 2008. – С. 192–193.
- <sup>23</sup> Євтушок Ю. Принцип пропорційності та його вимоги у сфері законотворчості / Ю. Євтушок : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.viche.info/journal/3387/>
- <sup>24</sup> Regina V. Secretary of State for the Home Department / V. Regina // UKHL 26. – 2001.
- <sup>25</sup> Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества: пер. с англ. / Т. К. Хартли. – М. : Закон и право : Юнити, 1998. – С. 161.
- <sup>26</sup> Тоцький Б. А. Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [file:///C:/Users/Admin/Downloads/Chkup\\_2013\\_3\\_18.pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/Chkup_2013_3_18.pdf)
- <sup>27</sup> Висновки та рекомендації міжнародної конференції «Право власності: європейський досвід та українські реалії» (м. Київ, 22–23 жовтня 2015 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/B9716C20F95B8F64C2257F10003FDDBC?OpenDocument&year=2015&month=12&](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/B9716C20F95B8F64C2257F10003FDDBC?OpenDocument&year=2015&month=12&)
- <sup>28</sup> Рішення ЄСПЛ: від 6 грудня 2007 р. в справі «Баландіна проти України» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974\\_370](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_370); від 22 грудня 2005 р. в справі «Безуглий проти України» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/974\\_044](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/974_044); від 25 липня 2002 р. в справі «Совтрансавто-Холдинг» проти України» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980\\_043](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980_043); від 18 червня 2009 р. в справі «Білокін проти України» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974\\_478](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_478); від 18 січня 2005 р. в справі «Полтораченко проти України» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980\\_252](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_252); від 29 червня 2009 р. в справі «Войтенко проти України» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980\\_223](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980_223)

## Резюме

### **Панькевич Р. В. Критерії правомірного втручання держави у право власності особи з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.**

Статтю присвячено аналізу цивільного законодавства України і зарубіжних країн, судової практики, рішень Європейського суду з прав людини у сфері захисту майнових прав та інтересів держави і територіальних громад, а також випадків втручання держави у право приватної власності. Визначено критерії правомірного втручання держави у право власності особи. Зроблено висновки щодо доповнення чинного цивільного законодавства України.

**Ключові слова:** захист цивільних прав, держава, право приватної власності, рішення суду, Європейський суд з прав людини.

## Резюме

### **Панькевич Р. В. Критерии правомерного вмешательства государства в право собственности лица с учетом практики Европейского суда по правам человека.**

Статья посвящена анализу гражданского законодательства Украины и зарубежных стран, судебной практики, решений Европейского суда по правам человека в сфере защиты имущественных прав и интересов государства и территориальных общин, а

также случаев вмешательства государства в право частной собственности. Определены критерии правомерного вмешательства государства в право собственности лица. Сделаны выводы о дополнении действующего гражданского законодательства Украины.

**Ключевые слова:** защита гражданских прав, государство, право частной собственности, решение суда, Европейский суд по правам человека.

### Summary

**Pankevych R. Criteria for lawful government interference in the ownership entity based European Court of Human Rights.**

The article analyzes the civil legislation of Ukraine and foreign countries, the judicial practice of the European Court of Human Rights for the protection of property rights and interests of the state and local communities, as well as cases of government interference in private ownership. The criteria of legitimate state intervention in the ownership entity. Conclusions regarding amendments of the current civil legislation of Ukraine.

**Key words:** protection of civil rights, the state, private property, the court, the European Court of Human Rights.

УДК 347.9

### І. І. СТРОКАЧ

*Ірина Іванівна Строкач, здобувач Київського університету права НАН України, начальник відділу Вищого господарського суду України*

## ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИКОНАВЧОГО НАПИСУ НОТАРІУСА В СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ

Питання щодо вчинення виконавчих написів нотаріуса на сьогоднішній день є одним з найбільш дискусійних. Відповідно до ст. 18 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом<sup>1</sup>.

Незважаючи на внесення численних змін до законодавчих актів, залишається ряд невирішених проблем на теоретичному рівні, що в свою чергу створює проблеми на практиці. Дотепер відсутній єдиний підхід до розгляду судами справ про оскарження виконавчого напису нотаріуса.

Однією з основних проблем є те, що ні Цивільним процесуальним кодексом України (далі – ЦПК України), ні Законом України «Про нотаріат» (далі – ЗУ «Про нотаріат») не визначено, у суд якої юрисдикції має звертатися особа, права якої порушені нотаріальною дією або відмовою в її скоєнні.

У даному випадку суди повинні враховувати роз'яснення, надані судам у п. 3 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 р. № 3 «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ», де зазначено, що, вирішуючи питання про відкриття провадження у справі, суди повинні виходити з того, що відповідно до ст.ст. 15, 16 ЦПК України у порядку цивільного судочинства суди розглядають справи про захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а також з інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ за Кодексом адміністративного судочинства України (ст. 17), Господарським процесуальним кодексом України (ст.ст. 1, 12), Кримінальним процесуальним кодексом України або Кодексом України про адміністративні правопорушення віднесено до компетенції адміністративних, господарських судів, до кримінального провадження чи до провадження в справах про адміністративні правопорушення. Законом може бути передбачено розгляд інших справ за правилами цивільного судочинства<sup>2</sup>.

У зв'язку з наведеним суди мають виходити з того, що критеріями відмежування справ цивільної юрисдикції від інших є, по-перше, наявність у них спору про право цивільне (справи за позовами, що виникають із будь-яких правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства), по-друге, суб'єктний склад такого спору (однією зі сторін у спорі є, як правило, фізична особа)<sup>3</sup>.

Крім того, на практиці виникають проблеми з визначенням процесуального статусу нотаріуса як учасника судового процесу. Як правило, суди беруть до уваги той склад сторін у спірних правовідносинах, який визначали позивачі у позовних заявах, не виконуючи вимог п. 2 частини шостої ст. 130 ЦПК України<sup>4</sup>.

Виходячи із судової практики, нотаріуси беруть участь у справах цієї категорії і в якості відповідачів, і як треті особи. Визначення нотаріуса в якості відповідача є правильним і можливим тільки в тому випадку, коли йдеться про порушення нотаріусом правил вчинення виконавчого напису і при цьому позивач не ставить питання щодо захисту права, яке виникло на підставі цивільного законодавства.

На думку С. Я. Фурси та Є. І. Фурси, питання про участь третіх осіб без самостійних вимог у господарському судочинстві не зовсім чітко регламентується, якщо порівняти регламентацію цього питання відповідно до ЦПК України. Тобто, суть питання при вирішенні доцільності участі нотаріуса в господарському судочинстві.

чинстві полягає у тому, чи вплине майбутнє рішення суду на права та інтереси нотаріуса? Якщо позивач у майбутньому вважатиме за потрібне звернутися з позовом до нотаріуса, то участь нотаріуса в господарській справі є необхідною, щоби рішення господарського суду мало преюдиційне значення<sup>5</sup>.

Але участь нотаріуса в господарських справах як відповідача, на думку С. Я. Фурси та Є. І. Фурси, неможлива, оскільки, згідно зі ст. 3 Закону України «Про нотаріат» (далі – ЗУ «Про нотаріат»), за статусом не є суб'єктом підприємницької діяльності, тому таке положення суперечитиме нормам Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України). Щодо участі в господарській справі нотаріуса як третьої особи без самостійних вимог, то у ст. 27 ГПК України неможливо знайти обмеження щодо участі в такій справі нотаріуса<sup>6</sup>.

Переважна більшість справ щодо оскарження виконавчих написів пов'язана з оскарженням відмови у видачі виконавчого напису або його видачею, однак судову практику з вирішення спорів даної категорії не можна вважати усталеною, а тому вважаємо за потрібне звернути увагу на кілька запитань.

Судам слід мати на увазі, що здійснюючи виконавчий напис, нотаріус не розглядає спір про право. Виконавчий напис вчиняється виключно за документально оформленими вимогами, викладеними у Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів тільки при наявності всіх умов, передбачених ЗУ «Про нотаріат». Безспірність вимоги визначається не нотаріусом або стягувачем, а відповідно до Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів. Нотаріус лише перевіряє безспірність заборгованості за наданими документами<sup>7</sup>.

До того ж, однією з основних причин оскарження виконавчих написів є поверховий підхід нотаріуса до вирішення питання про можливість вчинення виконавчого напису у кожному конкретному випадку. Поза увагою нотаріуса досить часто залишається те, що стягувачі, звертаючись за вчиненням виконавчого напису, необгрунтовано завищують суми своїх вимог, включаючи до їх складу всі санкції, комісії, винагороди, або звертаються про стягнення спірного боргу.

Тому судами під час розгляду таких справ має бути враховано пред'явлені банками розрахунки заборгованості за кредитними договорами, суми, які зазначені у письмових вимогах та виконавчих написах нотаріусів, з'ясовано всі обставини у справі, зокрема, чи є за боржником сума боргу. При цьому судам слід особливу увагу приділяти спірності сум у частині зазначення різних сум у письмовій вимозі та у виконавчому написі. Як правило, у виконавчому написі сума є більшою ніж у вимозі, але це пов'язано з часом, який пройшов від надіслання вимоги і вчинення виконавчого напису. Отже, якщо у письмовій вимозі боржнику повідомлено, що при вчиненні напису сума заборгованості може бути збільшена з урахуванням нарахування процентів та штрафних санкцій, то у такому випадку спірності суми немає<sup>8</sup>.

Неоднаковою також є практика суду щодо оскарження виконавчих написів нотаріуса про звернення стягнення на предмет застави за виконавчим написом нотаріуса.

Під час вирішення даної категорії спору судам слід враховувати те законодавство, яке діяло на час вчинення спірних правовідносин, що суттєво буде впливати на правильність вирішення спору<sup>9</sup>.

Як показує практика, відмова нотаріусів у вчиненні нотаріальних дій не завжди є обгрунтованою.

Оскаржуючи в судовому порядку відмову у вчиненні нотаріальних дій, предмет доказування повинен визначатися з урахуванням підстав відмови, передбачених ст. 49 ЗУ «Про нотаріат»<sup>10</sup>, оскільки від встановлення або не встановлення цих обставин залежить висновок про законність та обгрунтованість відмови у вчиненні нотаріальної дії.

Враховуючи сказане вище, хочемо зробити висновки, що на практиці існує багато невирішених проблем, саме тому даний інститут вимагає більш прискіпливої уваги фахівців. Адже можливість захисту прав та інтересів осіб за даною категорією справ при кожному зверненні до суду буде залежати від судової практики, яка в свою чергу безпосередньо залежить від норм законодавства.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356.

<sup>2</sup> Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ : постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 р. № 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0003740-13>; Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

<sup>3</sup> Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ : постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 р. № 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0003740-13>

<sup>4</sup> Про судову практику розгляду справ про оскарження нотаріальних дій або відмову в їх вчиненні : Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 7 лютого 2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/VRR00137.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VRR00137.html)

<sup>5</sup> Фурса С. Я. Виконавчий напис нотаріуса та господарське судочинство: старі та нові проблеми / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса // Цивілістична процесуальна думка: зб. науков. ст. / за заг. ред. Фурси С. Я. – К. : ПАЛІВОДА А. В., 2012. – С. 357.

<sup>6</sup> Там само. – С. 357.

<sup>7</sup> Про судову практику розгляду справ про оскарження нотаріальних дій або відмову в їх вчиненні. Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 7 лютого 2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/VRR00137.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VRR00137.html)

<sup>8</sup> Там само.



<sup>9</sup> Там само.

<sup>10</sup> Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 р. № 3426-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.

Резюме

**Строкач І. І. Деякі проблемні питання виконавчого напису нотаріуса в судовому процесі.**

Наукова стаття присвячена деяким особливостям розгляду судами справ про оскарження виконавчого напису нотаріуса. Проведено аналіз основних причин оскарження даної категорії справ до суду. Автором досліджено недоліки чинного законодавства України та сформульовано пропозиції щодо вдосконалення нормативного регулювання цього інституту.

**Ключові слова:** виконавчий напис, нотаріус, нотаріальна дія, суд, юрисдикція.

Резюме

**Строкач И. И. Некоторые проблемные вопросы исполнительной надписи нотариуса в судебном процессе.**

Научная статья посвящена рассмотрению некоторых особенностей рассмотрения судами дел об оспаривании исполнительной надписи нотариуса. Проведен анализ основных причин обжалования данной категории дел в суде. Автором исследованы недостатки действующего законодательства Украины и сформулированы предложения по совершенствованию нормативного регулирования этого института.

**Ключевые слова:** исполнительная надпись, нотариус, нотариальное действие, суд, юрисдикция.

Summary

**Strokach I. Some problematic issues of executive notary notation in the judicial process.**

The scientific article is devoted to some peculiarities of consideration of cases challenging the writ notary. In this article the author analyzes the main reasons for the appeal of the category of cases in court. The author studied the shortcomings of current legislation of Ukraine and formulates proposals to improve the regulation of the institution.

**Key words:** executive inscription, notary, notary action, court, jurisdiction.

УДК:340.13

**О. А. ЧАБАН**

*Олена Анатоліївна Чабан, аспірант Київського університету права НАН України*

## ПАСИВНІ СУБ'ЄКТИ ПРАВА ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ НА ТАЄМНИЦЮ ПРО СТАН ЗДОРОВ'Я

У цьому дослідженні основна увага приділяється характеристиці та класифікації пасивних суб'єктів права фізичної особи на таємницю про стан здоров'я.

Для дослідження вказаної мети визначено такі завдання:

- проаналізувати сучасний стан нормативно-правового забезпечення здійснення права фізичної особи на таємницю про стан здоров'я в Україні та за кордоном, приділяючи увагу суб'єктами, які є зобов'язаними зберігати відомості про стан здоров'я особи конфіденційними;
- систематизувати існуючі наукові здобутки в сфері суспільних відносин, що є предметом дослідження;
- запропонувати авторську класифікацію зобов'язаних суб'єктів права фізичної особи на таємницю про стан здоров'я.

Актуальність роботи обумовлена тим, що не зважаючи на те, що суб'єктам, які зобов'язані зберігати таємницю про стан здоров'я, приділялась активна увага вітчизняних та закордонних дослідників, поза науковим аналізом залишилась низка питань. Зокрема, статус осіб, яким інформація про стан здоров'я стає відомою незалежно від професійних або службових обов'язків, а також статус держави у суспільних відносинах, що є предметом нашого дослідження.

Так, суб'єкти, які зобов'язані зберігати таємницю про стан здоров'я, досліджувались С. Г. Стеценком, І. Я. Сенютою, М. Н. Малєною, І. В. Шатковською, С. В. Агісвець, Андре Л'єнар та іншими вітчизняними і зарубіжними науковцями. Особлива увага в роботах зазначених дослідників приділялась визначенню кола зобов'язаних суб'єктів та їх класифікації. Для нашого дослідження також вбачається необхідним визначити, хто є зобов'язаним зберігати таємницю про стан здоров'я особи та зробити класифікацію вказаних суб'єктів.

На рівні теорії всі вітчизняні дослідники одностайні у твердженні, що не тільки лікарі є зобов'язаними суб'єктами лікарської таємниці. Так, М. Н. Малєїна зазначає, що обов'язок збереження таємниці, яка стала відома особі у зв'язку із виконанням професійного обов'язку, покладається не тільки на лікарів, а й на середній медичний персонал та всіх тих, хто працює у медичному закладі, у тому числі й на фармацевтів<sup>1</sup>.

Більш розширене коло зобов'язаних суб'єктів ми бачимо у класифікації, запропонованій С. Г. Стеценко та І. В. Шатковською, які до основних суб'єктів збереження лікарської таємниці відносять також осіб, що навчаються (студентів вищих і середніх медичних закладів), працівників страхових організацій, посадових осіб органів управління охороною здоров'я (головні лікарі, керівники структурних підрозділів міністерства та ін.), працівників судових та правоохоронних органів, яким інформація, що становить лікарську таємницю, стала відомою завдяки професійним обов'язкам<sup>2</sup>.

І. Я. Сенюта диференціює суб'єктів, що є об'єктом дослідження, за двома групами: «медичні працівники» (головні лікарі, їх заступники, лікарі, медичні сестри, акушери, санітари та ін.) та «інші особи», яким у зв'язку з виконанням професійних обов'язків стала відома інформація, яку не можна розголошувати. До таких інших осіб, окрім суб'єктів, запропонованих С. Г. Стеценко та І. В. Шатковською, дослідниця відносить також працівників освітніх закладів (дошкільні навчальні заклади, загальноосвітні школи соціальної реабілітації, навчально-реабілітаційні центри тощо)<sup>3</sup>. Погоджуючись з тим, що особи – працівники освітніх закладів можуть у зв'язку із професійною діяльністю отримувати інформацію про стан здоров'я особи, підтримуємо доцільність віднесення таких осіб до пасивних суб'єктів лікарської таємниці.

Цікавою є наукова позиція О. В. Кохановської, яка в сфері інформаційних відносин виділяє дві категорії зобов'язаних осіб: загальну і спеціальну. До загальної категорії належать практично всі суб'єкти права на інформацію – як фізичні, так і юридичні особи, за винятком самої управоможеної особи. Спеціальна категорія зобов'язаних суб'єктів особистих немайнових відносин включає, зокрема, всі організації, працівників у цих організаціях, які в межах, встановлених законом, мають причетність до здоров'я, особистого життя тощо<sup>4</sup>. Поділяючи зазначену позицію, розглянемо на рівні закону, які особи визначаються законодавцем зобов'язаними суб'єктами права, що є предметом нашого дослідження. Виходячи із положень ст. 145 ККУ та ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я, пасивним суб'єктом лікарської таємниці є будь-яка особа, якій у зв'язку із виконанням професійних або службових обов'язків стала відома інформація про стан здоров'я особи. Тобто, у зазначених випадках, зобов'язання виникає у особи, яка отримує відомості, що є об'єктом таємниці, під час виконання професійної або службової діяльності. Більш того, рід професії та діяльності не є експліцитно визначеними та не обмежуються тільки медичною сферою. Таке визначення зобов'язаних суб'єктів корелює із принципами класифікації зазначених суб'єктів, запропонованими С. Г. Стеценко, І. В. Шатковською та І. Я. Сенютою.

Водночас ЦКУ коло зобов'язаних суб'єктів значно розширює, зобов'язуючи фізичну особу утримуватись від поширення інформації про стан здоров'я особи, яка стала їй відома у зв'язку із виконанням службових обов'язків або з інших джерел<sup>5</sup>. Тобто, незалежно від джерела отримання інформації, яке може бути як пов'язаним із виконанням професійною діяльністю, так і не пов'язаним – законодавець зобов'язує зберігати інформацію про стан здоров'я особи у таємниці всіх без винятку осіб, яким така інформація стає відомою. Проаналізуємо, чи є виправданим таке визначення пасивних суб'єктів права фізичної особи на таємницю про стан здоров'я.

По-перше, говорячи про суб'єктів – фізичних осіб, до зобов'язаних осіб належать всі медичні працівники, незалежно від посади та кваліфікації (головні лікарі, їх заступники, лікарі, медичні сестри, акушери, санітари тощо) та фармацевтичні працівники (провізори, фармацевти, керівники й інші робітники аптек та фармацевтичних магазинів, закладів). До наступної групи віднесемо інших осіб, яким у зв'язку з виконанням професійних обов'язків стала відома інформація, яку не можна розголошувати. Це – особи, які працюють у закладах охорони здоров'я, проте не є представниками медичної та або фармацевтичної професії (адміністративні працівники: реєстратори, працівники архівів, працівники їдальні, водії, охоронці тощо); студенти, які мають доступ до відомостей, що становлять медичну таємницю при проходженні навчання і практики у закладах охорони здоров'я; представники страхових компаній та організацій; працівники управління охорони здоров'я органів державної влади та органів місцевого самоврядування; працівники освітніх закладів (дошкільні навчальні заклади, загальноосвітні школи соціальної реабілітації, навчально-реабілітаційні центри тощо); особи, яким відомості були передані у встановленому законом порядку (органи дізнання, досудового слідства, суди тощо). Крім вже зазначених категорій зобов'язаних суб'єктів, видається доцільним виділити групу осіб, яким інформація про стан здоров'я особи, може бути повідомлена або відома незалежно від їх професійних або службових обов'язків. До такої групи належать, наприклад, родичі, яким повідомляється інформація про стан здоров'я померлої особи. Такі особи одночасно виступають активним суб'єктом посттанативного права на таємницю про стан здоров'я та пасивним суб'єктом щодо всіх інших осіб, що перебувають у родинному зв'язку із померлою особою. До цієї категорії можуть належати також довірені особи з питань здоров'я, подружжя та наречені, яким повідомлено інформацію про стан здоров'я один одного і які одночасно мають зобов'язання не розголошувати такі відомості третім особам. Особи, яким відомості, що містять лікарську таємницю, повідомлені або до яких отримано доступ помилково, також повинні мати зобов'язання зберігати таку інформацію у таємниці.

Крім того, батьки, законні представники осіб, визнаних у встановленому порядку недієздатними, також мають подвійний статус як активного, так і пасивного суб'єкта. Так, наприклад, бачимо експліцитну вимогу законодавця, щодо їх зобов'язання забезпечити збереження умов конфіденційності даних про ВІЛ-статус осіб, інтереси яких вони представляють<sup>6</sup>. Отже, визначення зобов'язаними суб'єктами всіх фізичних осіб, яким інформація про стан здоров'я особи стала відома як у зв'язку з виконанням професійних обов'язків, так і з інших джерел, що пропонується Цивільним Кодексом України, вбачається обґрунтованим. Однак

варто зазначити, що, чинне законодавство України обмежується визначенням зобов'язаних суб'єктів права фізичної особи на таємницю про стан здоров'я – фізичних осіб. Щодо зобов'язань юридичних осіб, а також держави, законодавець їх експліцитно не зазначає. Водночас такі суб'єкти також виступають зобов'язаними у сфері суспільних відносин, що є предметом нашого дослідження. Так, як уже зазначалось у попередніх авторських дослідженнях, держава формулюючи, «створюючи» право, як мінімум, у його нормативному розумінні, визначає основні права та зобов'язання всіх суб'єктів суспільних відносин, включаючи і свої, а також несе відповідальність за «створений» правовий механізм. Отже, держава виступає зобов'язаним суб'єктом, у тому числі і права фізичної особи на таємницю про стан здоров'я.

Підсумовуючи наведене вище, видається доцільним запропонувати таку класифікацію пасивних суб'єктів права фізичної особи на таємницю про стан здоров'я:

– особи, яким інформація про стан здоров'я стала відома під час виконання професійних обов'язків (медичні, фармацевтичні, адміністративні працівники, працівники освіти, страхових компаній, органів дізнання, досудового слідства, судді тощо);

– особи, яким інформація стала відома незалежно від їх професійних або службових обов'язків (родичі померлої особи, довірені особи з питань здоров'я, подружжя, наречені, батьки, законні представники осіб, визнаних у встановленому законом порядку недієздатними, особи, що отримали доступ до лікарської таємниці помилково тощо);

– держава.

<sup>1</sup> *Малеїна М. Н.* Человек и медицина в современном праве : учеб. и практ. пособ. / М. Н. Малеїна. – М. : БЕК, 1995. – 260 с. – С. 130.

<sup>2</sup> *Стеценко С. Г.* Медичне право України: правове забезпечення лікарської таємниці / С. Г. Стеценко, І. В. Шатковська. – К. : Атіка, 2010. – 142 с. – С. 63.

<sup>3</sup> *Сенюта І. Я.* Медичне право: право людини на охорону здоров'я / І. Я. Сенюта. – Л. : Астролябія, 2007. – 224 с. – С. 193.

<sup>4</sup> *Кохановська О. В.* Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві / О. В. Кохановська. – К. : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. – 463 с. – С. 222.

<sup>5</sup> Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. – 2 е вид., перероб. і доп. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – Т. I. – 832 с. – С. 476.

<sup>6</sup> Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ : Закон України від 12 грудня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 11. – Ст. 152 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1972-12>

### Резюме

#### **Чабан О. А. Пасивні суб'єкти права фізичної особи на таємницю про стан здоров'я.**

Стаття присвячена аналізу пасивних суб'єктів права фізичної особи на таємницю про стан здоров'я. Наукову увагу приділено як суб'єктам – фізичним особам, так і юридичним, включаючи й державу. Виділено окрему групу осіб, яким інформація про стан здоров'я особи може бути повідомлена або відома незалежно від їх професійних або службових обов'язків. Виконано класифікацію пасивних суб'єктів права фізичної особи на таємницю про стан здоров'я.

**Ключові слова:** таємниця про стан здоров'я, зобов'язаний суб'єкт права, фізична особа, юридична особа, держава, посттанативне право, довірена особа з питань здоров'я.

### Резюме

#### **Чабан Е. А. Пассивные субъекты права физического лица на тайну о состоянии здоровья.**

В статье внимание уделяется анализу пассивных субъектов права физического лица на тайну о состоянии здоровья. Научное внимание уделено как субъектам – физическим лицам, так и юридическим, в том числе и государству. Выделена отдельная группа лиц, которым информация о состоянии здоровья может быть сообщена либо известна независимо от их профессиональных либо служебных обязанностей. Проведена классификация пассивных субъектов права физического лица на тайну о состоянии здоровья.

**Ключевые слова:** тайна о состоянии здоровья, обязанный субъект права, физическое лицо, юридическое лицо, государство, посттанативное право, доверенное лицо по вопросам здоровья.

### Summary

#### **Chaban O. Persons bound with obligation to keep health data confidential.**

This article is dedicated to the analysis of the persons who are bound with the obligation to keep the health data confidential. This issue is not new for the researchers, it was analyzed by S. Stetsenko, I. Senyuta, M. Maleina, I. Shatkovska, S. Agievets, Andre Lienar and other Ukrainian and foreign researchers. Each of the indicated researcher offered the classification of the persons bound with obligation to keep the health data confidential and all of them agree that not only doctors are bound with the said confidentiality obligation.

**Key words:** health data confidentiality, person bound with confidentiality, natural person, legal entity, state, postmortem right, authorized representative for health issues.

**В. Г. ЧЕКІТА**

*Віоланта Геннадіївна Чекіта, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## **ПРОЦЕДУРА НОТАРІАЛЬНОГО ПОСВІДЧЕННЯ КОНСУЛОМ АЛІМЕНТНИХ ДОГОВОРІВ**

Міжнародна Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 р., ратифікована Верховною Радою України 27 вересня 1991 р., визнає право кожної дитини на рівень життя, необхідний для фізичного, розумового, духовного, морального та соціального розвитку. Забезпечення цього права покладається пріоритетно на батьків чи інших осіб, які виховують дитину. Сімейний кодекс України (далі – СК України) закріплює обов'язок батьків утримувати дітей до їх повноліття (ст. 180), а в деяких випадках – і повнолітніх дітей (ст.ст. 198, 190)<sup>1</sup>.

Останнім часом проблема невиконання одним із батьків або обома батьками обов'язку з утримання своїх дітей стоїть дуже гостро. Таким чином, на сучасному етапі є актуальним дослідження проблем, пов'язаних з виконанням аліментних зобов'язань, вдосконаленням правового регулювання відносин, що виникають при сплаті батьками аліментів на утримання неповнолітніх дітей. Але, як показує практика, все більшої ваги набирає така функція консулів, як вчинення нотаріальних дій. Це пов'язано насамперед із розширенням взаєморозуміння між державами та їх прагненням надати своїм громадянам більше можливостей для реалізації прав та захисту своїх інтересів на державному рівні. Статус, завдання та функції консульської установи України за кордоном визначаються Законом України «Про дипломатичну службу» та Консульським статутом, який затверджено Указом Президента України.

Сьогодні, коли значна частина українців перебуває за кордоном, виникла необхідність узгодження норм матеріального права, зокрема міжнародного приватного, із процесуальними нормами, які регламентують процедуру вчинення консулом нотаріальних дій. Тому дослідження потребують норми матеріального права, норми законодавства про нотаріат, які регламентують процедуру нотаріального посвідчення аліментного договору як у нотаріальну, так і консульському порядку.

Питання правової регламентації аліментних зобов'язань розроблялися в працях як зарубіжних, так і вітчизняних науковців, більшість із яких присвячені досліджуванню зобов'язання в цілому. Питання аліментних відносин розглянуто в роботах М. Антокольської, Л. Афанасьєвої, О. Дзери, І. Жилінкової, О. Косової, В. Кройтор, З. Ромовської, Л. Сапейко, С. Фурси, С. Чашкової, Є. Чефранової, Ю. Червоного та інших. Питання добровільного виконання аліментних зобов'язань з оформленням відповідного договору досліджено в роботах Г. Ахмач, Н. Дячкової, М. Ждан, І. Кузнецова, О. Усачової.

Наукові підходи щодо процедури нотаріального посвідчення аліментного договору одержали належне обґрунтування в рамках теорії нотаріального процесу у працях таких відомих українських учених, як Т. Андрущенко, В. Баранкової, М. Бондарєвої, О. Дерій, О. Кармази, Я. Панталієнко, Є. Фурси, С. Фурси та інших.

Щодо консулів, то процедурні питання нотаріального посвідчення аліментного договору фактично не досліджувалися вченими, тому нині відсутні комплексні спеціальні наукові дослідження, які б базувалися безпосередньо на аналізі консульської практики із вчинення нотаріальної дії з посвідчення аліментного договору та стосувалися процедури даного провадження, яка потребує вдосконалення.

**Метою цієї статті** є дослідження особливостей здійснення нотаріального посвідчення консулом одного з видів аліментних договорів – договору між батьками про сплату аліментів на дитину.

Законодавством України передбачена можливість врегулювання аліментних зобов'язань між батьками без втручання суду шляхом укладання договору про сплату аліментів на дитину. Згідно зі ст. 189 СК України батьки мають право укласти договір про сплату аліментів на дитину, у якому визначити розмір та строки виплати. Умови договору не можуть порушувати права дитини, які встановлені законодавством. Укладення цього правочину є правом, а не обов'язком батьків. Договір про сплату аліментів на дитину може бути укладений між батьками, які не перебувають у шлюбі, якщо вони зареєстровані як батьки дитини; між батьками, які перебувають у шлюбі, після розірвання шлюбу.

Відповідно до ст. 181 СК України сімейні відносини можуть бути врегульовані за домовленістю сторін. Законодавець має на увазі, що батьки дитини мають право скласти договір про сплату аліментів на дитину, в якому буде визначено розмір та строки їх виплати<sup>2</sup>.

За своєю правовою природою даний договір належить до сімейно-правових договорів, оскільки внаслідок його укладення і виконання настають правові наслідки, передбачені нормами сімейного законодавства, а саме надання батьками утримання дитині<sup>3</sup>.



Аліментний договір спрямований передусім на добровільне виконання аліментного зобов'язання одним із батьків, а також надає можливість батькам самостійно вирішити питання надання аліментів без втручання суду.

Законодавство України не закріплює чітких вимог щодо укладення такого договору, лише вказується, що він укладається в письмовій формі й підлягає нотаріальному посвідченню. Тому при його укладанні мають бути дотримані загальні вимоги, що встановлені ст. 203 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), а саме: зміст правочину не може суперечити законодавству; особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності; волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі; правочин має вчинятися у формі, встановленій законом; правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним; правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей<sup>4</sup>.

Виходячи зі змісту ст. 189 СК України, сторонами договору про сплату аліментів виступають батьки дитини. Вони мають право скласти такий договір як у період їх перебування у шлюбі, так і після його розірвання. Даний договір може бути укладений також між батьками, які не перебувають у шлюбі, якщо ці особи зареєстровані як батьки дитини.

Як встановлено вище, договір про сплату аліментів на дитину укладається у письмовій формі і має бути нотаріально посвідчений. Нотаріальне посвідчення даного договору необхідне, оскільки цей договір є довготривалим і стосується надзвичайно важливих інтересів сторін, насамперед малолітніх та неповнолітніх дітей. Таке посвідчення може здійснюватись як державним, так і приватним нотаріусом у встановленому законом порядку<sup>5</sup>.

За умов належного нотаріального посвідчення договору, у випадку невиконання батьком (матір'ю) свого обов'язку за договором, аліменти з нього можуть стягуватись на підставі виконавчого напису нотаріуса. Натомість недотримання нотаріальної форми тягне за собою визнання такого договору недійсним.

У контексті даного дослідження насамперед нас цікавить питання процедури нотаріального посвідчення консулом аліментних договорів. Необхідно зауважити, що під процедурою вчинення нотаріальних проваджень (нотаріальною процедурою) визначають встановлений законодавством порядок (механізм, послідовність) здійснення нотаріальних дій уповноваженими від імені держави суб'єктами, а також комплексний правовий інститут як сукупність визначених законом норм, якими регламентується послідовність та можливі варіанти поведінки суб'єктів у нотаріальних правовідносинах, загальні й конкретні умови вчинення нотаріальних дій (проваджень), а також права та обов'язки суб'єктів нотаріального процесу при вчиненні тих чи інших дій<sup>6</sup>. Тож у сукупності зазначених характеристик розглянемо процедуру нотаріального посвідчення консулом аліментного договору.

Нотаріальна процедура складається із загального порядку і спеціальних правил вчинення нотаріальних проваджень, до яких можна віднести як загальні правила вчинення нотаріальних дій (проваджень), так і особливі (специфічні) правила посвідчення окремих видів договорів<sup>7</sup>. Такий підхід зумовив логіку вивчення загальних процедурних аспектів нотаріального посвідчення консулом аліментного договору.

Згідно з теорією нотаріального процесу нотаріальне провадження – це сукупність окремих процесуальних дій, які вчинюються нотаріусом або іншою уповноваженою на вчинення нотаріальних дій особою у визначеній законом послідовності на кожній стадії (етапі) нотаріального процесу. При цьому нотаріальна дія – це окрема дія нотаріуса або іншої повноваженої особи, яка визначається окремим змістом і є складовою провадження або процесу оформлення провадження<sup>8</sup>.

Як доречно зазначають С. Я. Фурса та Є. І. Фурса, нотаріальний процес проходить такі стадії: 1) відкриття нотаріального провадження; 2) підготовка до вчинення нотаріального провадження; 3) безпосереднє вчинення нотаріальної дії, яке закінчується посвідченням нотаріального акта та його видачею<sup>9</sup>. Водночас зазначені автори відкриття нотаріального провадження пов'язують із виникненням нотаріальних правовідносин, що ґрунтується на правовій прийнятності звернення особи до нотаріуса про вчинення певної нотаріальної дії, насамперед за умов відсутності підстав для відмови у відкритті нотаріального провадження. Схиляємося до думки, що більш слушною є позиція зазначених учених, згідно з якою вони визначають такі стадії нотаріального процесу: 1) перша стадія – виникнення нотаріальних правовідносин, порушення нотаріального провадження, підготовка до вчинення нотаріального провадження і одночасно розгляд заяви по суті; 2) друга стадія – безпосереднє вчинення дій щодо посвідчення договорів та видачі нотаріально посвідчених актів громадянам<sup>10</sup>.

Слушність аргументації такого підходу пояснюється тим, що стадія відкриття по суті розпочинається з моменту звернення особи до нотаріуса (консула) та охоплює процесуальні (підготовчі) дії нотаріуса (консула), що дають йому можливість здійснити правову оцінку відповідних обставин справи та сформулювати професійну позицію щодо перспектив і можливості безпосереднього вчинення нотаріальної дії (посвідчення договору).

З урахуванням наведеного вище процедура нотаріального посвідчення аліментних договорів, зокрема, договору між батьками про сплату аліментів на дитину, являє собою нормативно встановлену систему правил послідовного та комплексного вчинення нотаріусом (консулом) процесуальних дій в одному нотаріальному провадженні, яка спрямована на встановлення безспірності факту досягнення домовленості між сторонами щодо розміру аліментного обов'язку, строків та обсягу його виконання, з урахуванням імперативних

положень законодавства щодо забезпечення мінімального прожиткового мінімуму та надання аліментному договору юридичної вірогідності.

Відкриття нотаріального провадження як факт виникнення нотаріальних правовідносин пов'язують із моментом звернення суб'єктів (батьків), які мають наміри укласти договір про сплату аліментів на дитину. Цей момент може мати принципове значення для визначення матеріальних та процесуальних строків<sup>11</sup>. Як зазначає С. Я. Фурса, саме з цього моменту нотаріус фактично розпочинає нотаріальні дії, що мають бути оплачені, і з цього моменту слід враховувати час, який був витрачений ним на вчинення нотаріального провадження. Таке звернення може мати вплив на перебіг як матеріальних, так і процесуальних строків<sup>12</sup>. Таким чином, відкриття нотаріального провадження є юридичним фактом, який пов'язується із певними правовими наслідками.

Водночас відкриття нотаріального провадження передбачає додержання встановлених законодавством вимог.

До основних правил вчинення нотаріальних дій на стадії відкриття нотаріального провадження щодо посвідчення договору між батьками про сплату аліментів на дитину слід відносити вимоги щодо: місця вчинення нотаріальних дій; строку вчинення нотаріальних дій; встановлення особи, яка звернулася за вчиненням нотаріальної дії; встановлення кола осіб правочину; визначення обсягу цивільної дієздатності фізичних осіб; перевірки цивільної правоздатності та дієздатності юридичних осіб; перевірки повноважень представника фізичної та юридичної особи; встановлення намірів сторін вчиняти правочин; перевірка поданих документів тощо.

Встановлення відповідності певних фактів, обставин, що мають значення для кваліфікації аліментних правовідносин та нотаріального посвідчення аліментного договору, нотаріус здійснює на підставі правової оцінки відповідних і належних документів, відомостей. Згідно з теорією нотаріального процесу йдеться про докази та доказування при вчиненні окремих нотаріальних дій, у даному разі – нотаріального посвідчення аліментного договору. Проведення нотаріусом організаційно-процесуальних дій щодо збору належних доказів та їх правової оцінки як відповідних для цілей підтвердження юридичної вірогідності (безспірності) тих чи інших фактів (доказування) є важливою складовою підготовчої стадії нотаріального процесу.

С. Я. Фурса зазначає, що докази в нотаріальному процесі – це певна формалізована інформація про існування або відсутність юридичних обставин, яка за змістом та формою може бути прийнята нотаріусом як підстава для вчинення нотаріального провадження або відмова у його вчиненні<sup>13</sup>. Погоджуючись із останнім визначенням, зазначимо, що, на наш погляд, важливою ознакою доказів у нотаріальному процесі є також їх безспірність, що має значення для встановлення та надання певному юридичному факту юридичної вірогідності<sup>14</sup>. Отже, на підставі даних визначень можна стверджувати, що докази являють собою сукупність формалізованих та безспірних відомостей, які виступають правовим підґрунтям для підтвердження юридичної вірогідності обставин, фактів, встановлення яких є необхідними для вчинення нотаріального провадження.

Тож підготовча стадія нотаріального провадження щодо посвідчення аліментного договору передбачає відповідну процесуальну діяльність із забезпечення кваліфікованими доказами юридично значимих фактів, які потребують оформлення нотаріальним актом.

Аналіз положень глави 7 розділу I Порядку вчинення нотаріальних дій свідчить про те, що в основному доказами для нотаріального посвідчення правочинів слугують документи<sup>15</sup>. С. Я. Фурса зазначає, що у своїй більшості доказами в нотаріальному процесі є письмові документи, що подаються особами, які беруть участь у вчиненні нотаріального провадження та які є необхідними для того, щоб нотаріус вчинив нотаріальну дію<sup>16</sup>.

Підготовча стадія нотаріального провадження щодо посвідчення аліментного договору передбачає збирання цілої низки доказів, які можуть відрізнитися за змістом та формою залежно від виду аліментного договору та необхідності підтвердження тих чи інших життєвих фактів. Адже, враховуючи передбачені СК України види аліментного договору, кожен із них характеризується різним доказовим супроводом. Зокрема, різні докази будуть подаватися нотаріусу при посвідченні, наприклад, звичайного аліментного договору, яким встановлюються періодичні платежі, договору про припинення права на аліменти взамін передачі нерухомого майна у власність утримуваній особі та договору про припинення права на утримання у зв'язку з одержанням одноразової грошової виплати.

Тож нотаріус роз'яснює заявнику (сторонам правочину), які документи (копії), відомості мають подати особи, а також вимоги, що встановлені законом стосовно документів, які подаються нотаріусу. Зокрема, йдеться про їх відповідність таким основним критеріям, як офіційність та безспірність, що стосується як форми, так і змісту, а також додержання вимог, встановлених ст. 47 Закону України «Про нотаріат». Так, нотаріус має роз'яснити, що для вчинення нотаріальних дій не приймаються документи, які не відповідають вимогам законодавства або містять відомості, що принижують честь, гідність та ділову репутацію фізичної особи або ділову репутацію юридичної особи, які мають підчистки або дописки, закреслені слова чи інші незастережені виправлення, документи, тексти яких неможливо прочитати внаслідок пошкодження, а також документи, написані олівцем.

Якщо ж особа не може з об'єктивних причин надати документи, вона має право звернутися до нотаріуса з проханням сприяти у їх витребуванні. Так, відповідно до ст. 46 Закону України «Про нотаріат» нотаріус має право витребувати від фізичних та юридичних осіб відомості та документи, необхідні для вчинення нотаріальних дій. Такі відомості та/або документи повинні бути подані в строк, визначений нотаріусом, але

цей строк не може перевищувати одного місяця, що є максимальним строком підготовчої стадії для нотаріального посвідчення правочину. У разі ж якщо подані документи викликають у нотаріуса сумніви, зокрема стосовно його справжності або дійсності, він може направити такий документ на експертизу (частина друга ст. 51 Закону).

За науковою класифікацією нотаріальних проваджень<sup>17</sup>, що відповідає визначеному у ст. 44 Закону України «Про нотаріат» переліку нотаріальних дій, які вчиняють нотаріуси, посвідчення аліментних договорів належить до групи нотаріальних дій, що охоплює посвідчення правочинів (договори, заповіти, довіреності тощо)<sup>18</sup>.

Системний аналіз положень Закону України «Про нотаріат» свідчить про те, що суб'єктами, які вчиняють нотаріальні дії з посвідчення аліментних договорів в Україні, є нотаріуси, які працюють у державних нотаріальних конторах (державні нотаріуси) або займаються приватною нотаріальною діяльністю (приватні нотаріуси) (ч. 1 ст. 34). Вчинення таких нотаріальних дій за кордоном покладається на консульські установи України в особі консула або інших посадових осіб (ч. 1 ст. 34; ст. 48), за дорученням Міністра закордонних справ України виконувати консульські функції може дипломатичне представництво України (ст. 1; п. 3)<sup>19</sup>.

Порядок вчинення нотаріальних дій відповідно до ст. 39 Закону України «Про нотаріат» встановлюється цим Законом та іншими актами законодавства України, зокрема, Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, для консульських установ – також Консульським статутом України. Утім, законодавством не встановлено чітких правил щодо нотаріального посвідчення аліментних договорів у цілому, так й посвідчення досліджуваної категорії договорів консулом, зокрема, що передбачає необхідність комплексного вивчення загальних вимог вчинення нотаріальних дій щодо посвідчення угод (правочинів) з екстраполяцією їх на специфіку посвідчення консулом аліментних договорів.

Отже, ч. 1 ст. 189 СК України встановлено, що батьки мають право укласти договір про сплату аліментів на дитину, у якому визначити розмір та строки виплати. Умови договору не можуть порушувати права дитини, які встановлені СК України.

Договір про сплату аліментів укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню. У ньому мають бути зазначені розмір аліментів, способи і порядок їх виплати. Може також встановлюватися порядок індексації аліментів, відповідальність особи, зобов'язаної сплачувати аліменти, у разі виникнення заборгованості та ін. Договір підписується платником і одержувачем аліментів (або їх законними представниками).

Нотаріальне посвідчення договору здійснюється нотаріусом або іншою посадовою особою, яка відповідно до закону має право вчинення такої нотаріальної дії, шляхом вчинення на документі, в якому викладено текст правочину, посвідчувального напису (ч. 2 ст. 209 ЦК України). Відповідно до ч. 1 ст. 220 ЦК України у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним.

Розмір аліментів, який буде сплачуватися відповідно до умов договору, визначається на розсуд сторін. Найчастіше договір про сплату аліментів укладають, коли його умови більш вигідні порівняно з умовами, встановленими законом. В іншому випадку в одержувача аліментів немає інтересу в укладенні договору.

У разі, якщо розмір аліментів визначений у договорі у твердій грошовій сумі, перевірці підлягає розмір заробітної плати та (або) іншого доходу особи, зобов'язаної сплачувати аліменти. Але на практиці з визначенням складу і розміру доходів платника аліментів, як правило, виникають труднощі: він може бути нерегулярними, мінливими, одержуваним повністю або частково, у натурі або в іноземній валюті. У наші дні довідка про розмір заробітної плати з постійного місця роботи не завжди може бути об'єктивним джерелом інформації про розмір доходів.

А відтак зробити це буде важко, оскільки матеріальне та сімейне становище особи, зобов'язаної надавати утримання, й особи, яка отримує аліменти, може істотним чином змінитися, СК України передбачає, що розмір аліментів, визначений за домовленістю між сторонами, може бути з часом змінений за рішенням суду за позовом платника або отримувача аліментів у разі зміни матеріального або сімейного становища, погіршення або поліпшення здоров'я когось із них (ст. 192). Згідно із ч. 2 ст. 7 СК України розмір аліментів може бути змінений без звернення до суду за погодженням між сторонами, оформленим у вигляді угоди про внесення змін до аліментного договору, яка підлягає нотаріальному посвідченню.

З урахуванням наведеного вище розглянемо особливості процедури нотаріального посвідчення консулом договору між батьками про сплату аліментів на дитину. Насамперед зазначимо, що порядок учинення нотаріальних дій у дипломатичних представництвах та консульських установах України визначається Положенням про порядок учинення нотаріальних дій у дипломатичних представництвах та консульських установах України, затвердженим наказом Міністерства юстиції України, Міністерства закордонних справ України від 27 грудня 2004 р. № 142/5/310, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 27 грудня 2004 р. за № 1649/10248<sup>20</sup>, що розроблене відповідно до Закону України «Про нотаріат», Цивільного та Сімейного кодексів України, глави XI Консульського статуту України.

Вчинення нотаріальних дій покладається на консульських посадових осіб (консул), які працюють у дипломатичних представництвах та консульських установах України.

Положенням про порядок учинення нотаріальних дій у дипломатичних представництвах та консульських установах України встановлено, що нотаріальні дії вчиняються у приміщенні дипломатичного представництва та консульської установи. В окремих випадках, коли фізична особа не може з'явитися в зазначене приміщення, а також коли того вимагають особливості вчинюваних нотаріальних дій, нотаріальні дії можуть



бути вчинені поза вказаними приміщеннями, але в межах території діяльності дипломатичного представництва або консульської установи, у межах консульського округу. За вчинення нотаріальних дій консули справляють консульський збір.

Якщо нотаріальна дія вчиняється поза приміщенням дипломатичного представництва чи консульської установи України, у посвідчувальному написі та в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій записується місце вчинення нотаріальної дії (удома, у лікарні тощо) із зазначенням адреси, а також часу вчинення нотаріальної дії та причин, з яких нотаріальна дія була вчинена поза вказаними приміщеннями.

Нотаріальні дії вчинюються в день пред'явлення всіх необхідних для цього документів, сплати консульського збору і відшкодування фактичних витрат.

При вчиненні нотаріальних дій консул установлює особу учасників цивільних правовідносин, які особисто звернулися за вчиненням нотаріальних дій. Встановлення особи здійснюється за паспортом або іншими документами, які унеможливають будь-які сумніви щодо особи громадянина. Особа неповнолітнього до 16 років встановлюється за свідченням про народження за умови письмового підтвердження батьками (одним із батьків) особи їх дитини та своєї особи. Засвідчення справжності підпису на такій заяві консулом не здійснюється.

Якщо за фізичну особу, яка у зв'язку з хворобою або фізичною вадою не може власноручно підписати правочин чи інший документ, його підписує інша фізична особа, консул встановлює як особу громадянина, що бере участь у такій нотаріальній дії, так і особу громадянина, який підписався за нього. Відомості про документ (його реквізити), на підставі якого встановлюється особа, уносяться консулом до реєстру для реєстрації нотаріальних дій.

На стадії підготовки посвідчення аліментного договору консул має з'ясувати обсяг цивільної дієздатності фізичних осіб, які є учасниками аліментного договору (ст. 44 Закону України «Про нотаріат», виходячи з того, що цивільною дієздатністю фізичної особи визнається її здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання).

Якщо в консула є підстави вважати, що хтось із учасників правочину страждає на хронічний, стійкий психічний розлад, що істотно впливає на здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, зловживає спиртними напоями або наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо, а відомостей про визнання особи недієздатною чи обмежено дієздатною немає, консул відкладає вчинення правочину і з'ясовує, чи є рішення суду про визнання особи недієздатною або обмежено дієздатною, яке набрало законної сили. Якщо таке рішення судом не виносилось, консул повідомляє про своє припущення одну з осіб чи один з органів, указаних у ст. 237 ЦПК України, які можуть звернутись до суду із заявою про визнання цієї особи недієздатною або обмежено дієздатною. У своєму листі консул пропонує повідомити його про прийняте рішення. Залежно від прийнятого цією особою чи органом рішення консул або вчиняє нотаріальну дію, або зупиняє вчинення нотаріальної дії до розгляду справи в суді<sup>21</sup>.

Правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей (ст. 203 ЦК України).

Правочини від імені осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, можуть бути посвідчені за умови, якщо вони вчинені за згодою піклувальника. Справжність підпису(ів) піклувальників на заяві про їх згоду на посвідчення правочинів від імені осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, повинна бути нотаріально засвідчена. Засвідчення справжності підпису не потрібне, якщо піклувальники особисто подадуть консулу заяву про згоду на посвідчення правочину. У цьому разі консул установлює особу заявника, перевіряє справжність його підпису, про що робить відмітку на заяві, і вказує назву документа, його номер, дату видачі та назву установи, що видала документ, який стверджує особу.

При укладенні договору про сплату аліментів на дитину представником консул перевіряє його повноваження. Консул зобов'язаний через Міністерство закордонних справ України перевірити за допомогою Єдиного реєстру доручень, посвідчених у нотаріальному порядку, дійсність довіреності на право розпорядження майном, у тому числі транспортними засобами. На примірнику довіреності або її копії, що залишаються у справах дипломатичного представництва чи консульської установи, робиться відмітка про перевірку дійсності довіреності за даними Єдиного реєстру доручень, посвідчених у нотаріальному порядку, з обов'язковим зазначенням ідентифікаторного номера перевірки.

Щодо особливостей процедури нотаріального посвідчення консулом досліджуваного договору, то тут застосовуються норми, що містяться у п. 3 «Правила вчинення окремих видів нотаріальних дій» Положення про порядок учинення нотаріальних дій у дипломатичних представництвах та консульських установах України, зокрема, п. 3.9. встановлено, що подружжя має право на укладення між собою усіх договорів, які не заборонені законом, щодо майна, яке є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, а також є їх особистою приватною власністю<sup>22</sup>. Між подружжям (особами, які проживають однією сім'єю) можуть бути укладені договори, зокрема: про надання утримання; про припинення права на утримання за домовленістю подружжя; про розмір та сплату аліментів на дитину; про спільне проживання та ведення спільного господарства тощо.

Посвідчуючи договір про сплату аліментів на дитину, консулу необхідно враховувати, що зміст такого договору не може суперечити Цивільному кодексу України, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства (ст. 203 ЦК України).



Консули зобов'язані роз'яснити сторонам зміст і значення поданого ними проекту договору і перевірити, чи відповідає зміст посвідчуваного правочину вимогам закону та дійсним намірам сторін.

Документи, у яких викладено зміст договору про сплату аліментів на дитину, що посвідчується в нотаріальному порядку, виготовляються консулом не менше ніж у двох примірниках, один з яких залишається у справах консула, а інші видаються сторонам. Усі примірники підписуються учасниками аліментного договору.

Посвідчувальний напис учиняється на всіх примірниках аліментного договору. На бажання учасників правочину кожному з них видається по одному примірнику, про що зазначається у тексті договору.

У тексті договору, перед підписом сторін, зазначається, що сторонам роз'яснено зміст ч. 4 ст. 77 СК України про те, що в разі від'їзду платника аліментів на постійне місце проживання у державу, з якою Україна не має договору про надання правової допомоги, аліменти можуть бути сплачені наперед, а також ч. 2 ст. 78 СК України, відповідно до вимог якого в разі невиконання умов договору про надання утримання консулом може бути вчинений виконавчий напис про стягнення аліментів.

Усі нотаріальні дії, учинені консулами, вносяться в реєстри для реєстрації нотаріальних дій. Кожній нотаріальній дії присвоюється окремий порядковий номер. Номер, під яким нотаріальна дія зареєстрована в реєстрі, позначається на документах, що видаються консулом, чи в посвідчувальних написах. Запис нотаріальної дії у реєстр провадиться консулом чи іншою консульською посадовою особою або особою, яка перебуває у трудових відносинах з керівником дипломатичного представництва чи консульської установи України, тільки після того, як посвідчувальний напис на документі або документ, що видається консулом, ним підписаний та скріплені печаткою. Нотаріальна дія вважається вчиненою з моменту внесення її в реєстр для реєстрації нотаріальних дій.

Документи, на підставі яких вчинено нотаріальну дію із посвідчення аліментного договору, долучаються до примірника самого правочину, що залишаються у справах консула.

Оригінали документів (наприклад, свідоцтв про реєстрацію актів цивільного стану про народження, шлюб) повертаються особам, що їх подали, а в консула залишаються їх копії (фотокопії). Копії (фотокопії) подаються заінтересованими особами або на їх прохання виготовляються консулом чи іншим працівником або особою, яка перебуває у трудових відносинах з керівником дипломатичного представництва чи консульської установи України. На таких копіях консул робить напис «З оригіналом згідно», ставить дату і свій підпис, які скріплює печаткою<sup>23</sup>.

Документи, що посвідчують особу фізичних осіб, які звернулися за вчиненням нотаріальних дій із посвідчення аліментного договору або їх представників, повертаються особам, що їх подали, а в реєстрі записуються найменування документа, його номер, дата видачі й найменування установи, яка видала документ.

Проте невизначеними з правової точки зору є процедурні питання посвідчення консулом аліментних договорів, у яких однією зі сторін є іноземець. Так, при посвідченні аліментного договору консулом, крім норм національного законодавства, мають враховуватися і норми іноземного права держави перебування щодо змісту такого правочину. Тобто, насамперед консул має враховувати законодавство держави перебування, але для тих нотаріальних дій, після вчинення яких нотаріальні акти діятимуть на території цієї країни. При посвідченні аліментного договору консул має враховувати ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» щодо форми правочину, ст. 32 Закону щодо змісту правочину, а також ст. 33 Закону, яка стосується сфери дії права, що застосовується до правочину<sup>24</sup>.

Наприклад, при посвідченні договору про сплату аліментів на дитину під час звернення сторонам необхідно пред'явити такі документи: паспорт громадянина України для виїзду за кордон; примірник документа, який необхідно посвідчити або засвідчити; довідку про присвоєння ідентифікаційного номеру платника податків; квитанцію про сплату тарифу (залежно від консульської дії); інші документи, необхідні для вчинення нотаріальної дії (свідоцтво про народження дитини, свідоцтво про шлюб тощо).

При посвідченні договорів майнового характеру до консульського відділу додатково треба подати відомості: для громадян України – прізвище, ім'я, по батькові, адреса постійного місця проживання та ідентифікаційний номер згідно з Державним реєстром фізичних осіб – платників податків та інших обов'язкових платежів; для іноземців та осіб без громадянства – прізвище, ім'я, по батькові (за наявності), громадянство, адресу місця проживання.

Однак на практиці консул обмежений у правових можливостях перевірити ту чи іншу інформацію, джерела якої знаходяться поза межами держави перебування, так само як і перевірити реальне виконання зобов'язань щодо утримання особи, яка знаходиться за межами держави перебування. Як виняток, можна розглядати аліментні зобов'язання, що покриваються за рахунок нерухомого майна, однак у такому разі сумнівним виглядає нотаріальне посвідчення такого договору консулом, якщо майно, яке передається для зарахування аліментних зобов'язань, знаходиться поза межами держави перебування. Адже консул не може перевірити належність іноземному громадянину права власності на такий об'єкт, наявність обтяжень щодо цього майна, можливість громадян стати власниками об'єктів нерухомості, що розташовані поза межами держави перебування. Такий договір не може бути забезпечений відповідними гарантіями вчинення виконавчого напису консулом у безспірному порядку у випадку невиконання його умов, адже, як справедливо зазначають фахівці, компетенцією щодо вирішення аліментних обов'язків у примусовому порядку в міждержавних угодах наділений лише суд<sup>25</sup>.

Також потрібно звертати увагу на те, у якій країні складено довідку про доходи (заробітну плату) громадянина України. Так, довідка, складена: на території держав-учасників Гаазької конвенції від 5 жовтня

1961 р., яка скасовує вимогу про легалізацію іноземних офіційних документів (згідно з роз'ясненням Мін'юсту від 4 липня 2012 р. цю Конвенцію підписали вже 100 держав), – засвідчується штампом «APOSTILLE» уповноваженим органом країни, у якій була складена, і додаткової легалізації не потребує; на території держав, для яких діє Конвенція про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22 січня 1993 р. або з якими Україна уклала двосторонні міжнародні договори про правову допомогу, – повинна прийматися без будь-якого підтвердження (без консульської легалізації і, відповідно, без апостиля), за винятком В'єтнаму і низки інших країн (лист Мін'юсту від 11 травня 2010 р. № 26-26/291); на території інших держав – потребує консульської легалізації в іноземних дипломатичних установах України, посадові особи яких завіряють достовірність підпису і відбитку печатки в довідці своїм штампом (п. 6.3 Інструкції, затвердженої наказом МЗС від 4 червня 2002 р. № 113).

Через особливі домовленості консульська легалізація і проставлення апостиля не потрібні: для довідки, складеної на офіційному бланку податкового органу ФРН і завіреної його гербовою печаткою; сертифіката резиденції США за формою 6166.

Отже, можемо зробити такі висновки. Договір між батьками про сплату аліментів на дитину дає можливість сторонам зобов'язання самостійно погоджувати найбільш прийнятні для них умови надання утримання на дитину. Договір про сплату аліментів на дитину укладається в письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню. У разі невиконання сторонами вимог закону щодо нотаріального посвідчення договору він не матиме юридичної сили і вважатиметься недійсним. За таким договором неможливо застосувати примусове стягнення аліментів. За відсутності належним чином оформленого договору заінтересована особа має право вимагати стягнення аліментів тільки у судовому порядку.

Процедурі нотаріального посвідчення консулом договору між батьками про сплату аліментів на дитину притаманні ознаки комплексності, адже в процесуальній формі діяльності консула реалізуються норми матеріального права щодо встановлення договірної регулювання аліментних зобов'язань. Нормативно встановлена процедура нотаріального посвідчення консулом такого договору потребує більшої визначеності. Встановлені Положенням про порядок учинення нотаріальних дій у дипломатичних представництвах та консульських установах України спеціальні правила охоплюють лише незначне коло питань, пов'язаних із посвідченням аліментних договорів, та в більшості не враховують їх особливості. Водночас особливості нотаріального посвідчення консулом договору про сплату аліментів на дитину мали б одержати належне відображення в процедурних аспектах діяльності консула, зокрема, щодо з'ясування відповідності змісту та умов такого договору нормам матеріального права.

<sup>1</sup> Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. № 2947-III // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 21–22. – Ст. 135.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Андрущенко Т. С. Алiментний договiр як ефективний спiсiб виконання зобов'язання щодо утримання / Т. С. Андрущенко // Новiтнi технологiї у науковiй дiяльностi i навчальному процесi : тези доповiдей Всеукр. наук.-практ. конф. студентiв, аспiрантiв та молодих вчених : в 2 т. (м. Чернiгiв, 19 квітня 2012 р.). – Чернiгiв : Чернiгiвський держ. технологiчний ун-т, 2012. – Т. 2: Гуманiтарнi науки. – С. 150.

<sup>4</sup> Цивiльний кодекс України вiд 16 сiчня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

<sup>5</sup> Андрущенко Т. С. Особливості нотаріального посвідчення договору про утримання батьками своїх неповнолітніх дітей / Т. С. Андрущенко // Економіко-правові виклики 2012 року : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Львів, 4 листопада 2011 р.). – Л. : Нац. академія наукового розвитку, 2011. – С. 10.

<sup>6</sup> Теорія нотаріального процесу : наук.-практ. посiб. / за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Алерта; Центр учбової лiт., 2012. – С. 18.

<sup>7</sup> Панталiєнко Я. П. Процедура вчинення нотарiальних проваджень : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Я. П. Панталiєнко. – К., 2010. – С. 5–6.

<sup>8</sup> Теорія нотаріального процесу : наук.-практ. посiб. / за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Алерта; Центр учбової лiт., 2012. – С. 18.

<sup>9</sup> Фурса С. Я. Нотаріат в Україні. Теорія і практика : [навч. посiб. для студ. вищ. навч. закладiв] / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. – К. : А.С.К., 2001. – С. 360.

<sup>10</sup> Теорія нотаріального процесу : наук.-практ. посiб. / за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Алерта; Центр учбової лiт., 2012. – С. 26.

<sup>11</sup> Желiховська Ю. В. Критерiї класифiкацiї нотарiальних проваджень / Ю. В. Желiховська // Унiверситетські науковi записки. – 2012. – № 3 (43). – С. 85.

<sup>12</sup> Теорія нотаріального процесу : наук.-практ. посiб. / за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Алерта; Центр учбової лiт., 2012. – С. 360.

<sup>13</sup> Там само. – С. 230.

<sup>14</sup> Там само. – С. 338.

<sup>15</sup> Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : наказ Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 17. – Ст. 66.

<sup>16</sup> Теорія нотаріального процесу : наук.-практ. посiб. / за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Алерта; Центр учбової лiт., 2012. – С. 223.

<sup>17</sup> Желiховська Ю. В. Критерiї класифiкацiї нотарiальних проваджень / Ю. В. Желiховська // Унiверситетські науковi записки. – 2012. – № 3 (43). – С. 86.

<sup>18</sup> Про нотаріат : Закон України вiд 2 вересня 1993 р. № 3425-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.

<sup>19</sup> Про нотаріат : Закон України вiд 2 вересня 1993 р. № 3425-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383; Про Консульський статут України : Указ Президента України вiд 2 квітня 1994 р. № 127/94 // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 127. – Ст. 94.

<sup>20</sup> Наказ Про затвердження Положення про порядок учинення нотаріальних дій в дипломатичних представництвах та консульських установах України від 27 грудня 2004 р. № 142/5/310 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=z1649-04&new=1>

<sup>21</sup> Там само.

<sup>22</sup> Там само.

<sup>23</sup> Там само.

<sup>24</sup> Про міжнародне приватне право : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>

<sup>25</sup> Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / [за заг. ред. С. Я. Фурси]. – К. : Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2008. – С. 276.

### Резюме

#### **Чекіта В. Г. Процедура нотаріального посвідчення консулом аліментних договорів.**

У статті розглянуто процедури нотаріального посвідчення консулом аліментного договору як інструмента правового регулювання відповідних сімейних правовідносин, визначення особливостей його укладення та нотаріального провадження з його посвідчення, розробка на цій основі рекомендацій щодо вдосконалення законодавства України з цих питань.

**Ключові слова:** сімейні правовідносини, процедура нотаріального посвідчення, нотаріальне провадження, аліментний договір, консул.

### Резюме

#### **Чекіта В. Г. Процедура нотариального удостоверения консулом алиментных договоров.**

В статье рассмотрены процедуры нотариального удостоверения консулом алиментного договора как инструмента правового регулирования соответствующих семейных правоотношений, определения особенностей его составления и нотариального производства по его удостоверению, разработка на этой основе рекомендаций по усовершенствованию законодательства Украины по этим вопросам.

**Ключевые слова:** семейные правоотношения, процедура нотариального удостоверения, нотариальное производство, алиментный договор, алиментные обязательства, консул.

### Summary

#### **Chekyta V. The procedure of the notarial certification consul of alimony contracts.**

The article is on the complex research of the procedure of the notary certification consul of an alimony contract as a tool of legal regulation of the corresponding family legal relations, definition of the special aspects of its formation and notary procedure as for its acknowledgment and based on it development of scientifically grounded recommendations as for improvement of legislation of Ukraine regarding these issues.

**Key words:** family legal relations, procedure of the notarial certification, notary procedure, alimony contract, alimentary debt, consul.

УДК 247.77

**Ю. Л. БОШИЦЬКИЙ, М. ШВАНТНЕР**

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

*Михал Швантнер, директор Департаменту країн з перехідною та розвинутою економікою Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ, Швейцарія), почесний доктор Київського університету права НАН України*

## **ЩОДО ТИПОВОГО ПОЛОЖЕННЯ ВОІВ ПРО ПОЛІТИКУ В СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ДЛЯ УНІВЕРСИТЕТІВ І НАУКОВО-ДОСЛІДНИХ УСТАНОВ**

Однією з найважливіших сторін життя людини є творча діяльність. Вона дає можливість особистості реалізувати свої здібності, розкрити та донести до людей свій таланти. В умовах ринкових відносин результати творчої діяльності здатні стати товаром, що приносить дохід його творцю. Разом із тим розвиток будь-якої сфери творчості має особливе значення для всього суспільства. Накопичені досягнення людського розуму являють собою культурний спадок нації, визначають науково-технічний потенціал суспільства, обумовлюють його прогресивний розвиток. Саме тому у збереженні творчих результатів та захисті інтересів їх творців зацікавлені не тільки вони самі, а й суспільство в цілому. Це вирішується через встановлення спеціального правового режиму творчих результатів, який надає їх творцю виключну можливість розпоряджатися ними, а також протидіяти безконтрольному тиражуванню і поширенню інтелектуального продукту тими, хто прагне заробити на цьому.

«Право інтелектуальної власності України» є однією з професійно орієнтованих навчальних дисциплін освітньо-професійної програми за спеціальністю «Правознавство», мета якої – надання допомоги студентам у опануванні найбільш складних питань спецкурсу та набуття ними навичок самостійної роботи з науковими джерелами і законодавством, що регулює відносини у сфері інтелектуальної власності. На знаннях, отриманих студентами з курсу «Цивільне право України», ґрунтується спецкурс «Право інтелектуальної власності України». У процесі його вивчення студенти одержують знання про систему права інтелектуальної власності в Україні, види об'єктів інтелектуальної власності, зміст особистих немайнових та майнових прав інтелектуальної власності, особливості набуття, реалізації й захисту прав інтелектуальної власності тощо.

Дисципліна «Право інтелектуальної власності» сприяє формуванню у студентів глибоких теоретичних і практичних знань для використання їх у своїй подальшій науковій та професійній діяльності.

Слід зазначити, що в Україні діє Указ Президента України «Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні» від 27 квітня 2001 р. № 285/2001, який з метою забезпечення конституційних прав громадян на захист інтелектуальної власності, сприятливих умов для створення об'єктів інтелектуальної власності, розвитку українського ринку цих об'єктів постановив, зокрема, запровадження у вищих навчальних закладах курсу з основ інтелектуальної власності.

Правовий механізм захисту прав творця має за мету стимулювати подальші творчі пошуки, гарантувати право на справедливе винагородження його роботи, створити фінансові передумови реалізації нових ідей. Водночас не виключається можливість придбання у правласника за його згодою права на використання інтелектуального продукту, що є, зокрема, гарантією повернення інвестицій користувача, який бере на себе економічний ризик виробництва будь-якого товару на ринку інтелектуальної власності – чи опублікування авторського твору, чи створення кінофільму, чи впровадження винаходу.

На сучасному етапі необхідно зважати на те, що термін «інтелектуальна власність» є широко вживаним у законодавстві багатьох країн світу та в міжнародно-правових угодах. З огляду на те, що цей термін склався



історично, він є умовним та має тільки термінологічну схожість із правом власності у його традиційному сенсі. Цей термін має розумітися як сукупність виключних прав особистого і майнового характеру на результати інтелектуальної діяльності.

Норми, що охороняють творчий результат, постійно змінюються й ускладнюються під впливом науково-технічного прогресу, який безперервно породжує нові форми відтворення й розповсюдження інтелектуального продукту. Значну роль у процесі нормотворення охорони інтелектуальної власності завжди відігравали міжнародні конвенції, які заклали підґрунтя розвитку національних правових систем у сфері охорони інтелектуальної власності.

Залишається відкритою тема підготовки спеціалістів, організація та зміст навчання у сфері інтелектуальної власності. Викладання права інтелектуальної власності вимагає поєднання теоретичних концепцій з практичними знаннями. Більшість таких курсів зосереджуються на юридичних факультетах, є вибірковими і часто досить короткими. Однак університети переважно пропонують тільки загальні програми інтелектуальної власності, зосереджуючись передусім на характері та обсязі прав, що можуть бути захищені як права інтелектуальної власності, а також впливові й ролі інтелектуальної власності на глобалізацію економіки, заснованої на знаннях. Тим не менш, деякі країни пропонують суто спеціалізовані та всеосяжні курси права інтелектуальної власності.

У США, наприклад, існує 20 спеціалізованих магістратур у цій сфері, в Японії кілька технічних університетів пропонують річний курс у поєднанні з іншими технологіями суміжних дисциплін, таких як управління технологіями. У Франції низка вузів має обов'язкові курси з дисципліни «інтелектуальна власність» на спеціальних наукових факультетах.

Вищевикладене свідчить, що все більше університетів включають у свої навчальні програми дисципліну «інтелектуальна власність». Такі курси розширюються в країнах, де активізувалась діяльність у сфері інтелектуальної власності. Це насамперед Китай, в якому міністерство освіти офіційно закликала університети створити магістерські й кандидатські програми з управління та освіти в сфері інтелектуальної власності.

Велику увагу спеціальній освіті в сфері інтелектуальної власності пропонує й Академія Всесвітньої організації інтелектуальної власності (далі – ВОІВ) у Швейцарії. Її програми розраховані на різні аудиторії – винахідників та творчих особистостей, керівників підприємств і просто фахівців у сфері інтелектуальної власності, державних службовців, які займаються проблемами інтелектуальної власності, а також студентів, які вивчають інтелектуальну власність, та викладачів. Існує п'ять основних програм Академії ВОІВ – це професійне підвищення кваліфікації, дистанційне навчання, розвиток політики в галузі інтелектуальної власності, викладання й дослідження. Слід зазначити, що Академія ВОІВ забезпечує також 13 базових (загальних) і спеціалізованих (поглиблених) дистанційних навчальних курсів. Так, базові курси призначені для тих, хто бажає отримати загальне уявлення про сферу інтелектуальної власності, а також слугують основою для подальшого навчання. Спеціалізовані курси розраховані на тих, хто вже має досвід роботи або планує займатися діяльністю у цій сфері професійно. Навчання за поглибленими (магістерськими) програмами здійснюється у співробітництві зі всесвітньо відомими вищими навчальними закладами. Для представників ділових кіл існує можливість пройти курс дистанційного навчання в галузі інтелектуальної власності «Панорама ІВ» для ділових підприємств. «Панорама ІВ» є інтерактивним і зручним для користувача мультимедійним продуктом, який у загальнодоступних термінах пояснює практичну актуальність і стратегічне використання різних аспектів інтелектуальної власності для ділових підприємств та її потенційну роль у підвищенні конкурентоспроможності й збільшення прибутку. Метою навчальної програми є надання керівникам і менеджерам різноманітних компаній та організацій інформації і знань з інтелектуальної власності для глибшого розуміння цих прав, способів управління й розпоряджання ними в повсякденній (комерційній) діяльності, а також використання цих прав.

Комерціалізація університетської науки – невід'ємна складова її подальшого розвитку. З огляду на це, вагомим внеском у розвиток сфери інтелектуальної власності є сприяння ВОІВ при розробці та, сподіваємося, імplementації 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 у ряді провідних іноземних навчальних закладів, 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 (англ. University of Glasgow), Оксфордський університет (англ. University of Oxford), Плимутський 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, допоможе 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.

Передбачається, що Положення буде регулювати відносини у сфері інтелектуальної власності, адже вищі навчальні заклади та науково-дослідні інститути (далі – ВНЗ) визнають потребу в стимулюванні практичного застосування і використання в економічних цілях результатів наукових досліджень, які проводяться ним, на благо суспільства. Жодна норма даного Положення не скасовує дії норм чинного національного права і має бути адаптована під нього для забезпечення розвитку ринку національної інтелектуальної власності (далі – ІВ).

Таким чином, Положення стосується питань права власності, охорони й комерційного використання інтелектуальної власності, яка створювалася дослідниками під час виконання своїх службових обов'язків або здійснення діяльності у ВНЗ. У ньому викладаються встановлені правила співпраці з промисловими та комерційними організаціями і визначаються принципи розподілу економічної вигоди, отриманої в результаті комерціалізації інтелектуальної власності.

Мета Положення полягає в заохоченні, стимулюванні й підтримці наукових досліджень і розробок; забезпеченні правової визначеності у сфері науково-дослідної діяльності і правовідносин із третіми особами (партнерами ВНЗ) у зв'язку з використанням технологій; введенні в дію прийнятних для ВНЗ процедур виявлення, встановлення режиму права власності, охорони і комерціалізації інтелектуальної власності; забезпеченні своєчасної та ефективної охорони інтелектуальної власності та управління нею; створенні сприятливих умов для реєстрації, моніторингу та ведення портфеля об'єктів інтелектуальної власності ВНЗ; забезпеченні справедливого й чесного розподілу економічної вигоди від комерціалізації інтелектуальної власності з урахуванням вкладів винахідників та ВНЗ, а також вкладів будь-яких інших заінтересованих осіб; зміцненні репутації ВНЗ як науково-дослідних установ і суб'єктів суспільних відносин, а також репутації дослідників шляхом застосування результатів досліджень у масштабах і на благо суспільства.

Для кращого висвітлення норм у Положенні було використано такі визначення: комерціалізація; твори, що охороняються авторським правом; ресурси ВНЗ; інтелектуальна власність; право інтелектуальної власності (право ІВ); винахідник; договір на проведення досліджень; дослідник; спеціалізована компанія; запрошений дослідник. Дані визначення внаслідок консультацій були доповнені та адаптовані згідно з нормами чинних правових актів України.

Дія Положення передбачає поширення його щодо всіх об'єктів ринку ІВ, на всі пов'язані з ними права, на всіх дослідників, які вступили в правовідносини з ВНЗ і у яких виникли юридичні зобов'язання на підставі норм закону, колективного або індивідуального договору.

Дія Положення не розповсюджуватиметься на випадки, коли дослідник до настання дати набрання чинності цього Положення уклав з ВНЗ угоду про зворотне, або коли ВНЗ раніше уклав договір із третьою особою, яким регулюються права та обов'язки, встановлені Положенням. А отже, воно не матиме і не може мати зворотної дії у часі.

Також обов'язковим пунктом є визначення правових аспектів статусу дослідників. Особа, яка має повноваження на наймання працівників від імені ВНЗ, зобов'язана вживати заходів для того, щоб трудовий договір або інший договір, на підставі якого встановлюються трудові відносини між ним і дослідником, містив положення, у силу якого дія Положення буде поширюватися на дослідника. А отже, за обоюбістю згодою дані форми вже існуючих договорів можуть бути переглянуті відповідно до вимог часу.

Перед тим, як розпочинати будь-яку науково-дослідну діяльність, студенти ВНЗ будуть зобов'язані укласти угоду, на підставі якої норми Положення набудуть для них зобов'язального характеру, тобто, вони мають дотримуватися норм Положення.

Аспіранти, які проходять реєстрацію для участі в науково-дослідних програмах для докторантів, зобов'язані будуть укласти угоду, на підставі якої, після реєстрації, норми Положення набудуть для них зобов'язального характеру.

Особа, уповноважена укладати договір від імені ВНЗ, зобов'язана буде вживати заходів для того, щоб дослідники, які не перебувають у трудових відносинах з ВНЗ, також запрошені дослідники до початку науково-дослідної діяльності у ВНЗ в обов'язковому порядку підписували угоду, на підставі якої норми Положення також набудуть для них обов'язкового характеру, а також договір відступлення на право власності ІВ. Отже, вони зможуть використовувати ІВ, яку створюють в ході здійснення своєї діяльності в рамках їх взаємодії з ВНЗ.

У деяких випадках може виникати необхідність в укладенні спеціальних угод. Така спеціальна угода, щодо якої надійшов запит, підлягатиме оцінці. При цьому рішення прийматимуться в індивідуальному порядку особою або комітетом, призначеним самим ВНЗ.

Необхідність укладення спеціальних угод може виникнути у зв'язку з науково-дослідною діяльністю дослідника, який перебуває у трудових відносинах з ВНЗ, але при цьому працює як запрошена особа науковим співробітником в іншій установі. У таких випадках третя особа зможе зобов'язати дослідника підписати документ, який може стосуватися належних ВНЗ прав ІВ. Щоб уникнути будь-яких подальших суперечок, досліднику заборонятиметься підписувати такі документи без письмового схвалення особи або комітету, призначеного самим ВНЗ. У такому схваленні не може бути відмовлено, якщо жодні з належних ВНЗ прав ІВ не будуть зачіпані. Якщо такий документ зачіпає належні ВНЗ права ІВ, він зобов'язаний провести переговори з метою укладення договору з третьою особою.

Права і обов'язки, що будуть передбачені Положенням, зберігатимуть юридичну силу після припинення навчальної або трудової діяльності у ВНЗ.

У даному Положенні будуть також передбачені умови підтримки з боку зовнішніх спонсорів та співпраця з третіми особами в рамках науково-дослідної діяльності.

Дослідник повинен відповідати за забезпечення того, щоб до початку науково-дослідної діяльності, що проводитиметься спільно з третьою особою, умови співпраці було викладено в письмовому договорі (далі – Договір на проведення досліджень).

Дослідники не будуть мати права укладати Договір на проведення досліджень з третіми особами від імені ВНЗ, якщо тільки офіційний представник ВНЗ не уповноважить їх на цю дію.

Особи, які діють в інтересах ВНЗ і від його імені, повинні будуть виявляти належну увагу в ході узгодження і підписання договорів, які можуть порушувати належні ВНЗ права ІВ.

В окремих випадках укладення ВНЗ Договорів на проведення досліджень, які були обмежені в силу норм Положення, із зовнішніми спонсорами та іншими третіми особами може виявитися вигідним для ВНЗ безпосередньо.

Залежно від інтелектуального й фінансового внеску ВНЗ та третьої особи у створення інтелектуальної власності та отримання окремих прав ІВ і участь у прибутку, що надходить з її комерціалізації, може бути доцільним для сторін, що співпрацюють.

Передбачається, що за відсутності Договору на проведення досліджень ВНЗ керуватиметься принципом розподілу прав ІВ серед сторін, що співпрацюють, у частках, пропорційних ступеню їх участі в процесі створення інтелектуальної власності.

Для того, щоб сторони, які співпрацюють, мали можливість встановити свої частки й уникнути подальших суперечок, доцільним є постійне ведення сторонами належним чином документально оформлених записів про здійснену ними науково-дослідну діяльність, яка має бути скріплена підписами всіх сторін (їх уповноважених представників).

Договір на проведення досліджень повинен мати такі положення:

- 1) ІВ і суміжні права, які вже наявні у ВНЗ до укладення договору;
- 2) ІВ і суміжні права ІВ, які були створені в результаті науково-дослідної діяльності на підставі договору після його укладення;
- 3) вимоги до охорони конфіденційності;
- 4) умови оприлюднення;
- 5) інші суттєві положення.

Тому для однакового застосування положення на всій території України пропонується затвердити типову форму такого договору.

Перед підписанням копії повного тексту проектів договорів та інших юридичних документів, якими встановлено належні ВНЗ права ІВ, в обов'язковому порядку мають передаватися особі або до відділу, призначеного ВНЗ, з метою отримання його рекомендацій і на його підтвердження.

Для різних категорій осіб, зі складу працівників та студентів ВНЗ, Положенням встановлено їх право власності на ІВ.

Зокрема, для працівників ВНЗ:

1. Володільцем усіх прав на інтелектуальну власність, яка була винайдена, розроблена або створена працівником, студентом-працівником ВНЗ у ході виконання ним своїх службових обов'язків і в рамках його трудової діяльності, як правило, автоматично стає ВНЗ.

2. Якщо працівник ВНЗ створює інтелектуальну власність поза межами звичайного виконання ним своїх трудових обов'язків, але за рахунок істотного використання ресурсів ВНЗ, буде вважатися, що він дав згоду на передачу ВНЗ прав ІВ на таку інтелектуальну власність в якості плати за використання його ресурсів.

3. Інтелектуальна власність, створена в ході науково-дослідної діяльності на підставі договору про спонсорську підтримку чи іншого договору з третьою особою або на виконання таких договорів, належить ВНЗ, при цьому право власності визначається згідно з умовами відповідних договорів.

Для працівників, які займаються дослідницькою діяльністю в інших установах і при цьому створюють об'єкти ІВ у рамках даного Положення, створена в ході роботи запрошеного наукового співробітника ІВ належатиме іншому інституту, якщо це не зачіпатиме інтереси ВНЗ.

Для осіб, які не є працівниками, тобто для «запрошених дослідників», передбачається зобов'язання передавати ВНЗ інтелектуальну власність, створювану ними в ході своєї діяльності в рамках взаємодії з ВНЗ. Дещо інша норма має діяти щодо студентів. Адже, якщо вони не перебувають у трудових відносинах з ВНЗ, то є власниками всієї інтелектуальної власності та володільцями прав ІВ, які вони створюють у межах своєї звичайної навчальної діяльності. Однак існують винятки, зокрема:

– якщо на підставі окремого договору третя особа пропонує студенту спонсорську підтримку в розмірі плати за його навчання, причому за умовами такого договору третя особа набуває право на інтелектуальну власність, що виникає в результаті навчальної діяльності студента, то студент зобов'язаний повідомити про те, що спочатку інтелектуальна власність належить ВНЗ, а право власності на неї буде згодом визначатися відповідно до умов договору, укладеного з третьою особою;

– інтелектуальна власність, створювана студентами в ході науково-дослідної діяльності на підставі договору про спонсорську підтримку чи іншого договору з третьою особою або на виконання таких договорів, спочатку належить ВНЗ, а право власності на неї згодом визначатиметься відповідно до умов договору, укладеного з третьою особою;



– якщо студент створює інтелектуальну власність за рахунок істотного використання ресурсів ВНЗ у зв'язку зі здійснюваною ним науково-дослідною діяльністю, буде вважатися, що він дав згоду на передачу ВНЗ прав ІВ на таку інтелектуальну власність в якості плати за використання ресурсів ВНЗ;

– ВНЗ зобов'язаний повідомляти про своє право власності на всю інтелектуальну власність, створювану в рамках проведеної аспірантами (докторантами) науково-дослідної діяльності.

Також студентам надаватиметься можливість відступити права ІВ ВНЗ, після чого за ними закріплюються права в обсязі, рівному обсягу прав будь-якого працівника-винахідника.

Отже, всі права на твори, що охороняються авторським правом, належатимуть творцям незалежно від використання ресурсів ВНЗ. Винятки становлять охоронювані авторським правом твори, які створюються за спеціальним дорученням або в ході виконання договору на проведення досліджень за спонсорської підтримки або іншого договору з третьою особою. При цьому будуть враховуватись положення відповідних договорів.

Якщо інститут не може здійснювати або приймає рішення не здійснювати комерційне використання будь-якої інтелектуальної власності, на яку він заявляє свої права, він зобов'язаний негайно повідомити про це винахідника. Таке повідомлення направляється не менш ніж за один місяць до вчинення дії або бездіяльності, внаслідок яких можливість витребування охорони може бути втрачена. У таких випадках винахідник має можливість придбати суміжні права ІВ. ВНЗ має право вимагати частку доходу від будь-якого подальшого комерційного використання інтелектуальної власності в розмірі, рівному обсягу підтверджених витрат, які ВНЗ поніс у зв'язку з охороною і комерціалізацією такої ІВ.

ВНЗ має право вимагати видачі йому безстрокової невиключної ліцензії на умовах невиключної роялті для цілей проведення наукових досліджень без права на комерційне використання і видачу субліцензій. Інститут також може вимагати виплати йому відсоткової частки від будь-якого чистого доходу, отриманого винахідником внаслідок комерціалізації інтелектуальної власності.

Інститут не матиме права безпідставно відмовляти у відступленні прав ІВ на користь винахідника, однак він залишатиме за собою право відстрочувати їх комерційне використання, коли таке відстрочення відповідає його інтересам.

Інтерес викликає п. 7 Положення – конфлікт інтересів та конфіденційність.

Так, основна частка тимчасових і інтелектуальних ресурсів дослідника як працівника ВНЗ повинна витратитися на реалізацію освітніх, науково-дослідних і академічних програм.

Кожен дослідник відповідає за неприпустимість протиріч між договорами, що укладаються ним з третіми особами, і його зобов'язаннями перед ВНЗ. Дане положення застосовується, зокрема, до договорів надання консультаційних та інших науково-дослідних послуг, що укладаються з третіми особами. Кожному досліднику слід доводити характер і обсяг своїх зобов'язань перед ВНЗ до відома осіб, з якими можуть бути укладені такі договори, та стежити, щоб таким особам було надано копію Положення.

Дослідники зобов'язані дотримуватися конфіденційності комерційної таємниці вищого навчального закладу. Кожен факт, інформація, рішення або дані, які стосуються досліджень, проведених у ВНЗ, і оприлюднення, придбання або комерційне використання яких не уповноваженими особами могло б завдати шкоди законним фінансовим, економічним або ринковим інтересам, визнаються комерційною таємницею. У рамках інформаційного обміну з третіми особами дослідники зобов'язані виявляти належну увагу дотриманню положень про охорону конфіденційності.

При виникненні будь-яких сумнівів щодо конфлікту інтересів або з приводу дотримання умов конфіденційності дослідникам рекомендується проконсультуватися з особою або у відділі, який призначається самим ВНЗ.

Важливо, щоб дослідники негайно повідомляли про всі потенційні та фактичні конфлікти інтересів особі або до відділу, призначеного ВНЗ, для розроблення рішення, прийнятного для кожної сторони конфлікту.

Пунктом 8 Положення передбачено заходи щодо виявлення, розкриття та комерціалізації інтелектуальної власності.

Відповідно до нього ВНЗ закликає своїх дослідників виявляти результати досліджень, які мають цінність в якості об'єктів комерціалізації і, будучи використаними на благо суспільства, зміцнювати репутацію ВНЗ. За охорону і комерціалізацію інтелектуальної власності відповідатимуть призначені ВНЗ особа або відділ. Дослідники зобов'язані в письмовій формі представляти уповноваженому керівникові відділу проекти робіт, що містять наукові результати, перед їх публікацією. Винахідники повинні негайно надавати відомості про всю інтелектуальну власність, яка може стати потенційним об'єктом комерційного використання уповноваженим суб'єктам. Датою розкриття відомостей є день, в який особа або відділ ВНЗ отримує підписаний усіма винахідниками документ, що містить розкриті в повному обсязі відомості. Після цього вони мають бути внесені до реєстру ВНЗ.

Особа або відділ ВНЗ зобов'язані повідомити повноважного керівника відділу про всі розкриті відомості. Повідомлення буде містити короткий опис інтелектуальної власності та ім'я винахідника (винахідників). Далі проводитися оцінка інтелектуальної власності.

Винахідник зобов'язаний належним чином допомагати в ході витребування охорони і комерційного використання інтелектуальної власності, надаючи інформацію, беручи участь у зустрічах та консультуючи щодо подальшої роботи.



Особа або відділ, призначений ВНЗ, і винахідник зобов'язані спільними зусиллями виробити відповідну стратегію комерціалізації. У ній буде визначено завдання кожної сторони в рамках комерціалізації і встановлено терміни проведення конкретних заходів.

Особа або відділ, призначений ВНЗ, відповідають за виконання плану комерціалізації і зобов'язані направляти конкретні пропозиції, як-то проекти договорів або бізнес-планів, особі або в комітет, який призначається ВНЗ для прийняття рішення. Витрати, понесені у зв'язку з охороною і комерціалізацією інтелектуальної власності, бере на себе ВНЗ.

Протягом терміну, відведеного на оцінку і комерціалізацію, повний опис інтелектуальної власності розкривається третім особам на підставі угоди про конфіденційність.

Відповідно до п. 9 Положення ведення записів і збереження в силі прав на належні ВНЗ об'єкти інтелектуальної власності особа або відділ зобов'язані за відповідною формою і з достатнім ступенем деталізації вести записи про інтелектуальну власність, що їм належить. Вони обов'язково зобов'язані контролювати терміни виконання платіжних зобов'язань, пов'язаних зі збереженням прав на охоронювану інтелектуальну власність, і в належні терміни сповіщати особу або відділ, призначений ВНЗ. Також необхідно вести бухгалтерську звітність щодо кожного об'єкта інтелектуальної власності, забезпечувати внесення записів про інтелектуальну власність в облікову документацію та здійснювати оплату будь-яких понесених витрат і розподіляти доходи від комерційного використання.

Важливим є заохочення винахідника шляхом розподілу доходів, отриманих від комерціалізації інтелектуальної власності.

У даному випадку вираз «чистий дохід» буде включати всі ліцензійні платежі, роялті та будь-які інші грошові кошти, що отримуються ВНЗ внаслідок комерціалізації інтелектуальної власності, із відрахуванням всіх витрат у зв'язку з її охороною та комерціалізацією.

Між декількома винахідниками дохід розподілятиметься в частках, пропорційних їх вкладам, розміри яких вказані в підписаній формі розкриття відомостей про інтелектуальну власність.

При цьому ВНЗ зможе самостійно погоджувати особливі умови розподілу доходу, зокрема, якщо джерелом доходу є продаж акцій або виплата дивіденду по акціях у тих випадках, коли ВНЗ отримав акції юридичної особи, якій інтелектуальна власність була передана в порядку видачі ліцензії або відступлення прав, але яке не є спеціалізованою компанією.

У разі комерційного використання товарних знаків та інших засобів індивідуалізації винахідник має право на участь у прибутку з урахуванням частки його внеску в таке використання. Рішення з цих питань прийматимуться в індивідуальному порядку особою або комітетом, призначеним ВНЗ.

У разі порушення норм зазначеного Положення застосовується прийнятий у ВНЗ порядок дій, що відповідає застосовним нормам закону. Можливі спори будуть розглядатися особою або органом, призначеним ВНЗ, що не позбавляє права на звернення до суду.

Таким чином, прийняття даного нормативного акта має стимулювати розвиток науки та техніки у вищих навчальних закладах та науково-дослідних установах. Проте маємо надію, що в процесі його реалізації не стануть перешкодою бюрократичні процедури, притаманні українській національній системі науки, і воно стане потужним стимулом як для розвитку ринку інтелектуальної власності, так і для поліпшення інвестиційного клімату в наукових установах та навчальних закладах незалежно від їх фаху. Адже інтелектуальна власність є невід'ємною складовою сучасної економіки.

### Резюме

**Бошицький Ю. Л., Швантнер М. Щодо типового положення ВОІВ про політику в сфері інтелектуальної власності для університетів і науково-дослідних установ.**

У статті досліджуються питання оптимізації спеціальної освіти у сфері інтелектуальної власності, комерціалізації університетської науки. Проведено детальний аналіз розробленого Всесвітньою організацією інтелектуальної власності Типового положення про політику в сфері інтелектуальної власності для університетів та науково-дослідних установ, що регулює правовідносини в сфері права інтелектуальної власності. Нині Положення проходить стадію обговорення з метою адаптації його до чинного законодавства та реалій України, а в майбутньому воно може стати потужним стимулом для розвитку всієї національної системи університетської науки.

**Ключові слова:** комерціалізація; твори, що охороняються авторським правом; ресурси ВНЗ; інтелектуальна власність; право інтелектуальної власності; винахідник; договір на проведення досліджень; дослідник; спеціалізована компанія; запрошений дослідник.

### Резюме

**Бошицький Ю. Л., Швантнер М. Относительно типового положения ВОИС о политике в сфере интеллектуальной собственности для университетов и научно-исследовательских учреждений.**

В статье исследуются вопросы оптимизации специального образования в сфере интеллектуальной собственности, коммерциализации университетской науки. Проведен детальный анализ разработанного Всемирной организацией интеллектуальной собственности Типового положения о политике в сфере интеллектуальной собственности для университетов и научно-исследовательских учреждений, регулирующего правоотношения в сфере интеллектуальной собственности. Сейчас Положение проходит стадию обсуждения с целью адаптации его к действующему законодательству и реалиям Украины, а в будущем оно может стать мощным стимулом для развития всей национальной системы университетской науки.

**Ключевые слова:** коммерциализация; произведения, охраняемые авторским правом; ресурсы вузов; интеллектуальная собственность; право интеллектуальной собственности; изобретатель; договор на проведение исследований; исследователь; специализированная компания; приглашенный исследователь.

#### Summary

**Boshytskyi Y., Shvantner M. Regarding WIPO Model Regulations on Intellectual Property Policy for universities and research institutions.**

The article deals with optimization of special education in the field of intellectual property, commercialisation of university research. The detailed analysis of Model Regulations on Intellectual Property Policy for universities and research institutions developed by World Intellectual Property Organisation is conducted.

These Model Regulations concern legal relations in the field of intellectual property. The Regulations are being discussed now in order to adapt them to the current legislation and realities of Ukraine, and in the future, they can become a powerful incentive for the development of the national system of university research.

**Key words:** commercialisation; works protected by copyright; universities' resources; intellectual property; intellectual property rights; inventor; contract for research; researcher; specialized company; invited researcher.

УДК 347.77

#### У. Б. АНДРУСІВ

*Уляна Богданівна Андрусів, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ*

### ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ КАБЕЛЬНИХ ПРОВАЙДЕРІВ

У світі вже давно розвивається такий вид доставки телевізійного сигналу, як кабельне телебачення. У системі кабельного телебачення можна підключити кілька десятків тисяч телевізійних приймачів до однієї групи антен, встановлених у зоні прийому сигналу, що дає змогу уникати великої кількості індивідуальних антен на будівлях. Безсумнівними перевагами кабельного телебачення є потенційно краща якість сигналів, а також можливість передачі більшої кількості програм. Кабельні компанії будують наземні станції, які можуть приймати не тільки національні програми, а й налаштовуватися на широкий спектр програм з інших країн.

Для успішного розвитку діяльності у сфері кабельного телебачення необхідно створити відповідні умови. Насамперед такою умовою є чітке й ефективне законодавче регулювання діяльності всіх учасників, задіяних у процесі надання послуг кабельного телебачення.

Проте ситуація, яка склалася в Україні навколо кабельників, засвідчує недостатній рівень охорони прав цієї категорії суб'єктів. На жаль, доводиться констатувати, що Верховною Радою України (далі – ВРУ) досі не прийнято відповідного закону про кабельне телебачення, який би встановлював правові основи діяльності у цій сфері. Необхідно зазначити, що проекти «Закону про кабельне телебачення» перебувають на розгляді у парламенті ще з 1999 року.

За відсутності спеціального закону нормативною базою для здійснення діяльності в галузі кабельного телебачення є кілька законів у галузі телебачення і радіомовлення, тимчасових положень Національної ради України з питань телебачення та радіомовлення та безліч розпоряджень міських рад. Проте діючі законодавчі положення щодо кабельного мовлення не мають системного характеру й не завжди узгоджуються між собою.

Через відсутність цілісної законодавчої бази реалізація закладених у мережах кабельного телебачення можливостей стикається з численними труднощами.

Насамперед необхідно зазначити, що національне законодавство не містить визначення терміна «кабельне телебачення», хоча й оперує ним. Не наведено дефініції досліджуваного поняття і у законопроектах.

У спеціальній літературі кабельне телебачення трактується як система колективних антен, що приймають програми і розподіляють їх шляхом використання комбінованих кабелів не тільки для одночасної передачі по дротах програм, що передаються іншими станціями, а й для наступної передачі програм, переданих раніше, а також для передачі власних програм<sup>1</sup>. Важко погодитись із наведеною дефініцією, оскільки телебачення – це певний процес, а не обладнання, за допомогою якого споживачем сприймається мультиплекс.

Згідно зі ст. 2 Проекту Договору ВОІВ про охорону організацій мовлення під «кабельним телебаченням» слід розуміти передачу по дротах для приймання публікою звуків або зображень, або зображень і звуків, або їх відображень<sup>2</sup>. З наведеної дефініції випливає, що поняття «кабельне телебачення» обмежено передачами засобами дротового зв'язку.

Проаналізувавши наведені дефініції та уніфікувавши позитивний досвід, сформулюємо визначення терміна «кабельне телебачення». Це – єдиний комплекс технологічних та організаційно-управлінських процесів, що забезпечує прийом та передачу на віддаль зображень і звуків або їх відображень для приймання

публікою за допомогою того чи іншого виду наземного, підземного чи підводного кабелю, на основі використання ресурсу визначеної багатоканальної кабельної мережі.

Закон України «Про телебачення і радіомовлення» (далі – Закон про телебачення) розділив два різних за природою види діяльності організацій у сфері функціонування кабельного телебачення: формування пакетів програм, роботу з абонентами з цього приводу тощо (тобто, фактично, роботу в інформаційній сфері) та обслуговування, експлуатацію фізичних мереж (тобто, діяльність у сфері зв'язку). З цього випливає існування двох посередників між телекомпанією та глядачем у розглядуваній сфері: у першому випадку йдеться про провайдера програмної послуги, а в другому – про оператора телекомунікацій. Проте договір абоненти підписують з провайдером, який підписує правочин з оператором, що не є ліцензіатом Нацради.

Зазначений нормативний документ також передбачає можливість подібного суміщення. Однак, з цілком зрозумілих причин, суб'єкт господарювання, який здійснюватиме обидва види діяльності, повинен буде отримати дві ліцензії: одну – від Нацради, яка слугуватиме допуском до роботи в інформаційній сфері, а іншу – від уповноваженого органу виконавчої влади, який здійснює ліцензування діяльності у сфері зв'язку. На нашу думку, такий підхід сприятиме зниженню монополізації ринку кабельного мовлення.

Стаття 1 Закону про телебачення містить визначення досліджуваних суб'єктів. Так, оператором багатоканальної телемережі визнається суб'єкт господарювання (юридична або фізична особа), який здійснює обслуговування та технічну експлуатацію багатоканальної телемережі відповідно до вимог Закону України «Про телекомунікації», без права надання програмної (інформаційної) послуги.

Провайдер програмної послуги – суб'єкт господарювання, який на підставі ліцензії, виданої Нацрадою, на договірних засадах надає абонентам можливість перегляду пакетів програм, використовуючи для передавання цих програм ресурси багатоканальних телемереж<sup>3</sup>.

З наведеного визначення вбачається чітка різниця між діяльністю організації кабельного мовлення і провайдером програмної послуги: у першому випадку йдеться про створення та розповсюдження контенту за допомогою кабелю, а у другому провайдер здійснює лише ретрансляцію програм інших організацій, тобто кабельна мережа виступає фізичним засобом передачі, використовуваним як провідник для матеріалів третіх осіб.

Як вбачається з положень ст. 1 ЗУ «Про телекомунікації», провайдер позбавлений права на технічне обслуговування та експлуатацію телекомунікаційних мереж. На наше переконання, це положення має знайти відображення при визначенні розглядуваного суб'єкта.

З огляду на те, що окрім програмної послуги провайдери надають абонентам додаткові та супутні послуги, вбачаємо за доцільне для позначення цих суб'єктів використовувати терміни «кабельний провайдер» або «провайдер кабельного телебачення».

Таким чином, під «кабельним провайдером» слід розуміти суб'єкта господарювання, який на договірних засадах надає абонентам супутні та додаткові послуги, а також можливість перегляду пакетів програм, використовуючи для передавання цих програм ресурси багатоканальних кабельних телемереж без здійснення обслуговування та технічної експлуатації цих телемереж.

З наведеної дефініції випливає, що законодавець надає кабельному провайдеру (далі – провайдер) право на договірних засадах надавати абонентам можливість перегляду пакетів програм. Ця можливість може бути реалізована у будь-який спосіб (через отримання права на розповсюдження телепрограм, через договір про надання послуг), але обов'язково з використанням ресурсів багатоканальних мереж.

Зважаючи на те, що провайдер здійснює прийом програм і їх одночасну або подальшу передачу мережею кабельного телебачення для аудиторії, діяльність організацій, які не здійснюють виробництво, формування й поширення власних програм, слід кваліфікувати як діяльність з надання послуг кабельного телебачення, а не як телевізійне мовлення.

Варто зазначити, що провайдери використовують багатоканальну телемережу на підставі ліцензії. Під ліцензією провайдера програмної послуги законодавець розуміє документ державного зразка, який видається Нацрадою та засвідчує право ліцензіата надавати програмні послуги з використанням ресурсу багатоканальних телемереж. Цей документ є єдиною законною підставою на право надання програмної послуги.

Підкреслимо, що при наданні послуг кабельного телебачення не використовується загальний радіочастотний ресурс, який необхідний для ефірних мовників. Отже, частотний канал у кабельній мережі, на відміну від частотного каналу в ефірі, не є обмеженим природним ресурсом.

Окрім того, діяльність провайдерів полягає в ретрансляції програм мережею кабельного телебачення на підставі договорів, укладених з організаціями мовлення, що здійснюють їх виробництво і/або формування й поширення, і що мають ліцензії на мовлення на певну територію. Тому вимога отримання провайдерами ліцензії на мовлення є, на наш погляд, недоцільною.

Отримання ліцензії на мовлення провайдером стане необхідним лише тоді, коли він, крім ретрансляції програм, здійснюватиме власне мовлення.

Сьогодні виникають труднощі з розмежуванням статусів деяких учасників, задіяних у процесі надання послуг кабельного телебачення, і насамперед «провайдера програмної послуги» та «організації мовлення», що призводить до стирання меж відповідальності кожного учасника і, врешті-решт, може спричинити до порушень законних прав та інтересів кого-небудь з учасників.

З огляду на це слід розрізнити регулювання діяльності провайдерів та регулювання діяльності організацій мовлення як таких, що поширюють свої програми засобами кабельного мовлення, та чітко визначити

коло прав і обов'язків цих учасників, що, у свою чергу, сприятиме встановленню меж їхньої діяльності та відповідальності.

Діяльність із здійснення мовлення та діяльність з надання послуг кабельного телебачення – це два різних види діяльності. Телевізійне мовлення полягає у створенні та/або комплектуванні програм, їх розповсюдженні за допомогою різноманітних технічних засобів для подальшого прийому населенням. Діяльність же провайдера визначається через надання послуг кабельного телебачення, сутність якої полягає у ретрансляції контенту, тобто у прийомі сигналів, що несуть програми, від передавального обладнання мовника, їх перетворенні та передачі аудиторії у повному обсязі.

Провайдер при ретрансляції програм мережею кабельного телебачення не має права змінювати зміст програм організації мовлення і розміщених у них рекламних матеріалів, здійснювати заміну одних передач і рекламних матеріалів у програмі на інші, а також іншим чином втручатися у її зміст.

Проте, на жаль, доводиться констатувати, що у розвитку відносин між цими суб'єктами спостерігаються негативні тенденції. Так, спілкування з кабельниками почало набувати форм аукціону: мовники витрачають значні кошти «на утримання каналів у кабелі».

Окремо слід зауважити, що згідно з ч. 5 ст. 42 Закону про телебачення провайдери здійснюють ретрансляцію телерадіопрограм та передач у багатоканальних телемережах відповідно до переліку телерадіопрограм та передач, які передбачено надавати у складі програмної послуги. З цього положення випливає, що сутність діяльності провайдера полягає у наданні споживачам програмної послуги, яку слід тлумачити через формування пакетів програм та забезпечення абонентам можливості їх перегляду на договірних засадах.

Надання програмної послуги абонентові здійснюється на підставі договору, який виступає основним регулятором правовідносини, що виникають між провайдером та абонентом. Основна мета його укладення – це надання послуг кабельного телебачення абонентові. Відповідно, всі інші дії провайдера за договором мають допоміжний характер і, врешті-решт, спрямовані на забезпечення виконання основного зобов'язання.

Доводиться констатувати, що ніякого договору із споживачами не укладається, лише надається інформація в усній формі щодо трансляції певної кількості каналів у повному обсязі їх мовлення. Тому слід на законодавчому рівні закріпити норму, яка б регламентувала обов'язок провайдерів укладати договори зі споживачами у письмовій формі та розробити типовий договір про надання кабельних послуг.

Вважаємо, що послуги кабельного телебачення необхідно охарактеризувати як телекомунікаційні послуги з прийому та одночасної або наступної передачі кабельною мережею програм та/чи надання інших послуг в аналоговому або цифровому форматі для безпосереднього прийому абонентами (споживачами).

Зауважимо, що кабельники, за наявності технічних можливостей, можуть надавати абонентам додаткові та супутні послуги кабельного телебачення, обсяг яких встановлюється договором з урахуванням потреб абонента і можливостей провайдера.

Закон про телебачення не містить дефініції поняття «договір про надання послуг кабельного телебачення». Частина 7 ст. 39 Закону про телебачення називає такий договір угодою між абонентом і ліцензіатом.

А. В. Маркіна у своїй праці визначає договір надання послуг кабельного телебачення як домовленість між абонентом і кабельним оператором, згідно з якою останній виконує зобов'язання з підключення абонентського обладнання до мережі кабельного телебачення і надання послуг кабельного телебачення відповідно до обраного абонентом пакету послуг, а абонент виконує зобов'язання з оплати робіт з підключення абонентського обладнання до мережі кабельного телебачення і послуг кабельного телебачення за ціною, встановленою кабельним оператором<sup>4</sup>. Вважаємо цю дефініцію досить вдалою і вважаємо доцільним її використання у вітчизняній законодавчій та правозастосовній практиці, при цьому адаптувавши закріплене у ній позначення суб'єктного складу до українських реалій, а саме: іменувати управлену сторону правочину кабельним провайдером.

На жаль, доводиться констатувати, що на сьогодні у чинному законодавстві не прописані правила надання послуг кабельного телебачення, які б регламентували порядок укладання, виконання й розірвання договору про надання послуг кабельного телебачення, відповідальність сторін.

Необхідно зазначити, що відносинам у сфері надання послуг кабельного телебачення притаманний цивільно-правовий характер. З огляду на це при укладанні, виконанні та розірванні договору сторони передусім керуватимуться чинним цивільним законодавством, яке регулює договір про надання послуг.

У ході з'ясування правової природи договору, практики оформлення договірних правовідносин провайдера й абонента можна виокремити кваліфікаційні ознаки договору про надання послуг кабельного телебачення. Так, він є публічним договором і договором приєднання, двостороннім, оплатним, консенсуальним, як правило, безстроковим і змішаним.

Зауважимо, що за договором провайдер зобов'язується надавати абонентові послуги кабельного телебачення належної якості. Однією із проблем при наданні даного виду послуг є практична неможливість для споживача телекомунікаційних послуг здійснити фіксацію та довести порушення провайдером умов договору щодо якості послуги. Зазначена проблема, як слушно зазначається в літературі, зумовлюється такими особливостями послуги, як можливість її споживання в результаті надання, нестійкість (неформалізованість) її якості, а також невіддільність від джерела, від якого вона походить, та неможливість збереження результатів послуги<sup>5</sup>.

До істотних умов досліджуваного правочину законодавець відносить: тип наданого пакета програм (пакет універсальної програмної послуги, стандартний пакет або індивідуальний пакет на замовлення); перелік телерадіопрограм і передач, які провайдер зобов'язується надавати абоненту; абонентна плата.



Доводиться констатувати, що жодного договору із споживачами не укладається, лише надається інформація в усній формі щодо трансляції певної кількості каналів у повному обсязі їх мовлення. Звернувшись до досвіду наших сусідів, необхідно зазначити, що ст. 56 Закону Польщі «Про телекомунікації» регламентує укладення досліджуваного правочину виключно у письмовій формі<sup>6</sup>. Безперечно, українському законодавцеві також варто втрутитися у ці ненормальні відносини, необхідно на законодавчому рівні закріпити норму, яка б регламентувала обов'язок провайдерів укладати договори зі споживачами у письмовій формі та розробити типовий договір про надання послуг кабельного телебачення.

Одним із основних завдань провайдера програмної послуги є формування пакетів програм. У розумінні ст. 1 Закону про телебачення пакети програм – це перелік телерадіопрограм, які провайдер програмної послуги пропонує абонентам на договірних засадах як цілісну інформаційну послугу. Формуючи пакети програм, провайдери, щонайменше, виконують завдання агрегаторів послуг, а часто виступають і як контент-провайдери.

Включення програми до пакету чи, навпаки, не включення означатиме не лише зниження аудиторії відповідного ЗМІ, а й обмеження інформаційних прав потенційних глядачів. Тому беззаперечним є той факт, що формування пакетів програм – це певна «інформаційна політика», і тому правовому регулюванню має підлягати діяльність провайдерів саме як суб'єктів інформаційної діяльності.

На законодавчому рівні регламентується лише порядок надання послуг щодо універсального типу пакета програм або так званих «каналів соціального пакета» (*must carry channels*). Інші типи пакетів комплектуються провайдерами довільно, що, на нашу думку, є правильним.

Безперечно, держава повинна гарантувати отримання абонентами програм, які поширюються суспільним мовником, регіональними телерадіоорганізаціями, оскільки вони перебувають в особливому становищі, пов'язаному з виконанням особливих функцій і тому їх включення до пакету програмної послуги в жодному разі не можна трактувати як дискримінацію комерційних каналів.

Відповідно до ч. 9 ст. 39 Закону про телебачення провайдер зобов'язаний забезпечити усім абонентам можливість отримання програм універсальної програмної послуги та включити такі програми до всіх пакетів програм.

Надання універсальної програмної послуги здійснюється провайдером з моменту отримання ним ліцензії та затвердження Нацрадою пакета (пакетів) програм універсальної програмної послуги. У рамках універсальної програмної послуги кабельники мають включати у пакети канали, що мають ефірні ліцензії у цьому населеному пункті.

Водночас проблемним, на наш погляд, є те, що Закон ніяк не визначає, яким чином Нацрада вирішує, які програми організацій мовлення мають включатися до переліку програм, що розповсюджуються у порядку надання універсальної програмної послуги. Вочевидь, програми далеко не всіх організацій, які отримали ліцензію на мовлення на відповідній території, будуть включатися до такого переліку. Тут приховані серйозні можливості для зловживань. Крім того, встановлення такого переліку – потужний засіб інформаційної політики.

Зауважимо, що ця правова прогалина вже була предметом судового розгляду. Так, Телерадіокомпанія «АТВ при Одеській національній академії зв'язку ім. О. С. Попова» довелося через суд доводити своє право на включення своїх програм у пакет (перелік) програм універсальної програмної послуги, які передбачено надавати ТОВ «Цифрові технології зв'язку», у складі програмної послуги у м. Одеса, у межах території розташування багатоканальної телемережі<sup>7</sup>.

Звернувшись до проблематики програмного наповнення мережі, зауважимо, що Законом про телебачення прямо визначено об'єкт, який на договірних засадах провайдер програмної послуги пропонує абонентам, а саме перелік телерадіопрограм і передач організацій мовлення, які передбачено надавати у складі програмної послуги. При цьому провайдер не створює, не комплектує з передач програми (телерадіопрограми) та не несе редакційної відповідальності.

У цьому переліку, як невід'ємному додатку до ліцензії, чітко зазначаються кількість та найменування каналів для ретрансляції. Як вбачається з матеріалів судової практики, недотримання цієї вимоги, тобто ретрансляція меншої/більшої кількості каналів або ретрансляція не обумовлених ліцензією програм програмної послуги тягне за собою накладення Нацрадою відповідних санкцій<sup>8</sup>.

Проблема програмного наповнення кабельних мереж значною мірою залежить від іншої – дотримання авторських і суміжних прав, яке має велике значення для правомірної діяльності провайдерів.

Не секрет, що деякі кабельники запускають у свої мережі телепродукцію без відома її творця або володільця виключних прав на використання, тобто незаконно. Водночас провайдери у процесі своєї діяльності використовують не твори як об'єкти авторського права та виконання, фонограми, відеограми як об'єкти суміжних прав, а такий об'єкт суміжних прав, як програми (передачі) організацій мовлення. Фізично вони не можуть надати інформацію або скласти звіт про використання об'єктів інтелектуальної власності, оскільки не знають і не можуть знати, які саме об'єкти використав мовник, створюючи програми. Провайдер є технічним засобом доставки сигналу, що несе програму, за яку вже сплачено організації мовлення та котра гарантує, що при створенні програми було дотримано усіх майнових прав авторів та суб'єктів суміжних прав.

Таким чином, провайдер, який укладає договір із будь-яким телеканалом на ретрансляцію його програм, не може бути упевненим у тому, що мовники насправді набули усіх необхідних прав на використання об'єктів авторських і суміжних прав, і не в змозі це відстежити та проконтролювати.

З метою позбавлення провайдерів необхідності отримання дозволу безпосередньо від первинних суб'єктів авторського права або суміжних прав чи їх правонаступників на використання зазначених об'єктів

шляхом кабельної ретрансляції, пропонуємо вважати дозвіл відповідного суб'єкта на первинну трансляцію об'єктів авторського права і суміжних прав одночасним дозволом (згодою) на кабельну ретрансляцію зазначеного об'єкта. Вважаємо доцільним відобразити це положення у законодавстві.

Як зазначалось, провайдер не має права контролювати змістовний бік розповсюджуваних програм і впливати на їх зміст, оскільки він лише виконує роль «пасивного провідника» мультиплексу. За зміст програми, її наповнення, за дотримання авторського права та суміжних прав відповідальність несе виключно розповсюдjuвач інформації – організація мовлення. Саме організація мовлення виступає стороною-ліцензіатом ліцензійного договору, який укладається з особами, що мають виключні права дозволяти використання об'єктів авторського права та суміжних прав, тому лише вона і повинна забезпечувати відповідність усіх програмних матеріалів вимогам ліцензії та законодавству.

Чинне законодавство, як слушно підкреслюється у літературі, теж розглядає провайдера як суб'єкта, що звільнений від відповідальності за порушення прав<sup>9</sup>. Однак, якщо провайдер попереджений про те, що зміст незаконний, то він повинен вжити заходів для припинення доступу до інформаційного ресурсу, інакше нести таку ж відповідальність, як порушник авторських прав. Окрім того, якщо джерелом передачі контенту є іноземні суб'єкти інформаційної діяльності і, відповідно, не ліцензовані Нацрадою, відповідальність за порушення авторських і суміжних прав покладатиметься на провайдера.

Необхідно зазначити, що на даний час існують такі способи виплати винагороди авторам за розповсюдження їхніх творів телевізійними організаціями, які не є виробниками цього аудіовізуального твору: виплата винагороди здійснюється організацією мовлення; винагорода виплачується продюсером; змішана система виплати винагороди<sup>10</sup>.

За американською моделлю кабельний оператор обов'язково реєструється в державному Агентстві з авторського права при бібліотеці Конгресу і двічі на рік вносить оплату, обумовлену Законом про авторське право<sup>11</sup>. В Європі є кілька систем ліцензування, але переважає тенденція колективного управління правами авторів. Такими продавцями авторських і суміжних прав найчастіше є авторські товариства. Саме з ними підписують договори кабельники.

В Україні ж поки що не розроблено дієвої та ефективної системи співпраці суб'єктів авторського права і провайдерів. Біда в тому, що закон України про кабельне телебачення, де було б визначено всі принципові моменти роботи кабельників, досі не ухвалено.

Постановою Пленуму ВСУ від 4 червня 2010 р. «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» визнано обов'язковим для провайдера одержання відповідної згоди суб'єктів авторського права і/або суміжних прав на використання твору, виконання, фонограми, відеограми та виплата винагороди відповідним суб'єктам авторського права і/або суміжних прав<sup>12</sup>.

Провайдер, використовуючи програми (передачі), не зобов'язаний оплачувати винагороду за всі об'єкти авторського права і суміжних прав, що були використані та оплачені організаціями мовлення при створенні програм, інакше це означатиме подвійну оплату. Авторів вже сплачено винагороду за надання дозволу на трансляцію його твору в межах території мовлення ефірної компанії. А провайдери сплачують за використання авторських і суміжних прав тільки мовникам, програми яких вони використовують.

На наше переконання, провайдер не здійснює комерційне використання відеограм та фонограм, тому вимоги законодавства щодо обов'язковості укладення договору з організацією колективного управління на нього не поширюються.

Останньою умовою, яка обов'язково має бути закріпленою в договорі про надання послуг кабельного телебачення, є абонентна плата за пакет програм і/або плата за надання окремих супутніх і додаткових послуг.

З огляду на зазначене вважаємо за доцільне сформулювати визначення досліджуваного поняття таким чином: абонентна плата за надання послуг кабельного телебачення – фіксований платіж, який встановлюється провайдером для абонента за надання послуг кабельного телебачення, у тому числі у закодованому вигляді, за розрахунковий період. Абонентна плата складається з тарифу, що визначає розмір платежів за універсальні послуги і вартості супутніх та додаткових послуг кабельного телебачення за відповідний розрахунковий період.

Відповідно до ч. 10 ст. 39 Закону про телебачення провайдер програмної послуги самостійно, виходячи з ринкового попиту, встановлює розмір абонентної плати за різні пакети програм та інші інформаційні послуги. Державному регулюванню підлягає виключно розмір абонентної плати за користування універсальною програмною послугою.

З-поміж істотних умов, які регламентовані Законом про телебачення, вважаємо за потрібне при розробці типового договору про надання послуг кабельного телебачення, обумовити у ньому такі умови: строки виконання робіт з підключення абонентського обладнання до мережі кабельного телебачення; права та обов'язки учасників правовідносин; умови та строк відновлення якості телевізійного зображення; відповідальність сторін, розмір санкцій за невиконання або неналежне виконання договору та порядок їх сплати; порядок пред'явлення і розгляду скарг.

Окремо слід зазначити, що при масовому розвитку кабельного телебачення на місцях жодна з сьогоднішніх кабельних студій через обмежені спектральні й системні можливості аналогового мовлення неспроможна підтримати той асортимент програм та послуг, який може бути запропонований споживачам.

Саме для вирішення цієї проблеми в Україні активно впроваджується нова система – DVB-C – стандарт цифрового телевізійного мовлення по кабелю, в основі якого лежить стандарт кодування рухомого зображення і звукового супроводу в MPEG-4.

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку, що у діяльності кабельників є безліч поки що невизначених питань, які необхідно вирішувати через удосконалення нормативної бази. Однозначно, слід прийняти закон про кабельне телебачення, який встановлював би правову основу діяльності у даній сфері, зокрема чітко визначав би понятійний апарат і тим самим виключав можливість неоднозначного тлумачення використовуваної термінології, визначав би статус та взаємини усіх учасників діяльності, закріплював би їх права, обов'язки та відповідальність.

Загальні положення закону повинні бути конкретизовані у відповідних правилах надання послуг кабельного телебачення з визначенням видів послуг кабельного телебачення, порядку та умов укладення, виконання та розірвання договору між провайдером і абонентом, повноважень, зобов'язань та відповідальності сторін. Прийняття зазначених законодавчих актів сприятиме вирішенню безлічі існуючих правових проблем у сфері кабельного телебачення.

<sup>1</sup> Правова охорона винаходів і корисних моделей в Україні: проблеми теорії та практики : моногр. [за заг. ред. Ю. Л. Бошицького, Я. Г. Вороніна]. – К. : Вид-во Європейського ун-ту, 2010. – 342 с. – 208 с.

<sup>2</sup> The WIPO Treaty on the protection of broadcasting organizations. Informal Paper Prepared by the Chairman of the Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR), according to the Decision of the SCCR at its 16th Session (March 2008) / Standing Committee on Copyright and Related Rights. – 17th Session Geneva, November 3 to 7, 2008 : [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.wipo.int>

<sup>3</sup> Про телебачення і радіомовлення : Закон України від 21 грудня 1993 р. № 3759-XII (в редакції від 12 січня 2006 р. № 3317-IV) // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – №18. – Ст. 155.

<sup>4</sup> Маркіна А. В. Правовое регулирование деятельности по предоставлению услуг кабельного телевидения : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / А. В. Маркіна. – Казань, 2007. – 26 с. – 8 с.

<sup>5</sup> Пешкова А. До визначення поняття телекомунікаційної послуги / Анжеліка Пешкова // Юридика Україна. – 2008. – № 9. – С. 54–58. – 56 с.

<sup>6</sup> Uzasadnienie prawne zmian Statutu Telewizji Kablowej «Centrum» Zgierz : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.centrum.zgierz.pl/?tvcentrumzgierz\\_did=15&tvcentrumzgierz\\_id=15](http://www.centrum.zgierz.pl/?tvcentrumzgierz_did=15&tvcentrumzgierz_id=15)

<sup>7</sup> Ухвала Одеського апеляційного адміністративного суду від 14 лютого 2013 р., справа № 3825/10/1570 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/61015315>

<sup>8</sup> Ухвала Вищого адміністративного суду України від 25 листопада 2015 р., справа № К/800/43444/13 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53927708>

<sup>9</sup> Мацкевич О. Загальні підходи до визначення юридичної відповідальності провайдерів за порушення авторських і суміжних прав у мережі Інтернет / О. Мацкевич // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2012. – № 1. – С. 54–62. – 57 с.

<sup>10</sup> Васьковська Т. Авторські та суміжні права в кабельному телебаченні / Т. Васьковська // Інтелектуальний капітал. – 2002. – № 5. – С. 25–31. – 29 с.

<sup>11</sup> Federal Communications Commission : [Electronic resource]. – Mode of access : [https://en.wikipedia.org/wiki/Federal\\_Communications\\_Commission](https://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Communications_Commission)

<sup>12</sup> Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав : постанова Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 р. № 5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/925CB195F3F0BF70C225774200286BFD?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCat>

### Резюме

#### **Андрусів У. Б. Особливості правового статусу кабельних провайдерів.**

У статті досліджується низка питань, пов'язаних із розкриттям правового статусу кабельних провайдерів. При цьому аналізуються як положення діючого законодавства України у цій сфері, так і законодавче поле іноземних держав. Наводяться конкретні рекомендації заповнення існуючих законодавчих прогалин у досліджуваній сфері правовідносин, що сприятиме належному рівню охорони діяльності кабельних провайдерів.

**Ключові слова:** кабельне мовлення, організації кабельного мовлення, кабельний провайдер, програмне наповнення мережі, канали соціального пакету, пакет програм, абонентна плата.

### Резюме

#### **Андрусів У. Б. Особенности правового статуса кабельных провайдеров.**

В статье исследуется ряд вопросов, связанных с раскрытием правового статуса кабельных провайдеров. При этом анализируются как положения действующего законодательства Украины в этой сфере, так и законодательное поле иностранных государств. Приводятся конкретные рекомендации заполнения существующих законодательных пробелов в исследуемой сфере правоотношений, что будет способствовать надлежащему уровню охраны деятельности кабельных провайдеров.

**Ключевые слова:** кабельное вещание, организации кабельного вещания, кабельной провайдер, программное наполнение сети, каналы социального пакета, пакет программ, абонентная плата.

### Summary

#### **Andrusiv U. Peculiarities of the legal status of cable providers.**

In the article the author investigates several items concerning to the disclosure of the legal status of cable providers. Provisions of the valid Ukrainian legislation in this area along with foreign countries legislation were analyzed. Specific recommendations on filling existing gaps in the legislative field of legal study have been given, which can contribute to appropriate legal protection of cable providers.

**Key words:** cable broadcasting, cable broadcasting organizations, cable provider, programmatic filling of network, must carry channels, packages of software, subscriber pay.

УДК 347.772

**О. А. РАССОМАХІНА**

*Ольга Андріївна Рассомахіна, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

## **ПОЛОЖЕННЯ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ ЩОДО ПІДСТАВ ДЛЯ ВІДМОВИ У НАДАННІ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ОПИСОВИМ ПОЗНАЧЕННЯМ**

Питання про те, чи має позначення, яке заявлено на реєстрацію у 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 на її ослаблення (розмивання знака). Однією зі складових змістовного обсягу критерію розрізняльної здатності є вимога про те, що знак не повинен бути описовим позначенням. Сьогодні у різних нормативно-правових актах спеціального законодавства ми часто зустрічаємо неточності у нормативному визначенні змісту такої підстави для відмови у наданні правової охорони позначенню, як його описовий характер, а у практиці й навіть науковій доктрині – недостатнє розуміння його змісту та порядку застосування, тому досить часто висувуються пропозиції про деталізацію змісту відповідних правових норм, у яких закріплено дану підставу для відмови у правовій охороні позначенням, таким чином, щоб була зрозумілою дефініція та порядок застосування даного критерію охороноздатності торговельної марки та такої абсолютної підстави для відмови у її охороні, як описовість позначення, під час набуття прав на торговельні марки в цілому. Адже в умовах розвитку ринкових відносин та глобалізації міжнародного торговельного простору належна реалізація прав інтелектуальної власності на торговельні марки та її належне законодавче забезпечення розглядається сьогодні і світовою спільнотою, і українським суспільством, як важливий фактор підвищення конкурентоспроможності продукції, захисту від недобросовісної конкуренції та створення можливості для отримання додаткових прибутків.

Дослідженню даного критерію охороноздатності торговельних марок 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>, А. А. Шестімірова<sup>12</sup> та інших. Разом із тим, недостатньо дослідженими залишаються питання законодавчого регулювання відносин, пов'язаних із застосуванням даної підстави для відмови у наданні правової охорони знаку, зокрема, на рівні міжнародно-правового регулювання, а також питання, пов'язані із практикою застосування даної підстави для відмови у наданні правової охорони знаку, зокрема, в Україні та зарубіжних державах. Не до кінця дослідженими залишаються й 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.

Пропонуємо дослідити положення міжнародних договорів, які закріплюють таку підставу для відмови у наданні правової охорони позначенням у якості торговельних марок, як їх описовий характер, генезис розвитку відповідних нормативних положень, і виробити в результаті дослідження відповідні пропозиції та рекомендації до законодавства України з метою удосконалення правозастосовної практики з цього питання.

*Підстави для відмови у наданні правової охорони позначенням, що є описовими, в Паризькій конвенції про охорону промислової власності (далі – Паризька конвенція).* У Паризькій конвенції серед виключних випадків, коли іноземному заявнику, який зареєстрував свій знак у країні походження, може бути відмовлено у реєстрації чи визнано недійсним його знак в інших країнах Союзу, передбачений і той, коли знаки позбавлені будь-яких відмітних ознак або складені виключно зі *знаків чи вказівок, що можуть застосовуватися у торгівлі для позначення виду, якості, кількості, призначення, вартості, місця походження продуктів чи дати їх виготовлення*, або таких, що стали загальноприйнятими в повсякденній мові чи у добросовісних та звичаєвих торговельних звичаях країни, де вимагається охорона (*ст. 6 quinquies B2*).

Таким чином, ст. 6 quinquies (B) (2) Паризької конвенції про охорону промислової власності містить посилання на *знаки, що є описовими щодо виду, якості, кількості, призначення, вартості, місця походження товарів або часу їх виготовлення тощо*. Зазвичай, аналогічна норма зазначається у національних законодавствах різних країн-учасниць конвенції.

Слід підкреслити, що Всесвітня організація інтелектуальної власності (далі – ВОІВ) приділяє особливу увагу обговоренню питань, пов'язаних із удосконаленням норм законодавства, спрямованих на забезпечення ефективної правової охорони знаків. На засіданнях Постійного комітету із законодавства щодо торговельних



марок, промислових зразків та географічних зазначень (далі – Комітет) представники країн-членів ВОІВ серед інших питань активно обговорювали проблеми, пов'язані із застосуванням процедури заперечення проти реєстрації прав на знак. Обговорення згаданого питання було започатковано на п'ятнадцятій сесії Комітету. Секретаріат ВОІВ запропонував країнам-членам ВОІВ надати відповіді на так званий «Запитальник щодо законодавства та практичної реалізації правових норм в сфері торговельних марок» (далі – «Запитальник»), за результатами аналізу якого підготовано огляд, що містить інформацію стосовно процедур подання заперечень у країнах, законодавство яких передбачає такі норми. Своє ставлення до зазначеної процедури висловили понад 60 країн, зокрема, Австралія, Болгарія, Китай, Хорватія, Данія, Фінляндія, Франція, Японія, Марокко, Молдова, Норвегія, Республіка Корея, Росія, Словаччина, Словенія, Швеція, Швейцарія, Македонія, Великобританія, країни Бенілюксу, США. За результатами опитування встановлено, що *описовість позначення, передбачена ст. 6 quinquies (B) (2) Паризької конвенції та відповідно нормами національного законодавства окремих країн, також може бути підставою для заперечення* (понад 45 країн дали позитивні відповіді на це питання). *Це результат вище середнього, якщо порівнювати його із кількістю позитивних відповідей на запитання стосовно застосування у якості підстави заперечення інших підстав для відмови у правовій охороні торговельних марок*<sup>13</sup>.

*Правило про набуття позначенням розрізняльної здатності.* Дана підстава для відмови у правовій охороні не застосовується, якщо буде доведено, що позначення торговельної марки набуло розрізняльної здатності у процесі використання. У літературі вже порушувалось питання про групи товарів, щодо яких позначення може набути розрізняльну здатність у процесі використання; коло позначень, щодо яких можна застосувати дане правило; момент, з якого позначення повинно набути розрізняльну здатність<sup>14</sup>. Проте, крім даних умов, до критеріїв застосування такого правила слід віднести ще й фактори, які свідчать про те, що позначення набуло розрізняльної здатності у процесі використання та докази, якими це можна підтвердити. Для визначення системи критеріїв, необхідних для застосування цього правила, розглянемо пов'язані з даним правилом норми Паризької конвенції, якими встановлено винятки із національного режиму стосовно застосування критерію розрізняльної здатності, які слід застосувати і до описових позначень.

Так, якщо деякі суттєві розбіжності у національному законодавстві окремих країн-учасниць Союзу не допускають реєстрацію в якості товарного знака позначення, зареєстрованого в іншій країні Союзу, на підставі відсутності у нього розрізняльної здатності, заявник може вимагати застосування норми *ст. 6 quinquies A Паризької конвенції*, якою встановлено принцип, згідно з яким *товарні знаки, належно зареєстровані у країні походження, можуть бути заявлені та охоронятися таким, як вони є (telle quelle) у інших країнах-учасницях Союзу*.

Звернімо увагу на умови застосування даної норми: 1) *знак має бути належним чином зареєстрований у країні походження* – країною походження вважається країна Союзу, де заявник має діюче та серйозне промислове або торгове підприємство, а якщо у нього немає такого підприємства, то країна Союзу, де він має місце проживання, або якщо у нього немає місця проживання у межах Союзу – країна його громадянства, якщо він є громадянином країни Союзу. На підтвердження цього факту патентне відомство може витребувати свідоцтво про реєстрацію товарного знака у країні походження. Слід зауважити, що тільки належне подання заявки на товарний знак – а тим більше просте використання знака – в країні походження недостатньо для застосування даної норми; 2) *знак має бути зареєстрованим в країні походження таким, яким він є*, щоб заявник не міг вільно вибирати країну, в якій легше отримати таку реєстрацію; 3) *вираз «таким, яким він є» стосується лише символів, що утворюють знак і поширюється на коло знаків, які складаються тільки з простих цифр або літер, власних імен або географічних назв, зі слів, що написані певною мовою або певним шрифтом, з тривимірних предметів, музичних нот, що позначають яку-небудь мелодію.* Проте дане правило не повинно розширювати поняття знака, яке існує у іноземній державі. Так, якщо тривимірний об'єкт або звуковий знак не відповідають поняттю товарного знака в іншій країні, ця країна не зобов'язана його реєструвати або охороняти. Зазвичай законодавство про товарні знаки кожної країни містить норму, що визначає коло позначень, які можуть бути об'єктом торговельної марки.

Щойно розглянутий принцип пов'язаний з іншою нормою Паризької конвенції – *ст. 6 quinquies C (1)*, яка встановлює принцип: *«Для того, щоб визначити, чи може знак бути предметом охорони, необхідно враховувати усі фактичні обставини, особливо тривалість застосування знака»*. Зв'язок даних принципів такий. Не можна відмовити в реєстрації та охороні знака, належно зареєстрованому в країні походження, тільки з того мотиву, що з точки зору символів, які його утворюють, він не відповідає національному законодавству країни-учасниці Союзу, де вимагається правова охорона (складається із власного імені, або географічної назви, або цифр, або літер), про що йшлося у *ст. 6 quinquies A* (принцип *telle quelle*). Проте можна констатувати, що такий знак, з точки зору його індивідуальних характеристик, позбавлений характерних ознак, або носить описовий характер, або містить родові ім'я, або здатен ввести в оману громадськість і тому суперечить публічному порядку, або може порушити права, набуті третіми особами у країні, де вимагається охорона. Тобто, на основі підстав для відмови у правовій охороні, встановлених у *ст. 6 quinquies B*. – (1), (2), (3) Паризької конвенції, такому товарному знаку може бути відмовлено у реєстрації та охороні. Для забезпечення рівноваги між даними нормами однієї статті та відповідно балансу інтересів країн-учасниць Паризького Союзу, у *ст. 6 quinquies C (1)* закріплено принцип, що під час вирішення питання, чи підлягає товарний знак правовій охороні, необхідно враховувати усі фактичні обставини, у тому числі строк використання знака. Звернімо увагу на умови застосування даного принципу.

*По-перше, стосовно кола позначень, до яких можна застосувати дану норму, то йдеться не просто про оцінку характерних ознак знака, а про вирішення більш широкого кола питань – чи відповідає знак правовій охороні. Одразу зазначимо, що Г. Боденхаузен непослідовний у коментарі до даної норми: спочатку автор вказує, що дана норма поширюється на усі можливості відхилення або недійсності, що вказані у ст. 6 *quinquies* В (2), тобто стосується позначень, які не відповідають критерію розрізняльна здатність. Далі, пояснюючи роль фактичних обставин для набуття позначенням розрізняльної здатності у процесі використання, автор поширює дію даної норми не тільки на позначення, що позбавлені розрізняльної здатності, а й на позначення, що порушують права третіх осіб, а також позначення, що здатні ввести в оману громадськість. Так, Г. Боденхаузен зазначає: фактичні умови можуть, наприклад, показати, що протягом тривалого періоду паралельного використання два відносно складних знака не викликали ніякої плутанини, і тому реєстрація одного з цих знаків не порушить прав власника іншого; або ці обставини можуть також свідчити про те, що який-небудь знак, що не мав спочатку ніяких характерних рис, в результаті тривалого його використання набув інше, вторинне значення, яке надало йому характерних ознак; або фактичні обставини інколи вказують, що використання знака, який містить оманливі вказівки, не має наслідком введення в оману і може вважатися, що за своєю природою він не здатен ввести в оману громадськість.*

Таке тлумачення дає змогу припустити, що даний принцип можна застосувати не тільки для визначення, чи відповідає позначення критерію розрізняльної здатності у вузькому його розумінні, а й для визначення відповідності позначення іншим критеріям охороноздатності, окрім підстави про відповідність публічному порядку та моралі. *Можна припустити, що кожна держава у національному законодавстві може на власний розсуд визначити коло позначень відповідно до переліку підстав відмови у наданні правової охорони, щодо яких можна застосовувати дане правило.* Так, Директива 2015/2436 Європейського Парламенту та Ради «Про наближення законодавства держав-членів, що стосується торгових марок» поширює дане правило на коло позначень, тотожних тим, що наведені у ст. 6 *quinquies* В (2): ті, що позбавлені будь-якої розрізняльної здатності; описові позначення, загальноновживані позначення товарів (ст. 4, п. 4). Аналогічна норма закріплена у ст. 7, п. 3 Регламенту ЄС про торговельну марку спільноти.

У чинному законодавстві України існує колізія стосовно кола позначень, до яких слід застосовувати дане правило. У чинній редакції Закону звужено коло позначень, щодо яких можна застосовувати дане правило. У ст. 6, абз. 2, п. 2 Закону в окрему групу позначень, яким може бути відмовлено у правовій охороні, виділено позначення, що «звичайно не мають розрізняльної здатності та не набули такої внаслідок використання», а інші групи позначень наводяться окремо в інших абзацах, зокрема загальноновживані позначення товарів, описові позначення тощо, які не можуть отримати правову охорону, також фактично на підставі відсутності розрізняльної здатності. Тому, згідно із Законом, нібито, дане правило поширюється лише на вузьке коло позначень, що не мають розрізняльної здатності, якими відповідно до п. 4.3.1.4. Правил є такі: 1) позначення, що складаються лише з однієї літери, цифри, лінії, простої геометричної фігури, що не мають характерного графічного виконання; є лінією, простою геометричною фігурою; 2) реалістичні зображенням товару, якщо вони заявляються на реєстрацію як знак для позначення цих товарів; 3) тривимірні об'єкти, форма яких обумовлена виключно функціональним призначенням, якщо такий об'єкт заявляється як знак; 4) загальноновживані скорочення. Хоча, таке становище, обумовлено єдиною фразою у Законі, не зовсім правильно відображає реальний стан речей у сфері та не задовольняє вимоги практики.

Далі бачимо, що в абз. 2 п. 4.3.1.8. Правил передбачено більш широке коло позначень, до яких можливо застосовувати дане правило ст. 6 *quinquies* Паризької конвенції: позначення, що не мають розрізняльної здатності, загальноновживані позначення товарів, загальноновживані символи і терміни, описові позначення. Згідно з існуючою практикою вважається, що описові позначення не можуть бути зареєстровані саме на основі абсолютних підстав для відмови у реєстрації, якими є: *відсутність будь-якої відмітної ознаки та/або позначення складається винятково із позначень або зазначень, які можуть слугувати у торгівлі для визначення різновиду, якості, кількості, призначення, ціни, географічного походження або часу виробництва товарів або надання послуги, або інших характеристик товарів або послуг.* При цьому слід зазначити, що для відмови у реєстрації достатньо наявності однієї із даних абсолютних підстав, хоча дані підстави не є незалежними одна від одної і не виключають одна одну.

Вирішенню даної колізії буде сприяти об'єднання усіх позначень, що не відповідають критерію розрізняльної здатності загалом у відповідні групи: ті, що не відповідають розрізняльній здатності у її вузькому розумінні (за формою; за змістом), включивши до неї позначення, що згідно з чинним законодавством не мають розрізняльної здатності; описові позначення; загальноновживані позначення товарів; загальноновживані символи і терміни; й інші позначення: оманливі; ті, що порушують права третіх осіб, які також фактично є такими, що не відповідають вимозі про розрізняльну здатність. Таким чином, враховуючи наведене вище тлумачення *принципу ст. 6 quinquies C (1)* Паризької конвенції про врахування усіх фактичних обставин, для того, щоб визначити, чи може знак бути предметом охорони, особливо тривалість застосування знака, даний принцип можна застосувати не тільки для визначення, чи відповідає позначення критерію розрізняльної здатності у вузькому його розумінні (за формою та змістом позначення), а й для визначення відповідності позначення іншим критеріям охороноздатності, окрім підстави про відповідність позначення принципам публічного порядку та моралі. При цьому обов'язково слід передбачити можливість врахування наслідків використання таких позначень у обороті, якщо вони заявляються на реєстрацію, тобто, що дане коло позначень може набути розрізняльну здатність у процесі використання.

Проте дане правило потребує більш чіткого формулювання і може бути предметом окремого дослідження. Адаже існують відмінності між законодавством України та Європейського Союзу стосовно кола позначень, щодо яких можна застосувати правило про набуття розрізняльної здатності у процесі використання, про що було зазначено вище. Крім того, ст. 7 п. 3 Регламенту ЄС про торговельну марку Спільноти, ст. 4 п. 4 Директиви 2015/2436 Європейського Парламенту та Ради не поширює дане правило на позначення, що складаються лише з форми, яка відображає природу самого товару, або яка необхідна для досягнення технічного результату, або яка надає товарам суттєвої цінності. Дані вимоги за допомогою юридико-технічних засобів виведено зі змісту категорії тих позначень, що позбавлені будь-якої розрізняльної здатності, у окрему групу абсолютних підстав для відмови у наданні правової охорони знакам. Натомість чинне законодавство, як було вказано вище, включаючи позначення, що є відображенням лише форми, яка обумовлена природним станом товару чи необхідністю отримання технічного результату, або яка надає товарів істотної цінності, до групи позначень, які не мають розрізняльної здатності, не робить для них винятків і поширює на них правило про набуття позначенням розрізняльної здатності у процесі використання (абз. 4 п. 4.3.1.4.; підпункт а) п. 4.3.1.3.; абз. 2 п. 4.3.1.8. Правил).

*По-друге*, перелік усіх фактичних обставин, які слід враховувати, щоб визначити, чи може знак бути предметом охорони, а також доказів, якими вони підтверджуються, не розкривається, ні у Паризькій конвенції, ні у коментарі до нього, окрім однієї із них – тривалість використання, якій надано певну перевагу. Не визначені вони у чинному на сьогоднішній день українському законодавстві, окрім Методичних рекомендацій з окремих питань проведення експертизи на знак для товарів і послуг<sup>15</sup>. Ще один критерій щодо даних обставин вказано у коментарі: компетентні органи країни, де вимагається охорона, можуть зробити подібного роду висновки, враховуючи фактичні обставини, що існують у інших країнах. Тобто, це можуть бути будь-які фактичні обставини, при цьому стосовно них не встановлено територіальних обмежень. Зокрема, враховуватися може як факт використання позначення на території країни, де вимагається правова охорона, так і на території інших держав.

*По-третє*, слід звернути увагу на дуже важливу умову застосування даного принципу: згідно зі ст. 6 *quinquies D* ніхто не може використати положення даної статті, якщо знак, стосовно якого вимагається охорона, не є зареєстрованим у країні походження. Норма ст. 6, п. *D quinquies* встановлює правило, що стосується усієї цієї статті Паризької конвенції, якою встановлено виключний випадок, коли реєстрація повністю залежить від реєстрації у країні походження. Тобто, обидва принципи, встановлені у пунктах А та С ст. 6 *quinquies* Паризької конвенції, об'єднує те, що вони застосовується у тому випадку, якщо знак зареєстровано у країні походження. На нашу думку, не слід обмежувати можливість застосування правила про набуття позначенням розрізняльної здатності у процесі використання для тих позначень, які вперше реєструються саме на території України, особливо національними виробниками, а використовувати для даної сфери правового регулювання загальнодозвільний тип правового регулювання, оскільки ст. 15, п. 1 Угоди ТРІПС залишає визначення умов застосування даного правила на розсуд країн-учасниць.

Виходячи із існуючої правозастосовної практики з даного питання, *факторами, які свідчать про те, що позначення набуло розрізняльної здатності у процесі використання, є: 1) тривалість використання знака; 2) територія використання знака; 3) обсяг використання позначення; 4) ступінь відомості позначення; 5) факт реєстрації позначення на певній території на ім'я того самого заявника*. Одразу слід підкреслити, що перелік додаткових матеріалів, якими можна підтвердити відповідні фактичні обставини, у Паризькій конвенції не визначено.

Прикладом застосування норми ст. 6 *quinquies C* Паризької конвенції в Україні може стати реєстрація торговельної марки ГРІНВІЧ ТОВ «Українська сировина» стосовно товарів 32, 33 класу та послуг 35 класу МКТП. Дана справа є показовою, оскільки вказує на обставини, на основі яких апелянт може довести, що позначення, якому попередньо відмовлено у реєстрації, набуло розрізняльної здатності у процесі його використання, та документи, якими це може бути підтверджено<sup>16</sup>.

Узагальнивши матеріали даної справи, зазначимо, що важливе значення у даній справі мали такі обставини: 1) факт використання позначення стосовно тих товарів, щодо яких воно заявлено, ці обставини підтверджувалися договором про поставку матеріалів та купівлю коньячної продукції, укладеним із виробником коньячної продукції, а також договорами купівлі-продажу маркованої продукції із рядом фірм – це можуть бути експортери, дистриб'ютори тощо; 2) обсяг використання даного позначення, при цьому враховувалося як фактичне – обсяги продажу коньяку, маркованого позначенням «Грінвіч», підтверджувалися договорами купівлі-продажу маркованої продукції із рядом фірм, так і номінальне використання позначення – використання позначення у рекламі, зокрема, телевізійній рекламі на українських телеканалах та бігбордах різних регіонів України, що може бути підтверджено договорами про надання рекламних послуг, зокрема сумою витрат на просування даного позначення; 3) відомість заявленого позначення у конкретному сегменті ринку, що підтверджувалося відомостями про договори купівлі-продажу коньячної продукції ряду фірм; 5) факт реєстрації на ім'я того ж заявника на території України тотожних позначень, які мають спільний елемент із заявленим позначенням, що підтверджується свідоцтвами про реєстрацію знака для товарів та послуг<sup>17</sup>.

*Підстави для відмови у наданні правової охорони позначенням, що є описовими, в Угоді про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності*. У ст. 15, п. 1 Угоди ТРІПС закріплено норму: «Якщо позначення не має розрізняльної здатності стосовно відповідних товарів та послуг, країни-учасниці можуть поставити



можливість реєстрації знака в залежність від розрізняльної здатності, набутої у процесі використання». У такому випадку патентному відомству необхідно враховувати інші фактори, які дозволять встановити наявність у споживачів якісного асоціативного зв'язку між позначенням та товарами і послугами, які ним позначаються, або іншими словами, а заявнику слід довести, що позначення стало придатним для вирізнення товару чи послуги у процесі його використання. Проте Угода ТРІПС залишає визначення цих факторів на розсуд кожної країни-учасниці.

Вітчизняна правозастосовна практика, зокрема справи щодо позначень ГРІНВІЧ та CAPRI, а також взяті за аналогією норми Спільних рекомендацій про положення щодо захисту загальновідомих знаків, прийнятих Асамблеєю Паризького союзу з охорони промислової власності та Генеральною Асамблеєю ВОІВ на 34-й сесії зібрання Асамблей держав-учасниць ВОІВ 20–29 вересня 1999 р., можуть бути взяті за основу для визначення переліку факторів, які слід враховувати під час вирішення питання, чи стало позначення придатним для вирізнення товару чи послуги внаслідок його використання, тобто чи набуло позначення другорядного значення у процесі використання, у відповідному Законі та Правилах.

Слід також звернути увагу, що уніфіковане законодавство Європейського Союзу встановлює момент, з якого позначення може набути розрізняльну здатність. Зазвичай набуття розрізняльної здатності внаслідок використання має статися до дати подання заявки на його реєстрацію в якості торговельної марки. Проте будь-яка держава-член може передбачити, що дане позначення може набути розрізняльну здатність до дати подання заявки на реєстрацію позначення, або після подання заявки про реєстрацію до дати реєстрації (ст. 4 пункти 4 та 5 Директиви 2015/2436 Європейського Парламенту та Ради). Зазначимо, що у 2015 р. дана норма зазнала змін і має саме таку редакцію. Раніше дане правило можна було застосовувати і до позначень, які набули розрізняльну здатність після дати реєстрації, проте тлумачення даної норми не було зрозумілим.

Отже, можемо зробити такі висновки. У даній статті продовжено дослідження особливостей законодавчого регулювання відносин, пов'язаних із застосуванням такої підстави для відмови у наданні правової охорони знаку, як його описовий характер, зокрема, на рівні міжнародно-правового регулювання, та її врахуванням під час національної реєстрації. Такі позначення не можуть бути зареєстровані на основі абсолютних підстав для відмови у реєстрації: відсутність будь-якої відмітної ознаки та/або позначення складається винятково із позначень або зазначень, які можуть слугувати у торгівлі для визначення різновиду, якості, кількості, призначення, ціни, географічного походження або часу виробництва товарів чи надання послуги, або інших характеристик товарів або послуг. При цьому слід зазначити, що для відмови у реєстрації достатньо наявності однієї із абсолютних підстав, хоча дані підстави не є незалежними одна від одної і не виключають одна одну.

Для того, щоб визнати позначення непридатним для реєстрації у якості торговельної марки, достатньо, щоб позначення було описовим у одній із мов, що використовується у торгівлі певної країни.

Дана підстава не застосовується, якщо буде доведено, що позначення торговельної марки набуло розрізняльної здатності у процесі використання.

На основі досліджень джерел інформації нами запропоновано наступні рекомендації щодо застосування підстав відмови у реєстрації як торговельної марки позначень, що є описовими: 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. У Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» та Правилах складання та подання заявки на знак для товарів і послуг слід закріпити фактори, які можуть свідчити про набуття позначенням розрізняльної здатності у процесі використання, та докази, які можуть це засвідчити: 1) факт та тривалість використання знака; 2) територія використання знака; 3) обсяг використання позначення; 4) ступінь відомості позначення; 5) факт реєстрації позначення (схожого позначення) на певній території на ім'я того самого заявника.

<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 загальноживані позначення чи позначення, що носять описовий характер, не можуть отримати охорону як торговельної марки? / Консультації / В. Березанська // Інтелектуальна власність. – 2007. – № 3. – 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 / В. Березанська // Інтелектуальна власність. – 2007. – № 9. – С. 66.

<sup>3</sup> Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности : комментарий / Г. Боденхаузен ; 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) : моногр. / Татьяна Сергеевна Демченко. – К. : Ин-т гос-ва и права им. В. М. Корецкого НАН Украины, 2005. – 208 с.

<sup>5</sup> Кашинцева О. Ю. Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 / Кашинцева 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 / О. Д. Левічева. – К. : Ін-т інтел. власн. і права, 2006. – 128 с.; Левічева О. Д. Матеріали науково-дослідної роботи / О. Д. Левічева. – К. : ДП «Український інститут промислової власності».

<sup>8</sup> Макаришева Т. Чи має право на життя описовий знак? / Т. Макаришева, І. Костенко // Інтелектуальна власність. – 2009. – № 4. – С. 36–41.

<sup>9</sup> Мельник О. М. Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні (цивільно-правовий аспект) : моногр. / 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 : спец. 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> Шевелева Т. Подання заперечення проти реєстрації права на знак для товарів і послуг: дослідження ВОІВ / Тамара Шевелева // Інтелектуальна власність. – 2009. – № 2. – С. 7–9.

<sup>14</sup> Демченко Т. С. Вказана праця. – С. 92.

<sup>15</sup> Методичні рекомендації з окремих питань проведення експертизи на знак для товарів і послуг. – С. 89–90 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.uipv.org/i\\_upload/file/metod-rek-tm.pdf](http://www.uipv.org/i_upload/file/metod-rek-tm.pdf)

<sup>16</sup> Макаришева Т. Оманливість – стовідсоткова підстава для відмови? / Тетяна Макаришева // Інтелектуальна власність. – 2006. – № 2. – С. 19–22.

<sup>17</sup> Макаришева Т. Вказана праця.

### Резюме

**Рассомахіна О. А. Положення міжнародних договорів щодо підстав для відмови у наданні правової охорони описовим позначенням.**

У статті досліджено положення міжнародних договорів, які закріплюють таку підставу для відмови у наданні правової охорони позначенням у якості торговельних марок, як їх описовий характер, генезис розвитку відповідних нормативних положень та механізм їх застосування. Основну увагу приділено відповідним нормам Паризької конвенції з охорони промислової власності, Угоди ТРІПС та спеціальних нормативно-правових актів у даній сфері. За результатами дослідження вироблено відповідні пропозиції та рекомендації до законодавства України з метою удосконалення правозастосовної практики з цього питання.

**Ключові слова:** торговельна марка, розрізняльна здатність, описовість позначення, набуття прав інтелектуальної власності на торговельну марку, державна реєстрація прав на торговельну марку, набуття позначенням розрізняльної здатності у процесі використання.

### Резюме

**Рассомахіна О. А. Положення міжнародних договорів относительно оснований для отказа в предоставлении правовой охраны описательным обозначениям.**

В статье исследованы положения международных договоров, которые закрепляют такое основание для отказа в предоставлении правовой охраны обозначениям в качестве товарных знаков, как их описательный характер, генезис развития соответствующих нормативных положений и механизм их применения. Основное внимание уделено соответствующим нормам Парижской конвенции по охране промышленной собственности, Соглашения ТРИПС и специальных нормативно-правовых актов в данной сфере. В результате исследования выработаны соответствующие предложения и рекомендации к законодательству Украины с целью усовершенствования правоприменительной практики по этому вопросу.

**Ключевые слова:** товарный знак, различительная способность, описательность обозначения, приобретение прав интеллектуальной собственности на товарный знак, государственная регистрация прав на товарный знак, приобретение обозначением различительной способности в процессе использования.

### Summary

**Rassomakhina O. The provisions of international agreements as to the grounds of refusal to grant legal protection to descriptive signs.**

In the article the provisions of international agreements that contain such grounds for refusal in legal protection of trademark, as their descriptive character, the genesis of the relevant regulations provisions and mechanisms of their application, are examined.

The main attention is given to the relevant provisions of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, the TRIPS Agreement and special legislation in this sphere. As a result of the research, the author makes relevant proposals and recommendations to the laws of Ukraine to improve law enforcement practice on this issue.

**Key words:** trademark, distinctive character of trademark, descriptiveness of trademark, the acquisition of intellectual property rights to the trademark, the state registration of trademark rights, trademark's acquired distinctiveness through use.

**Я. О. ДЕМЧЕНКО**

*Ярослав Олександрович Демченко, аспірант  
Інституту права імені князя Володимира Велико-  
го Міжрегіональної Академії управління персона-  
лом*

## **ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ МАЙНОВИХ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ В СФЕРІ АВТОРСЬКОГО ПРАВА ТА СУМІЖНИХ ПРАВ**

Конституція України гарантує громадянам свободу літературної, художньої та наукової творчості, захист інтелектуальної власності, авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з використанням всіх видів інтелектуальної власності. Сьогодні в Україні приділяється неабияка увага розкриттю інтелектуального потенціалу нації та створенню належних умов для можливостей, що виникають, зокрема, із створення творів науки, літератури і мистецтва. Проголосивши в Конституції гарантування свободи усіх видів творчості, держава послідовно здійснює свою діяльність щодо встановлення належної системи правових гарантій у даній сфері. До таких заходів можна віднести прийняття відповідних нормативних актів у сфері авторських прав, вступ у міжнародні організації, створення всіляких умов для запобігання правопорушень щодо авторських прав. Однак навіть вжиття зазначених заходів дотепер не дає змоги стверджувати про повну гармонізацію відносин у сфері здійснення й захисту авторських прав. Діяльність державних органів у сфері авторського права і суміжних прав в Україні є вкрай неефективною, перешкоджає формуванню цивілізованого ринку інтелектуальної власності, що не може не позначитись на впорядкуванні господарських правовідносин у тому числі. Таке становище обумовлене новими економічними відносинами у суспільстві. Оскільки результати творчої праці є предметом економічного обігу, тому й відносини з їх використання в період формування нової «інноваційної економіки» мають свої істотні недоліки, а саме: по-перше, існування в юридичній науці спірних думок про правову природу майнових прав на об'єкти авторського права – або «виключні майнові права», або «невиключні майнові права», по-друге, призводять до допущення порушень і наявність неоднозначних норм у сфері передачі майнових прав авторів. Це, звісно далеко не повний перелік проблем, що виникають при розгляді питань про авторське право та суміжні права.

Дослідження основних аспектів щодо визначення майнових прав суб'єктів господарювання у сфері авторського права та суміжних прав допоможе знайти шляхи подолання вищезазначених недоліків. А розв'язання цього завдання на національному рівні є достатньо актуальне, оскільки Україна поставила за мету стати рівноправним суб'єктом міжнародного співтовариства, зокрема вступити до Європейського Союзу. Гармонізація відносин у сфері використання результатів творчої діяльності є однією з умов досягнення зазначеної мети.

З огляду на зазначене **метою** даної статті є теоретичний аналіз визначення майнових прав суб'єктів господарювання, що виникають у сфері авторських та суміжних з авторськими правовідносин і розробка на цій основі науково-теоретичних і практичних рекомендацій з удосконалення господарського законодавства, яке регулює відносини у згаданій сфері.

Об'єктом дослідження є правовідносини між суб'єктами господарювання, що виникають з приводу реалізації майнових прав авторів у контексті поглядів вчених-юристів щодо концепцій виникнення та реалізації майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Предметом дослідження є теоретико-правові особливості визначення майнових прав суб'єктів господарювання в сфері авторського права та суміжних прав.

Поняття «майнові права» вживається в галузевих науках у різних смислових контекстах і відбивається у численній кількості наукових спроб з'ясувати зміст даного поняття. Теоретико-методологічним підґрунтям для цих досліджень виступають праці українських вчених-цивілістів Ю. О. Гладь, О. В. Дзери, О. В. Яворської, та ін. У російській цивілістиці обговоренню концепцій майнових прав присвятили свої праці М. І. Брагінський, А. С. Брітвін, І. А. Гумаров, Л. Г. Єфімова, Д. В. Мурзін та ін.

Проблемні аспекти майнових та особистих немайнових прав автора неодноразово були предметом наукових досліджень вчених-юристів. Відповідно, проблематику досліджували такі науковці, як: Ю. Л. Бошицький, Л. М. Вишневецький, М. В. Гордон, О. С. Іоффе, Ю. М. Капіца, А. В. Кашанін, Ю. Г. Матвеев, О. А. Підпригора, О. О. Підпригора, О. П. Сергеев, В. І. Серебровський, С. О. Сліпченко, Р. О. Стефанчук, Р. Б. Шишка та інші.

Не зважаючи на величезну кількість наукових робіт з питань інтелектуальної власності, питання щодо визначення та реалізації майнових прав на об'єкти авторського права та суміжних прав досі залишаються малодослідженими.

Положення Господарського кодексу України (далі – ГК України), які покликані визначити специфіку використання прав інтелектуальної власності у господарській діяльності, доволі часто суперечать відповідним нормам Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) у цій сфері.

Щодо спеціального законодавства у сфері авторського права та суміжних прав, то недостатня розробленість положень щодо місця прав творців у складі майна суб'єктів господарювання призвела до того, що воно не враховує економічний зміст авторських прав належним чином.

Відсутність чіткої законодавчої позиції щодо природи майнових прав на об'єкти авторського права та суміжних прав, а також наукова дискусія з цього питання, що точиться серед вчених-юристів, обумовлює потребу в поглибленні правових досліджень цього напрямку. Наведені теоретичні проблеми негативно впливають на практику реалізації майнових прав авторів, а як наслідок – і на захист суб'єктів господарювання, що використовують у своїй діяльності об'єкти авторського права. Так, судові органи замість правової кваліфікації відносин та устанавлення того, яка правова норма підлягає застосуванню для вирішення спору, змушені заповнювати прогалини законодавства та впроваджувати правові конструкції спроможні забезпечити захист як майнових прав авторів, так і прав суб'єктів господарювання. Результатом зазначеного, як показує практика, є доволі нетипова ситуація, у якій перебувають судові органи при необхідності надати правову кваліфікацію зазначеним відносинам з наступним застосуванням правової норми для її вирішення. Ця нетиповість полягає в намаганні заповнити прогалину в законодавстві, впроваджуючи правові конструкції, що базуються на підвалинах теоретичних розробок вчених-правників для висвітлення наукових підходів до захисту як майнових прав авторів, так і прав суб'єктів господарювання.

Правова реформа, здійснювана в Україні, є широкомасштабним і складним процесом. У результаті перетворень, що відбуваються в країні, багато положень у законодавстві зазнали змін. Правові норми були приведені у відповідність до вимог міжнародних документів і Конституції України. Вихід України на нові рубежі соціально-економічного прогресу створив об'єктивні передумови для розширення питання майнових прав. Наукові дискусії стосовно майнових прав як об'єктів права власності висловлюються М. І. Брагінським, І. А. Гумаровим, Л. Г. Єфімовою, Д. В. Мурзіним, А. С. Брітвіним та іншими вченими. Деякі науковці посиляються на можливість відчуження майнових прав: купівля-продаж кваліфікує свої об'єкти як об'єкти речового права, отже, майнові права є об'єктами права власності<sup>1</sup>. Інші вчені спираються на існування нематеріальних «речей», наприклад, грошей і цінних паперів, які можуть мати безготівкову (бездокументарну) форму; отже деякі майнові права наділені властивостями речі, а тому опосередковано вони є об'єктами права власності<sup>2</sup>. А, наприклад, А. Б. Бабаєв апелює до закону і стверджує, що законодавець прямо вказує на те, що майнові права є об'єктами<sup>3</sup>. Варто погодитися з точкою зору М. І. Брагінського, який зазначає, що звуження кола об'єктів права власності лише до «речей» є невиправданим, речові правовідносини можуть включати в себе певні права на дії протилежної сторони (майнові права)<sup>4</sup>. Слід зазначити, що родоначальником зміни концепції права власності у вітчизняній правовій системі був вчений радянського періоду Ю. Г. Басін, який запропонував вживати термін «право власності» як родове поняття – охоронюване законом абсолютне право суб'єкта на свій розсуд та у своїх інтересах здійснювати повне владарювання щодо безпосередньо належних йому об'єктів. Автор виділив такі види права власності: право власності на речі («оречевлене» право власності); право власності на предметні символи майнових благ; право власності на оборотні активи; право інтелектуальної власності<sup>5</sup>.

Технологічна революція та становлення постіндустріальної структури виробництва спричинили зародження принципово нових підходів до розуміння необхідності правового забезпечення відносин власності.

Право інтелектуальної власності, на відміну від майнового права, інтерпретується специфічними особливостями. Так, спроба закріплювати право інтелектуальної власності за одним конкретним власником інтуїтивно сприймається як така, що суперечить природі. Є багато інших питань щодо використання інтелектуальних продуктів, на які не можна дати відповідь на основі положень класичної концепції власності.

Зазначені проблеми у своїй сукупності призводять до певного знецінення економічних засад, на яких в епоху індустріалізму ґрунтувалась приватнокапіталістична власність. Вчені поступово усвідомлюють гостроту проблеми, що постає перед суспільством, відмовляються від застарілої, запозиченої з римського права, класичної доктрини права власності, яка трактує власність як цілковите панування особи над річчю, і доходять висновку про необхідність розуміння відносин власності як певних економіко-правових угод, призначених стимулювати розвиток суспільного виробництва та сприяти зростанню рівня задоволення людських потреб. Відповідні тенденції сприймаються нами та свідчать про позитивну динаміку економіко-правових досліджень категорії «власність».

У сучасному світі використання об'єктів авторського права перетворилося на потужну індустрію, яка живе за своїми законами та правилами, вимагає спеціальних знань і навичок у різних галузях законодавства, виробництва та надання послуг, для освоєння яких необхідна спеціальна підготовка. Варто зазначити, що на початку XXI ст. у світовій економіці частка галузей промисловості, заснованих на авторському праві, становила більше 7% (2,2 трлн дол.). При цьому економічне зростання цих галузей становить у середньому 5% на рік – це більше, ніж середній ріст економіки всієї планети<sup>6</sup>. Індустрія авторського права і суміжних із ним прав (програминого забезпечення, кінематографу, відео-, звукозапису, видавничої справи тощо) займає важливе місце в секторальній структурі інформаційного суспільства.

Індустрії, що базуються на авторському і суміжних правах можна поділити на чотири види, які в свою чергу можуть мати підвидові різновиди або знаходитись у певному переплетінні: 1) ключові індустрії

авторського права; 2) взаємозалежні індустрії авторського права; 3) часткові індустрії авторського права; 4) не присвячені допоміжні індустрії авторського права.

*Ключові індустрії авторського права* – індустрії, що повністю задіяні у створенні, виробництві й виготовленні, виконанні, теле- і радіомовленні, сповіщенні та публічному показі, розповсюдженні та продажі об'єктів авторського права і суміжних прав. До ключових індустрій належать: преса та література; музика, театр, опера; кінофільми та відеограми; радіо та телебачення; фотографія; програмне забезпечення та бази даних; образотворче мистецтво; послуги реклами; організації колективного управління тощо.

*Взаємозалежні індустрії авторського права* – індустрії, що задіяні у виробництві, виготовленні та продажу обладнання, функція якого повністю або в основному полягає у сприянні створенню, виробництві або використанні об'єктів авторського права і суміжних прав. Основним критерієм для об'єднання індустрій у цій категорії є те, що кожна з включених індустрій залежна від інших індустрій, що базуються на авторському праві, і не може без них існувати. Ця категорія включає в себе такі індустрії, як виробництво, виготовлення та продаж: телевізорів, радіоприймачів, CD-плеєрів, DVD-плеєрів, обладнання для електронних ігор та іншого подібного обладнання; комп'ютерів та обладнання; музичних інструментів; фотографічного та кінематографічного обладнання; фотокопіювальних пристроїв; носіїв для запису; паперу.

*Часткові індустрії авторського права* – це індустрії, які частково у своїй діяльності належать до об'єктів авторського права і суміжних прав та можуть включати створення, виробництво й виготовлення, виконання, передачу шляхом мовлення, сповіщення та публічний показ, розповсюдження і продаж продукції разом з такими об'єктами. Часткові індустрії авторського права використовують об'єкти авторського права і суміжних прав у своїй діяльності в основному для підвищення вартості продукції, що виробляється. До переліку часткових індустрій входять наступні категорії: одяг, текстиль та взуття; коштовності й монети; інші ремісничькі вироби; меблі; побутові товари, порцелянові та скляні вироби; шпалери і килими; дитячі іграшки та ігри; архітектура, інженерія, геодезія; внутрішній дизайн; музеї.

*Не присвячені допоміжні індустрії, що базуються на авторському праві* – це індустрії, діяльність яких частково належить або сприяє теле- та радіомовленню, сповіщенню, розповсюдженню або продажу об'єктів авторського права і суміжних прав, і чия діяльність не була включена до основних індустрій авторського права. Індустрії, які не присвячені авторському праву, але сприяють його просуванню, мають на меті надання різноманітних послуг та засобів постачання, які самі по собі не пов'язані безпосередньо з економічним обігом об'єктів авторського права і суміжних прав, але надають можливість для такого обігу та обслуговують його в загальному порядку, разом з товарами і послугами інших індустрій. До цієї категорії входять такі індустрії: оптова та роздрібна торгівля; транспорт; телефонія та Інтернет.

Як бачимо, поширення продуктів авторського права в зазначених індустріях – це їх економічний рух, який утворює економічний зміст авторського права. Внутрішньою структурою економічного змісту авторського права є реальні економічні відносини щодо володіння, розпорядження та використання інтелектуального продукту між творцем, якому продукт належить, та іншими членами суспільства. Ці відносини в суспільстві з ринковою організацією економіки мають також юридичний зміст у формі права інтелектуальної власності, у тому числі авторського права, за допомогою якого захищають авторські та майнові права творця інтелектуального продукту, регулюють усю сукупність відносин інтелектуальної власності. Необхідність захисту майнових прав автора продукту інтелектуальної діяльності обумовлена тим, що в умовах ринкової економіки навіть творча праця, що є стимулом для творця, потребує зовнішніх стимулів – грошових та інших форм доходів<sup>7</sup>. Теоретичними проблемами відмежування виключних майнових прав інтелектуальної власності від права власності переймалися відомі українські вчені, серед яких О. М. Вінник, яка комплексно дослідила інститут права промислової власності за законодавством України та визначила особливості його правового регулювання у межах господарського права<sup>8</sup>. В. М. Гайворонський розглядав правомочності суб'єктів господарювання щодо об'єктів права інтелектуальної власності та встановив основні правові прогалини правового регулювання відносин суб'єктів господарювання, які в своїй діяльності використовують зазначені об'єкти<sup>9</sup>. О. О. Городов у своїй праці розглянув еволюцію права інтелектуальної власності та здійснив аналіз правових форм використання прав інтелектуальної власності в господарській діяльності<sup>10</sup>.

Сьогодні, можна казати про те, що вітчизняна концепція визначення майнових авторських прав у цілому сформована. Її нормативним фундаментом вже є ЦК України<sup>11</sup>, а також Закон України «Про авторське право і суміжні права»<sup>12</sup>, які розмежовують право власності та виключні права. При цьому важливо зазначити, що й після набрання чинності ЦК України вчені розглядають об'єкти авторського права як об'єкти права власності, а також досліджують зміст виключних прав на них крізь призму правомочностей права власності – володіння, користування, розпорядження.

Об'єктом права прихильники пропріетарної теорії (Розенберг, Підопригора, Табашников та ін.) пропонують вважати не ідеальний твір, а його матеріальний субстрат, носій. Але у літературі неодноразово зазначалося, що спроби пристосувати механізми речових прав до обслуговування сфери творчої діяльності виявилися безуспішними. Так, наприклад, О. Піленко ще на початку ХХ ст. стверджував, що будь-який винахід «має виключно абстрактно-ідейний зміст і з речовим своїм субстратом ототожнюється тільки в нерозвинутій свідомості», при цьому «сутність винаходу не вичерпується тими матеріальними речами, у яких він втілений, винахід завжди неречовий, об'єкт патентного права завжди нематеріальний»<sup>13</sup>. Отже, перед прихильниками пропріетарної теорії одразу постала проблема визначення змісту правомочностей власника, способів охорони цієї власності та правових форм передачі її іншим особам. Противники цього підходу вказували і



продовжують підкреслювати, що не можна ототожнювати правовий режим матеріальних речей і нематеріальних об'єктів, якими є по своїй суті авторські твори.

Модель права власності передбачає здійснення власником тріади правомочностей: володіння, користування та розпорядження річчю. До нематеріальних об'єктів, якими є всі результати інтелектуальної праці, неможливо застосувати правомочність володіння: не можна здійснювати фізичне володіння ідеями, образами тощо. Не може бути прямо застосована до нематеріальних об'єктів і речова правомочність користування: науково-технічні ідеї та літературно-художні образи можуть одночасно знаходитися в користуванні безмежного кола суб'єктів. Водночас ці об'єкти не будуть «споживатися» у процесі використання у фізичному розумінні. Принципові відмінності властиві й розпорядженню творчими результатами<sup>14</sup>. Крім того, на відміну від права власності, що є безстроковим і не піддається територіальним обмеженням, права авторів та їх правонаступників передусім обмежені в часі й просторі. Тому стає зрозумілим, що права інтелектуальної власності мають захищатися за допомогою інших правових засобів<sup>15</sup>. У відповідь на ці справедливі зауваження прихильники пропріетарної концепції кажуть, що в даному випадку йдеться про власність особливого роду, яка вимагає спеціального регулювання через нематеріальний характер її об'єктів, якими є невідчутні і безтілесні речі – твори науки, літератури і мистецтва тощо. Таким чином, всі їх контраргументи зводяться до вже відомої формули *sui generis*\*. Варто зазначити, що ті, хто стверджує, що право інтелектуальної власності є власністю *sui generis*, до сьогодні не надали жодної теоретичної конструкції, де *sui generis* розкладено у вигляді конкретних юридичних ознак. Так, Г. Ф. Шершеневич вважає, що поширювати поняття про речові права, які не мають своїм об'єктом речі, видається теоретично незручним: «Порядок виникнення, переходу, припинення, захисту речових прав розрахований саме на матеріальний їх зміст, і тому поширення цих правил на зовсім іншу сферу може створити небажане змішування уявлень у теорії і практиці, наприклад, між авторським правом художника на картину і правом власності на неї з боку особи, яка її купила, між правом на літературний твір і правом на примірник книги»<sup>16</sup>. Суб'єкт права інтелектуальної власності має право використовувати цей об'єкт будь-яким способом на свій розсуд, при чому термін «використовувати» нетотожний терміну «користування», який зазвичай стосується речових об'єктів і не може бути застосованим до об'єктів права інтелектуальної власності. Суб'єкт права на твір літератури, науки і мистецтва має право цей твір видавати, публікувати, оприлюднювати будь-яким способом. Усе це – специфічні способи здійснення суб'єктивних прав інтелектуальної власності, відмінні від речових<sup>17</sup>.

За автором авторське право закріплює певні права, які бувають двох видів: майнове авторське право та немайнове авторське право. Зазначений поділ існує для того, щоб чітко розмежувати, яке авторське право може бути відчужуваним (передано третім особам), а яке невідчужуваним.

Як уже зазначалось, за своєю природою майнове авторське право має економічну сутність. Економічна сутність даного виду права полягає насамперед у отриманні доходу від використання твору третіми особами. Дотримання економічної сутності досягається за допомогою законодавчого закріплення норм права. На законодавчому рівні майнове авторське право – це насамперед заборона на зазіхання незаконного використання твору, тобто надання законного права автору забороняти третім особам використовувати твір без його дозволу. Стаття 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права», а також ст. 440 ЦК України визначають, що до майнових прав інтелектуальної власності на твір належить виключне право на використання твору, виключне право дозволяти або забороняти використання твору іншими особами.

Майнове авторське право може належати автору або тій особі (далі – правовласнику), якій було передано право (наприклад, автор уклав договір купівлі-продажу з юридичними особами на предмет продажу юридичній особі за певну вартість його права).

Майнове авторське право реалізується використанням у наступних ситуаціях: укладанням ліцензійного договору (надання ліцензії) між автором і третьою стороною; при формуванні статутного капіталу підприємства майнове авторське право замість грошового еквівалента може бути однією з форм внеску до статутного капіталу (це допомагає не відволікати грошові ресурси); використання права безпосередньо у господарській діяльності підприємства (це дає змогу не платити третім особам за надання законного дозволу щодо використання твору); інше. Тобто, за надання дозволу на право користування твору третіми особами автор (правовласник) отримує матеріальну винагороду, що в свою чергу належить до майнового авторського права.

Авторські майнові права можна умовно розділити на дві групи – виключні права та так звані «звичайні» майнові права, тобто невиключні. Перші безпосередньо пов'язані з використанням твору і є можливістю уповноваженої особи використовувати твір самостійно, а також дозволяти або забороняти використання твору тим чи іншим особам. Друга група майнових прав пов'язана з використанням твору опосередковано. Разом із тим ці права також мають економічний зміст і пов'язані з отриманням автором чи іншим суб'єктом авторського права певних благ у якості компенсації за здійснені при створенні об'єкта авторського права творчі зусилля і/або використання твору: право на винагороду виникає у суб'єкта авторського права в будь-якому випадку використання твору, а також при створенні твору за авторським договором. Право слідування виникає у випадку наступних після першого продажів оригіналів твору та передбачає виплату відсотка від ціни такого перепродажу<sup>18</sup>. Невідоме до цього часу національному законодавству України, у більшості розвинених країн світу право слідування

\* *Sui generis* (суй генеріс; букв. своєрідний, єдиний у своєму роді) – латинський вираз, що означає унікальність правової конструкції (акта, закону, статусу тощо), яка, незважаючи на наявність схожості з іншими подібними конструкціями, в цілому не має прецедентів. Унікальність будь-якого з випадків *sui generis* часто стає предметом затяжних суперечок.

відіграє значну роль у забезпеченні майнових прав авторів творів образотворчого мистецтва і розуміється як право автора брати участь у прибутках, отриманих від продажів твору, що слідує за першим продажем твору самим автором. Виникнення права слідування пов'язано з тим, що для більшості авторів творів образотворчого мистецтва саме продаж оригіналу твору є єдиним способом його комерціалізації та отримання прибутку. Надання цього специфічного авторського повноваження саме авторам творів образотворчого мистецтва значною мірою обумовлено такою особливістю цих творів, що на відміну від інших (літературних, музичних тощо), використання яких робить можливим отримання прибутку у вигляді роялті, прибуток від творів образотворчого мистецтва отримується здебільшого одноразово у разі продажу оригіналу. Водночас збільшення вартості оригіналу твору образотворчого мистецтва часто відбувається поступово, іноді через значний проміжок часу. Так, наприклад, за останні 50 років ціни на твори мистецтва зростали в середньому на 12,6 % щорічно (для порівняння – курс високоліквідних акцій – на 11,7 %), а обсяг тільки вітчизняного ринку мистецьких творів оцінюється приблизно від 200 млн до 1 млрд доларів США. Причому слід зазначити, що понад 75 % лотів на світових аукціонах становлять твори живопису<sup>19</sup>. Слід також звернути увагу на таку тенденцію ринку мистецтв, як його спрямованість на твори живих авторів. Таким чином, забезпечення можливості для авторів творів образотворчого мистецтва брати участь у прибутках, отриманих від наступних продажів твору, є необхідним та доцільним.

Центральне місце в системі майнових прав авторів займають виключні права. Теорія виключних прав була розроблена ще у російській дореволюційній літературі, зокрема Г. Ф. Шершеневичем. Так, на думку Г. Ф. Шершеневича, під виключними правами слід розуміти монополію володільця авторського права на використання твору<sup>20</sup>.

В основі цієї теорії лежить ідея про нематеріальний (ідеальний) характер об'єкта права інтелектуальної власності, який може використовуватися одночасно необмеженою кількістю осіб на необмеженій території. Так, як тільки ідея стає відомою, обмежити її безконтрольне використання самому правласнику без спеціальної правової підтримки практично неможливо. Тому прихильники теорії виключних прав (Ланг, Моріс, Піленко, Дозорцев та ін.) особливе значення надають негативній стороні виключного права. Це фактично заборонна функція, що дозволяє правласнику усувати або «виключати» всіх третіх осіб від використання об'єкта власності.

Цей підхід має теоретичним підґрунтям розмежування у праві власності тілесного майна (матеріальний носій ідеї) і безтілесного (власне ідею). Тому при розгляді інтелектуальної власності необхідно виходити із триади: ідея, її носій і інформація.

Тієї ж позиції дотримуються й інші вчені, які досліджували майнові права інтелектуальної власності. Так, В. А. Дозорцев справедливо зауважує, що «виключне право являє собою цілком самостійну наукову категорію, відмінну від права власності, що не вкладається в традиційну систему римського права». Сенс «виключних прав» як правового інституту полягає в штучному перенесенні на нематеріальні об'єкти режиму, встановленого правом приватної власності на речові об'єкти, з необхідними модифікаціями<sup>21</sup>.

Представники теорії наголошують, що виключні права не можуть бути ототожені з речовим правом власності, адже обидва види суб'єктивних цивільних прав мають значні відмінності:

- 1) відмінності по спрямованості: право власності має переважно позитивну спрямованість – забезпечує власнику можливість володіти, користуватися і розпоряджатися річчю; виключне право має переважно негативну спрямованість – «виключає», усуває третіх осіб від використання об'єкта власності;
- 2) різні підстави і способи встановлення зазначених прав: способи придбання права власності, наприклад, знахідка, придбання за давністю володіння і деякі інші, не застосовні до виключних прав;
- 3) виключне право обмежено у часі визначеним у законі терміном (незважаючи на те, що його об'єкт фізично існує невизначений час), тоді як право власності існує, поки існує його об'єкт;
- 4) обмеженість виключних прав у просторі, адже набуті на території однієї держави, такі права не отримують автоматичного визнання на території іншої держави, на відміну від права власності (якщо інше не передбачено міжнародними угодами);
- 5) у зміст виключних прав відповідно до класичної теорії виключних прав не входить право володіння об'єктом, подібне аналогічному у речовому праві;
- 6) значні відмінності є в правових інститутах: розпорядження виключним правом відбувається в спеціальних формах, відмінних від договірних конструкцій купівлі-продажу або оренди.

А. П. Сергеев звертає увагу на двоїсту природу авторського і винахідницького права: з одного боку, творцеві результату інтелектуальної творчої діяльності належить право на його використання, яке має винятковий характер і може бути передане іншим особам. Це право належить до майнових прав. З іншого боку, автор володіє сукупністю особистих немайнових прав, які не можуть відчужуватися від їх власника в силу їх природи. До таких немайнових прав належить право авторства, право на авторське ім'я, псевдонім тощо<sup>22</sup>. Таким чином, майнова складова цих прав визначає економічну природу інтелектуальної власності, а особиста немайнова – творчу.

З огляду на двоїсту природу авторського права можна сказати, що виключні права стосуються саме майнової складової таких прав, оскільки саме з нею пов'язане комерційне використання результатів інтелектуальної діяльності. Особисті ж немайнові права є невідчужуваними від їх автора і мають абсолютний характер, тобто не обмежені у часі й просторі. Але водночас майнові і особисті немайнові права перебувають у тісному взаємозв'язку і не можуть бути штучно виокремлені з єдиного інституту інтелектуальної власності. Так, наприклад, право авторства, яке є особистою немайновою складовою авторського права, завжди супроводжує інтелектуальний продукт навіть за умови передачі майнових прав іншим особам<sup>23</sup>.

Прихильники концепції виключних прав вбачають в об'єктах права інтелектуальної власності принципово іншу природу, яка потребує спеціального регулювання. Вони впевнені, що виключні права мають свої видові ознаки та специфічний юридичний зміст<sup>24</sup>.

На сьогодні загально визнаним є розуміння виключного характеру авторських прав, яке полягає в тому, що лише суб'єкт авторського права, тобто автор або його правонаступник, може вирішувати питання щодо використання його твору і ніхто інший без його дозволу цього робити не вправі<sup>25</sup>.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права» під виключним авторським правом слід розуміти майнове право особи, яка має щодо твору, виконання, постановки, передачі організації мовлення авторське право на використання цих об'єктів авторського права лише нею і на видачу лише цією особою дозволу чи заборону їх використання іншим особам у межах строку, встановленого Законом.

Необхідними ознаками виключного права є, по-перше, майновий характер. Тобто, як і будь-яке майнове право, виключне право має грошову оцінку і подальша передача виключного права буде носити оплатний характер. По-друге, належність усіх прав на твір тільки автору або його правонаступнику. По-третє, виключне право передається або є віддільним від творця, тобто, в автора твору є можливість передачі усіх прав на твір іншому суб'єкту авторського права. Ще однією характерною ознакою виключного права є обмеженість його визначеним законодавством строком<sup>26</sup>. Це означає, що виключне право автора твору має строк правової охорони для додержання балансу інтересів сторін, тобто, творця і суспільства. Очевидно, що авторські права є різновидом абсолютних прав. При цьому їхня «виключність» є тільки іншою стороною їх абсолютного характеру. Справді, виключні права за своєю юридичною природою тотожні абсолютним правам: з відповідним правом співвідноситься обов'язок усіх третіх осіб утримуватися від дій, що не узгоджуються з ним; обов'язки пасивних суб'єктів мають форму заборони; порушення права може бути здійснене з боку будь-якої особи; позов для захисту може бути спрямовано проти кожної особи, яка порушила право; право виникає незалежно від волі пасивних суб'єктів. Як наслідок, такому праву слід надати перевагу перед відносним правом<sup>27</sup>. Взагалі, виключністю називається будь-яка неповторність об'єкта, його ексклюзивні риси, властиві тільки йому. Отже, виключною властивістю більшості майнових прав є їх монополістична структура. Це означає, що автор є повним та виключним володарем свого твору і ніхто без його дозволу не може заявляти права на авторську власність. Абсолютний характер майнових виключних прав авторів, звичайно, не означає, що вони є необмеженими. Навпаки, виключні права авторів та їх правонаступників обмежуються чинним законодавством шляхом встановлення меж здійснення цих прав<sup>28</sup>. Загальні межі суб'єктивних прав визначені ст.ст. 12 і 13 ЦК України і є спільними для авторських та інших цивільних прав. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 13 ЦК України цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. При здійсненні свого права особа повинна додержуватися моральних засад суспільства, а також діяти добросовісно і розумно. У випадку встановлення судом протилежного поведінка уповноваженої особи буде мати наслідки, встановлені законом. Разом із тим для суб'єктивних авторських прав законодавець встановлює конкретні межі здійснення цих прав, які можна розділити на два види залежно від підстав, на яких ґрунтується установлення обмежень. Перші – це межі, що визначаються самою природою авторських прав<sup>29</sup>. До цього виду обмежень належать обмеження, що визначаються строком дії виключних прав у часі, а також територіальним характером їх дії. Перше обмеження застосовується тільки до майнових (виключних) прав авторів. Стосовно обмеження за територіальним характером слід зауважити, що авторські права діють і охороняються чинним законодавством на території України, а також на території інших держав відповідно до міжнародних договорів, укладених іншою державою.

Другий вид обмежень авторських прав – це випадки вільного використання твору із зазначенням імені автора. Даний вид обмежень встановлений у зв'язку з потребами держави і суспільства. Цей вид обмежень має надзвичайно велике значення в авторському праві, оскільки він є найбільш дієвим способом підтримання балансу між інтересами авторів творів, з одного боку, а також інтересами користувачів творів, з іншого. Даний вид обмежень стосується тільки виключних, тобто майнових прав авторів творів.

Виключним авторським правам притаманні певні риси, що відрізняють їх від інших груп абсолютних прав, передусім від права власності.

1. Виключне право – право на нематеріальний об'єкт (результат інтелектуальної діяльності автора – твір), право власності – це право тільки на матеріальний об'єкт. Тут важливо підкреслити, що виключне право на твір не означає відсутності його майнового характеру, а навпаки – будь-які твори мають свою цінність, яка може бути виражена в грошовій сумі<sup>30</sup>.

2. Виключні права відмінні від права власності за змістом правомочностей. В. А. Дозорцев протиставляє права володіння, користування, розпорядження, які є складовими частинами, що входять до права власності, правомочностям виключного права – використання та розпорядження<sup>31</sup>.

3. Характерною особливістю виключних прав є те, що аналогічне право на один і той же об'єкт може належати різним особам. Причому це право за своїм змістом буде повністю тотожним у різних осіб, що є неможливим у випадку, коли об'єктом є матеріальна річ. Наприклад, надання виключного права на опублікування літературного твору різним видавництвам у різних країнах, причому виключне право кожної особи є самостійним і не залежить від прав інших осіб. Але цей приклад демонструє випадки, коли декілька осіб набувають самостійні виключні права на один і той же об'єкт. Однак буває й так, коли виключне право може належати одній або кільком особам спільно. Наприклад, правовласниками будуть визнаватися як первинний власник права на твір, тобто автор, так і похідний. Якщо виключне право належить кільком особам спільно,



кожна із них може використовувати авторський твір на свій розсуд. При цьому всі доходи розподіляються між ними порівну. Але правовласники можуть передбачити інший порядок розподілу доходів, уклавши письмову угоду в такому випадку<sup>32</sup>.

4. Обмеженість виключних прав у часі і просторі відрізняє їх від права власності, яке є безстроковим і визначається за його суб'єктом однаковою мірою, незалежно від юрисдикції.

5. Специфіка об'єкта виключних прав – нематеріального блага, визначає специфіку способів захисту авторських прав, які суттєво відрізняються від речових способів захисту. Зокрема, негаторний і віндикаційний позови до захисту авторських прав застосовуватися не можуть, оскільки вони притаманні захисту права власності. Способи цивільно-правового захисту авторських прав окремо визначені чинним законодавством, зокрема ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Власне, на відмінність виключних прав від права власності прямо вказується у чинному законодавстві. Так, ст. 419 ЦК України визначає, що право інтелектуальної власності та право власності на річ не залежать один від одного, перехід права на об'єкт права інтелектуальної власності не означає переходу права власності на річ; перехід права власності на річ не означає переходу права на об'єкт права інтелектуальної власності. Аналогічні положення містить ст. 12 Закону. Отже, виключним правом визнається майнове право однієї або кількох осіб (правовласників) з використання, розпорядження твором будь-яким способом, що не суперечить закону протягом певного строку і забезпечується примусовими заходами майнового характеру у випадках порушення цього права.

Аналізуючи майнові права суб'єктів господарювання в сфері авторського права та суміжних прав, вважаємо за доцільне розглянути категорію «майно» та його структуру, яка регламентується чинним законодавством.

Поняття «майно суб'єктів господарювання» міститься у ст. 139 ГК України, відповідно до якої майном визнається сукупність речей та інших цінностей (включаючи нематеріальні активи), які мають вартісне визначення, виробляються чи використовуються у діяльності суб'єктів господарювання та відображаються в їх балансі або враховуються в інших передбачених законом формах обліку майна цих суб'єктів<sup>33</sup>.

Згідно зі ст. 190 ЦК України майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. ГК України визначає поділ майна залежно від економічної форми: основні фонди, оборотні засоби, кошти, товари.

Основними фондами виробничого і невиробничого призначення є будинки, споруди, машини та устаткування, обладнання, інструмент, виробничий інвентар і приладдя, господарський інвентар та інше майно тривалого використання, що віднесено законодавством до основних фондів.

Оборотними засобами є сировина, паливо, матеріали, малоцінні предмети та предмети, що швидко зношуються, інше майно виробничого і невиробничого призначення, що віднесено законодавством до оборотних засобів.

Коштами у складі майна суб'єктів господарювання є гроші у національній та іноземній валюті, призначені для здійснення товарних відносин цих суб'єктів з іншими суб'єктами, а також фінансових відносин відповідно до законодавства.

Товарами у складі майна суб'єктів господарювання визнаються вироблена продукція (товарні запаси), виконані роботи та послуги.

Така класифікація майна має надзвичайно важливий прикладний аспект, оскільки віднесення майна до того чи того виду може визначати його правовий режим.

Слід зазначити, що інтелектуальна власність, у тому числі об'єкти авторського права в господарській діяльності, вважається нематеріальним активом, який може бути внеском до статутного капіталу підприємства.

Інтелектуальна власність у статутному капіталі підприємства дає змогу, по-перше, сформувати значний статутний капітал без залучення грошових засобів, а також забезпечити доступ до інвестицій та кредитів, оскільки виключні майнові права на об'єкти інтелектуальної власності і ліцензії можна використовувати нарівні з іншим майном як заставу при отриманні банківських кредитів; по-друге, власникам прав брати участь у якості засновників (власників) юридичних осіб; по-третє, включати в собівартість продукції амортизаційні відрахування з об'єктів права інтелектуальної власності (в тому числі авторських прав) у нематеріальні активи на законних підставах.

Визначення об'єктів права інтелектуальної власності як нематеріального активу суб'єкта господарювання дозволяє поставити на баланс, підтвердивши документально права власності на ці об'єкти та отримати додаткові доходи за передачу прав на використання об'єктів права інтелектуальної власності (в тому числі об'єктів авторського права), забезпечивши обґрунтоване регулювання цін на вироблену суб'єктом господарювання продукцію.

Отже, можемо зробити такі висновки.

1. Дискусія з приводу майнових і суміжних авторських прав триває і сьогодні. Представники теорії виключних прав вказують на суттєві відмінності між правом на результати інтелектуальної діяльності та традиційним правом власності і, як наслідок, на неможливість їх отождолення. Ті ж дослідники, які визнають пропріетарну теорію, вказують на те, що відмінностей між виключним правом і правом власності по суті немає, а справа лише у розставленні акцентів. Обидві концепції мають своїх прихильників та опонентів і обидві знайшли своє відображення у світовій практиці та національних законодавствах.

2. Сьогодні майнове авторське право застосовується до таких об'єктів інтелектуальної власності, як: нетрадиційні об'єкти; об'єкти суміжних прав; об'єкти авторських прав; об'єкти промислової власності. Це



зумовлено сучасною індустрією авторського права і суміжних із ним прав (програмного забезпечення, кінематографу, відео-, звукозапису, видавничої справи тощо).

3. Майнове авторське право для автора – це можливість дозволяти або забороняти третім особам використання твору.

4. З історичної позиції погляд на майнове і немайнове авторське право залежав від особливостей суспільно-політичних формацій, а також зміни світогляду суспільства.

5. Питання визначення майнових прав суб'єктів господарювання в сфері авторського права і суміжних прав на сьогоднішній день є недостатньо вивчене і потребує перегляду господарського законодавства з урахуванням особливостей, що передбачені спеціальним законодавством у сфері інтелектуальної власності.

6. Глава 16 «Використання у господарській діяльності прав інтелектуальної власності» ГК України акцентує увагу на об'єктах промислової власності, засобах індивідуалізації учасників господарського обороту, залишивши абсолютну позу увагою об'єкти авторського права, суміжних прав та ін. Хоча ст. 155 ГК в переліку об'єктів інтелектуальної власності в сфері господарського обороту визнає комп'ютерну програму, зміст такого об'єкта ГК не розкриває.

<sup>1</sup> Мурзин Д. В. Ценные бумаги – бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг / Д. В. Мурзин. – М. : Статут, 1998. – 176 с. – С. 98.

<sup>2</sup> Гумаров И. Понятие вещи в современном гражданском праве России / И. Гумаров // Хозяйство и право. – 2000. – № 3. – С. 80–84.

<sup>3</sup> Бабаев А. Б. Система вещных прав : моногр. / А. Б. Бабаев. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 408 с. – С. 199.

<sup>4</sup> Брагинский М. И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений / М. И. Брагинский // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: сб. памяти С. А. Хохлова / Г. Е. Авилов, С. С. Алексеев, М. И. Брагинский и др.; отв. ред.: Маковский А. Л. – М. : Изд-во Междунар. центра финансово-эконом. развития, 1998. – 480 с. – С. 124.

<sup>5</sup> Басин Ю. К вопросу о понятии права собственности / Ю. Басин // Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика. – Алматы: ЮРИСТ, 2003. – Вып. 17. – С. 28–40. – С. 39.

<sup>6</sup> Інтелектуальна власність у формуванні інноваційної економіки України: проблеми законодавчого забезпечення та державного регулювання: Матеріали слухань у комітеті Верховної Ради України з питань науки і освіти «Ефективність застосування законодавства України у сфері авторського права і суміжних прав» (3 вересня 2008 р.), «Ефективність застосування законодавства України у сфері авторського права і суміжних прав» (3 липня 2009 р.), «Промислова власність в інноваційній економіці України: ефективність застосування законодавства та державного регулювання» (5 жовтня 2009 р.) / за заг. ред. проф. В. І. Полохала. – К. : Парламентське вид-во, 2010 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pdr.org.ua>

<sup>7</sup> Політична економія : навч. посіб. для студентів вищих навчальних закладів / за ред. В. О. Рибалкіна, В. Г. Бодрова. – К. : Академ. видав, 2004. – 672 с. – С. 97.

<sup>8</sup> Вінник О. М. Господарське право: курс лекцій / О. М. Вінник. – К. : Атіка, 2004. – 624 с. – С. 175–181.

<sup>9</sup> Господарське право України : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закладів освіти / В. М. Гайворонський, В. П. Жушман, Н. В. Погорецька [та ін.] ; за ред. В. М. Гайворонського та В. П. Жушмана. – Х. : Право, 2005. – 384 с. – С. 124–134.

<sup>10</sup> Городов О. О. Интеллектуальная собственность: Правовые аспекты коммерческого использования : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.04 «Предпринимательское право; арбитражный процесс» / О. О. Городов. – СПб., 1999. – 31 с.

<sup>11</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

<sup>12</sup> Про авторське право і суміжні права : Закон України / Міністерство юстиції України. – Офіц. вид. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. – 55 с.

<sup>13</sup> Право изобретателя / ред. кол. : В. С. Ем, Т. В. Мальчикова ; вступит. ст. И. А. Зенина; биограф. очерк В. С. Ема, Д. А. Ларионова. – М. : Статут, 2001. – 688 с. – С. 87.

<sup>14</sup> Гражданское право: в 2 т. / отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М. : БЕК, 1998. – Т. 1: Учебник. – 816 с. – С. 634–635.

<sup>15</sup> Гражданское право: учеб. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1998. – Ч. 3. – С. 51.

<sup>16</sup> Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – Тула : Автограф, 2001. – 720 с. – С. 333.

<sup>17</sup> Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві : моногр. / О. А. Кохановська. – К. : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. – 463 с. – С. 332.

<sup>18</sup> Про авторське право і суміжні права : Закон України / Міністерство юстиції України. – Офіц. вид. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. – 55 с.

<sup>19</sup> Пшик Б. Арт-банкінг: новий напрям діяльності банків у сфері інвестиційного бізнесу / Б. Пшик // Вісник Національного банку України. – 2011. – С. 15–19. – С. 17.

<sup>20</sup> Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – М., 1995. – С. 452–455. – С. 452.

<sup>21</sup> Дозорцев В. А. Система законодательства об интеллектуальных правах / В. А. Дозорцев // Юридический мир. – 2001. – № 9. – С. 9–11. – С. 10.

<sup>22</sup> Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации / А. П. Сергеев. – М. : Теис, 1996. – 704 с. – С. 17.

<sup>23</sup> Білоусов В. М. Сучасна трактовка прав на результати інтелектуальної діяльності / В. М. Білоусов // Вісник господарського судочинства. – 2003. – № 1. – С. 125.

<sup>24</sup> Сурженко О. А. Юридична природа права інтелектуальної власності / О. А. Сурженко // Університетські наукові записки. – 2006. – № 2 (18). – С. 7–9.

<sup>25</sup> Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учеб. / А. П. Сергеев. – М. : Изд-во «ПБОЮЛ Гриженко Е. М.», 2000. – С. 217.

<sup>26</sup> Вашинець І. І. Деякі питання юридичної природи виключних авторських прав / І. І. Вашинець // Часопис Київського університету права. – 2008. – № 2. – С. 176.

<sup>27</sup> Там само.

<sup>28</sup> Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права) / В. О. Калятин. – М., 2000. – С. 130.

<sup>29</sup> Вашинецъ І. І. Вказана праця. – С. 176.

<sup>30</sup> Правовая природа исключительного права / Е. Наумова // ИС. Авторское право и смежные права. – 2008. – № 8. – С. 22–23.

<sup>31</sup> Дозорцев В. А. Понятие исключительного права / В. А. Дозорцев // Проблемы современного гражданского права : сб. статей. – М., 2000. – С. 29.

<sup>32</sup> Правовая природа исключительного права / Е. Наумова // ИС. Авторское право и смежные права. – 2008. – № 8. – С. 24.

<sup>33</sup> Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22. – Ст. 144.

#### Резюме

**Демченко Я. О. Теоретико-правові особливості визначення майнових прав суб'єктів господарювання в сфері авторського права та суміжних прав.**

У статті досліджено наукові підходи щодо визначення поняття та сутності майнових прав. Визначено тенденції розвитку та особливості правового регулювання майнових відносин у сфері авторського права та суміжних прав. Надано класифікацію майнових прав в зазначеній сфері, а також висвітлено особливості виключних та невиключних майнових прав на об'єкти авторського права.

**Ключові слова:** майнові права, майнові правовідносини, виключні права, невиключні права, авторське право, суміжні права, інтелектуальна власність.

#### Резюме

**Демченко Я. А. Теоретико-правовые особенности определения имущественных прав субъектов хозяйствования в сфере авторского права и смежных прав.**

В статье исследованы научные подходы к определению понятия и сущности имущественных прав. Определены тенденции развития и особенности правового регулирования имущественных отношений в сфере авторского права и смежных прав. Представлена классификация имущественных прав в обозначенной сфере, а также освещены особенности исключительных и неисключительных имущественных прав на объекты авторского права.

**Ключевые слова:** имущественные права, имущественные правоотношения, исключительные права, неисключительные права, авторское право, смежные права, интеллектуальная собственность.

#### Summary

**Demchenko Y. Theoretical and legal peculiarities of property rights determining of business entities in the sphere of copyright and related rights.**

The article explored the scientific approaches to the definition and nature of property rights. Determined the development trends and peculiarities of legal regulation of property relations in the sphere of copyright and related rights. Presented classification of property rights in this sphere, and also highlighted the peculiarities of exclusive and non-exclusive property rights to objects of copyright.

**Key words:** property rights, property relations, exclusive rights, non-exclusive rights, copyright, related rights, intellectual property.

УДК 349.4 (477)

**Т. В. ЛІСОВА**

*Тетяна Вікторівна Лісова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

## **ВІДНОВЛЕННЯ ЗЕМЕЛЬ: ЕКОНОМІЧНИЙ ТА ПРАВОВИЙ АСПЕКТИ**

Згідно зі ст. 14 Конституції України земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави.

Відповідно до Основних засад (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2020 р., затвердженої Законом України від 21 грудня 2010 р. № 2818-VI, стан земельних ресурсів в Україні близький до критичного<sup>1</sup>.

Останнім часом у наукових колах домінує позиція, згідно з якою завдання щодо охорони і раціонального використання земель і безпосередньо ґрунтів повинні вирішуватися на стику різних наук: економічної та юридичної. Окремі науковці наголошують навіть на економіко-організаційних (до яких входить і нормативно-правове регулювання) аспектах проблеми посилення ролі економічних стимулів і санкцій щодо забезпечення охорони земель, раціонального використання ґрунтового-ресурсного потенціалу та державного регулювання земельних відносин в аграрному секторі економіки<sup>2</sup>.

Правові проблеми відновлення земель є надзвичайно актуальними в сучасних умовах. Серед українських вчених особливо слід виокремити праці з даної тематики П. Ф. Кулинич, О. П. Куцевич, А. Л. Місінкевич, В. В. Носіка, С. В. Хомінець та ін. Не менш значним у дослідження питань раціонального використання, а також відновлення земель, є й внесок фахівців аграрної галузі, представників економічної науки тощо. Так, особливу увагу проблемам охорони та відновлення земель приділено у працях С. А. Балюка, А. В. Кучера, В. В. Медведєва, С. М. Остапчука, А. М. Третяка.

Отже, **метою** даної статті є порівняльний аналіз відновлення земель в економічному аспекті та як правової категорії.

Очевидно, що економічна наука спрямована на розв'язання соціально-економічних завдань насамперед в аграрному секторі держави. Як наголошують фахівці-економісти, актуальність проблеми відтворення (відновлення) родючості ґрунтів обумовлена гострими протиріччями між необхідністю забезпечення сталого розвитку аграрного сектора економіки та інтенсивним розвитком ґрунтового-деградаційних процесів, що унеможливають стале відтворення (відновлення) родючості ґрунтів<sup>3</sup>.

Відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Стратегії розвитку аграрного сектора економіки на період до 2020 року» від 17 жовтня 2013 р. № 806-р одним із пріоритетних напрямів досягнення стратегічних цілей є стимулювання до раціонального і ефективного використання земель сільськогосподарського призначення та підвищення рівня екологізації сільськогосподарського землекористування<sup>4</sup>. Таким чином, названий напрям розвитку аграрного сектора економіки спрямований як на охорону, так і відновлення родючості земель, у тому числі ґрунтів.

Зазначене підтверджує і зміст розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції Державної цільової програми розвитку аграрного сектору економіки на період до 2020 року» від 30 грудня 2015 р. № 1437-р<sup>5</sup>. Так, одним із завдань, передбачених даною Концепцією, є здійснення заходів боротьби з деградацією сільськогосподарських земель та опустелюванням, включаючи проведення моніторингу й агрохімічної паспортизації, консервації малопродуктивних і техногенно забруднених земель, запровадження енергозберігаючих та енергоощадних технологій, а також сучасних систем живлення, відновлення та розвитку систем меліорації. Адаже складна ситуація в аграрному секторі економіки викликана, як зазначається у даній Концепції, високим рівнем розораності, деградації сільськогосподарських земель. У результаті виконання зазначеної Концепції прогнозується збільшення обсягів виробництва сільськогосподарської продукції внаслідок зменшення площі деградованих сільськогосподарських угідь, удосконалення їх структури тощо. Таким чином, йдеться про відновлення земельних ресурсів як основного засобу виробництва, а, отже, як

джерело отримання прибутку. Адаже збільшення обсягів виробництва, зростання прибутку, мають пряму залежність від стану та якості земель.

Як справедливо наголошується у наукових працях, одним із пріоритетних напрямів новітньої державної аграрної політики повинно бути вирішення економічних проблем раціонального використання, охорони та збереження родючості ґрунтів, запобігання розвитку деградаційних процесів, а також гарантування екологічної й продовольчої безпеки країни<sup>6</sup>. Проте, як зазначають фахівці, спостерігається досить низька ефективність економічного механізму щодо вирішення проблеми збереження родючості ґрунтів<sup>7</sup>. Отже, в державі необхідно розбудовувати дієвий економічний механізм охорони та відновлення земель. Спеціалістами-грунтознавцями пропонується застосування еколого-соціо-економічного підходу. Відповідно до зазначеного підходу, необхідно враховувати можливості природного потенціалу ґрунту витримувати антропогенне навантаження й забезпечувати відтворення цього потенціалу та нормальне функціонування екосистеми; екологобезпечне й ефективне використання ґрунтових ресурсів має забезпечувати підтримання екологічної рівноваги й збереження агроландшафтів та нормальні умови для життя й відтворення селянства<sup>8</sup>.

Зазначимо, що сучасна економічна теорія розглядає землю як один із трьох чинників виробництва: земля – праця – капітал. Земля є вихідним фактором виробництва, без якого здійснювати матеріальне виробництво неможливо. Слід підкреслити, що сьогодні до наукового обігу введено поняття «земельний капітал». Так, на думку А. М. Третяка, земельний капітал є сукупністю благ (земельних), якими розпоряджається людина (або які вона може використовувати) і які являють собою синтез природної енергії в різних формах та людських здібностей (праця, інтелект людини), а також земельні поліпшення та інше природне багатство (шляхова, інженерна, меліоративна інфраструктура), що нерозривно пов'язана із землекористуванням чи ділянкою землі та раніше створене людиною у вигляді матеріальних та нематеріальних засобів, ресурсів, інформації<sup>9</sup>. Складовими земельного капіталу, як наголошує вчений, є: природний капітал (земельні та інші природні ресурси, що невіддільні від землекористування); інтелектуальний капітал у вигляді інтелекту щодо планування використання і охорони земель, здійснення землеустрою та землевпорядкування із визначення цільового призначення і функціонального використання, формування права власності на земельні ділянки і права користування ними; майновий капітал (дорожня, інженерна та меліоративна структура тощо)<sup>10</sup>. Земля, на думку А. М. Третяка, належить до «універсальних благ»<sup>11</sup>. Так, земля входить до життєвих благ разом з водою, житлом, продуктами харчування. Крім того, земля належить до трудових благ, як і грошові та матеріальні ресурси, здібності людини, інформація та обладнання. Виступає земля і одним із предметів праці, як і вода та гроші.

Як переконливо стверджує С. М. Остапчук, землі сільськогосподарського призначення відповідають основним ознакам капіталу, якщо вони є об'єктом виробничого процесу та приносять дохід<sup>12</sup>. Науковець пропонує власне визначення земельного капіталу як складової природного капіталу. Так, земельним капіталом слід вважати надані у власність або у користування фізичній чи юридичній особі земельні ресурси, наділені природною енергією, щодо яких здійснені землевпорядкувальні та інші види підготовчих робіт та які будуть використані у виробничому процесі<sup>13</sup>. Використання земельного капіталу для отримання доходу передбачає застосування людської праці з метою виробництва суспільних благ. Як переконливо зазначає С. М. Остапчук, однією з особливостей земельного капіталу є необхідність підтримання його біоенергетичного потенціалу<sup>14</sup>. Так, усі природні ресурси поділяються на відновлювані та невідновлювані. Відновлювані природні ресурси, на думку С. М. Остапчука, володіють здатністю до самовідтворення під впливом сонячної енергії<sup>15</sup>. До останніх належать насамперед землі сільськогосподарського призначення, які вимагають безперервного відновлення їх родючості через використання для виробництва сільськогосподарської продукції.

Доцільно зазначити, що терміни «відновлення» і «відтворення» не є тотожними.

Так, відповідно до Великого тлумачного словника сучасної української мови, термін «відновлювати» означає надавати попереднього вигляду чому-небудь пошкодженому, зіпсованому, зруйнованому<sup>16</sup>. Водночас термін «відтворення», зокрема «відтворення природних ресурсів» – штучне підтримання кількості природних ресурсів на певному рівні<sup>17</sup>.

У контексті вищевикладеного буде доречно навести думку В. В. Петрова, що відтворенням охоплюється не природний об'єкт як такий (земля, надра, води, ліси і т.п.), а лише його окремі компоненти, що входять до складу даного природного об'єкта (йдеться насамперед про родючість ґрунтів)<sup>18</sup>. Як переконує науковець, діяльність людини щодо відтворення природних ресурсів здійснюється в межах природного середовища, за його сприяння, відповідно до його законів розвитку<sup>19</sup>.

Вищезазначене дає змогу дійти висновку, що землі відновлюються, а родючість ґрунтів відтворюється.

Доцільно підкреслити, що відновлення можливе не тільки в межах однієї категорії земель. Більшість заходів, передбачених чинним законодавством, стосується саме відновлення земель сільськогосподарського призначення. Йдеться про рекультивуацію порушених земель, консолідацію земель сільськогосподарського призначення, консервацію деградованих і малопродуктивних земель. Слід зазначити, що рекультиваційними заходами, на відміну від консервації деградованих та малопродуктивних земель сільськогосподарського призначення, повинні охоплюватися не лише землі сільськогосподарського призначення, а й землі інших категорій (водного фонду, лісогосподарського призначення, житлової та громадської забудови, рекреаційного призначення, оздоровчого призначення, промисловості та ін.). Так, виокремлюється рекреаційний напрям рекультивуації земель – створення на порушених землях об'єктів відпочинку; водогосподарський напрям – створення в пониженнях техногенного рельєфу чи кінцевій траншеї кар'єру водойм різного призначення; лісогосподарський напрям – створення на порушених землях лісових насаджень різного типу і призначення тощо<sup>20</sup>.



Слід акцентувати увагу на тому, що для земель іншого цільового призначення відновлення полягає у відновленні інших властивостей землі.

Так, у випадку із землями оздоровчого призначення йдеться про відновлення їх природних лікувальних властивостей.

Землям історико-культурного призначення притаманна також певна специфіка. Як слушно зазначає А. М. Мірошниченко, землями історико-культурного призначення є земельні ділянки, на яких розташовані об'єкти, включені до Державного реєстру нерухомих пам'яток України<sup>21</sup>. Зазначене впливає зі змісту Закону України «Про охорону культурної спадщини» від 8 червня 2000 р. № 1805-III<sup>22</sup>. Важливим є те, як переконливо стверджує О. В. Донець, зазначені землі виступають носієм інформації історичного, археологічного, культурного чи наукового характеру, а також використовуються для організації туризму, проведення науково-дослідних, археологічних робіт із метою отримання певних знань історичного, археологічного, наукового чи культурного характеру<sup>23</sup>. Отже, відновлення земель історико-культурного призначення слід розглядати у тісному зв'язку із реабілітацією, ремонтом, реставрацією розташованих на них пам'яток культурної спадщини.

Специфіка відновлення земель природно-заповідного фонду полягатиме у відновленні їх особливої природоохоронної, екологічної, наукової, естетичної, рекреаційної цінності, через яку вони і були в установленому порядку оголошені територіями та об'єктами природно-заповідного фонду України.

Відновлення земель рекреаційного призначення, як це впливає зі змісту ст. 50 Земельного кодексу України, полягає у відновленні їх властивостей для забезпечення організації відпочинку населення, туризму та проведення спортивних заходів.

Одним із актуальних питань на сьогодні виступає співвідношення відновлення та охорони земель. Аналіз земельного законодавства свідчить про нерозривний зв'язок відновлення та правової охорони земель, яка відповідно до Закону України «Про охорону земель» від 19 червня 2003 р. № 962-IV, будучи одним із центральних інститутів земельного права, являє собою систему правових, організаційних, економічних, технологічних та інших заходів, спрямованих на раціональне використання земель, запобігання необґрунтованому вилученню земель сільськогосподарського призначення для несільськогосподарських потреб, захист від шкідливого антропогенного впливу, відтворення й підвищення родючості ґрунтів, підвищення продуктивності земель лісового фонду, забезпечення особливого режиму використання земель природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного та історико-культурного призначення<sup>24</sup> (ст. 1). Отже, доцільно акцентувати увагу на тому, що даний Закон оперує терміном «відтворення» щодо підвищення родючості ґрунтів.

Окремі статті вищезазначеного Закону присвячено консервації, рекултивізації земель тощо, які є формами відновлення земель. Отже, можна зробити висновок про те, що відновлення земель є одним із напрямів охорони земель.

У зв'язку з вищезазначеним надзвичайно актуальним є питання щодо правової природи відновлення земель.

Загальновідомо, що правові норми утворюють відповідну галузь права через окремі правові інститути. Загальнотеоретичною доктриною встановлено, що правовий інститут як базовий рівень об'єднання норм права визначається наступними ознаками: регулює певний вид однорідних суспільних відносин; є складовою галуззі права; є виокремленою, відносно автономною сукупністю норм галузі; його головна функція полягає в забезпеченні самостійного, цілісного, правового регулювання певного виду суспільних відносин; характеризується особливим предметом, статусом суб'єктів, специфічними поняттями, законодавчими конструкціями<sup>25</sup>.

Не викликає заперечень той факт, що правова охорона земель характеризується всіма ознаками правового інституту. Однак, як наголошується у правовій доктрині, у складі великих за обсягом правових інститутів можуть утворюватися особливі підрозділи – субінститути, які є сукупністю відносно відокремлених у межах правового інституту норм права<sup>26</sup>.

До ознак субінституту належать наступні: вони є сукупністю правових норм, елементами системи права. Вони повинні володіти властивостями елемента, перебувати у взаємозв'язку з іншими структурними підрозділами системи. Крім того, субінститут – це певна сукупність норм, тобто в межах даної правової категорії можуть бути розташовані декілька норм, між якими повинна існувати чітка взаємодія, оскільки це єдина, цілісна та завершена правова конструкція<sup>27</sup>. Однією з ознак субінститутів також є специфіка суспільних відносин, які регулюються відповідним субінститутом права. Як цілком слушно зазначають науковці, субінститут повинен функціонувати в межах окремого правового інституту, виконуючи функцію щодо регулювання певних аспектів суспільних відносин<sup>28</sup>.

Отже, можна зробити висновок, що правові норми, які регулюють суспільні відносини у сфері відновлення земель, як одного з напрямів охорони земель, можна вважати субінститутом інституту правової охорони земель. Зазначений субінститут, функціонуючи в межах окремого правового інституту правової охорони земель, виконує функцію забезпечення відновлення якісного стану порушених земель як сільськогосподарського, так і не сільськогосподарського призначення.

В економічному ж аспекті йдеться про відновлення земельного капіталу. В умовах ринкової економіки значення ресурсів, ступінь їхньої корисності, попит та пропозиція відтворюються за допомогою економічної категорії «вартість» або «ціна». Адже збільшення ринкової вартості земель залежить від їх якісного стану.

<sup>1</sup> Основні засади (стратегія) державної екологічної політики України на період до 2020 року : Закон України від 21 грудня 2010 р. № 2818-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 26. – Ст. 218.

<sup>2</sup> Економічне забезпечення відтворення родючості ґрунтів: рекомендації [Текст] / А. В. Кучер, О. В. Анісімова, І. В. Казакова, Л. В. Гапеев; ред. чл.-кор. АЕНУ А. В. Кучер. – Х. : Смуґаста типографія, 2015. – С. 17.

<sup>3</sup> Сучасні напрями економічного дослідження відтворення родючості ґрунтів у сільському господарстві [Текст] / С. А. Балюк, А. В. Кучер, Л. Ю. Кучер, О. В. Анісімова // Рациональне використання ґрунтових ресурсів і відтворення родючості ґрунтів: організаційно-економічні, екологічні й нормативно-правові аспекти : колективна моногр. / ред. акад. НААН С. А. Балюк, чл.-кор. АЕНУ А. В. Кучер. – Х. : Смуґаста типографія, 2015. – С. 56.

<sup>4</sup> Про схвалення Стратегії розвитку аграрного сектора економіки на період до 2020 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2013 р. № 806-р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/806-2013-%D1%80>

<sup>5</sup> Про схвалення Концепції Державної цільової програми розвитку аграрного сектору економіки на період до 2020 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 30 грудня 2015 р. № 1437-р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1437-2015-p>

<sup>6</sup> Стратегія збалансованого використання, відтворення і управління ґрунтовими ресурсами України [Текст] / С. А. Балюк, В. А. Величко, М. О. Горін та ін.; наук. ред. С. А. Балюк, В. В. Медведєв. – К : Аграр. наука, 2012. – С. 147.

<sup>7</sup> Там само. – С. 147.

<sup>8</sup> Там само. – С. 148.

<sup>9</sup> *Третьяк А. М.* Теоретичні основи формування земельного капіталу як похідного від природного та людського / А. М. Третьяк : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://econj.dea.gov.ua/wp-content/uploads/2013/02/Foundati.pdf>

<sup>10</sup> Там само.

<sup>11</sup> Там само.

<sup>12</sup> *Остапчук С. М.* Сутність та соціально-економічна значимість земельного капіталу в аграрній галузі [Текст] / С. М. Остапчук // Економіка: реалії часу. – 2014. – № 2 (12). – С. 169.

<sup>13</sup> Там само. – С. 170.

<sup>14</sup> Там само. – С. 172.

<sup>15</sup> Там само. – С. 172.

<sup>16</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови [Текст] / ред.-упоряд. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – С. 175.

<sup>17</sup> Там само. – С. 182.

<sup>18</sup> *Петров В. В.* Экология и право [Текст] : моногр. / В. В. Петров. – М. : Юрид. лит., 1981. – С. 25.

<sup>19</sup> Там само. – С. 25.

<sup>20</sup> Концепція рекультивації земель, порушених за відкритого та підземного видобутку корисних копалин [Текст] / С. А. Балюк, Л. В. Єстеревська, А. П. Травлєєв та ін. – Х. : КП «Міська друкарня», 2012. – С. 10–11, 33.

<sup>21</sup> *Мірошниченко А. М.* Земельне право України : навч. посіб. / А. М. Мірошниченко. – К. : Алерта, 2012. – С. 317.

<sup>22</sup> Про охорону культурної спадщини : Закон України від 8 червня 2000 р. № 1805-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 39. – Ст. 333.

<sup>23</sup> *Донець О. В.* Правовий режим земель історико-культурного призначення [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 / О. В. Донець; Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, 2010. – С. 6.

<sup>24</sup> Про охорону земель : Закон України від 19 червня 2003 р. № 962-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 349.

<sup>25</sup> *Олейников С. М.* Система права [Текст] / С. М. Олейников // Теорія держави і права: підруч. / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін.; ред. О. В. Петришин. – Х : Право, 2015. – С. 184–185.

<sup>26</sup> Там само. – С. 184–185.

<sup>27</sup> *Орехов И. В.* Понятие и признаки субинститута права: настоящее и будущее [Текст] / И. В. Орехов // Вестник Омского университета. – 2016. – № 3. – С. 53. – (Серия «Право»).

<sup>28</sup> Там само. – С. 53.

## Резюме

### **Лісова Т. В. Відновлення земель: економічний та правовий аспекти.**

Статтю присвячено дослідженню відновлення земель в економічному та правовому аспектах. Акцентовано увагу на особливостях відновлення окремих категорій земель. Здійснено порівняльний аналіз відновлення та відтворення земель.

**Ключові слова:** відновлення, заходи, відтворення, охорона, землі, ґрунти, земельні ресурси.

## Резюме

### **Лисова Т. В. Восстановление земель: экономический и юридический аспекты.**

Статья посвящена исследованию восстановления земель в экономическом и правовом аспектах. Акцентировано внимание на особенностях восстановления отдельных категорий земель. Осуществлен сравнительный анализ восстановления и воспроизводства земель.

**Ключевые слова:** восстановление, мероприятия, воспроизводство, охрана, земли, почвы, земельные ресурсы.

## Summary

### **Lisova T. Recovery of lands: economic and legal aspects.**

The article is devoted research of recovery of lands in economic and legal aspects. Attention is accented on the features of recovery of separate categories of lands. The comparative analysis of recovery and reproduction of lands is carried out.

**Key words:** recovery, measures, reproduction, protection, lands, soils, landed resources.

М. І. ДУДАР

Марта Ігорівна Дудар, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка

## ІСТОРИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ДОЗВІЛЬНОЇ СИСТЕМИ У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ТА ОХОРОНИ НАДР В УКРАЇНІ

Кожне правове явище проходить етапи свого зародження, становлення, розвитку. В умовах реформування надрового законодавства необхідним є аналіз історичних передумов та причин формування відповідного масиву правових норм. Спрощення механізму дозвільного та договірної регулювання в надровій сфері може відбуватися лише за умови належного наукового обґрунтування з урахуванням історичного досвіду.

Актуальність нашого дослідження полягає у визначенні історично обумовлених етапів нормативно-правового становлення та розвитку дозвільної системи у сфері використання та охорони надр в Україні, визначення науково обґрунтованого поняття дозвільної системи та її особливостей з урахуванням здобутків і недоліків правового регулювання.

До питання історико-правових засад становлення та розвитку правових засад дозвільної системи у сфері використання та охорони надр в Україні звертались такі визначні науковці-правники, як М. Б. Булгаков, Р. С. Кірін, В. Комарницький, М. В. Краснова, О. Ю. Макаренко, О. В. Лагуткін, О. М. Олійник, О. І. Перчик, І. Я. Терлюк та інші. З метою підвищення ефективності правового регулювання дозвільної системи використання та охорони надр в Україні є потреба дослідити всі здобутки та помилки історичного минулого України, щоб використати ці досягнення попередників для впровадження прогресивного підходу надрокористування та охорони надр. Тому метою нашої статті є аналіз та систематизація етапів становлення й розвитку дозвільної системи у сфері використання та охорони надр, дослідження історичних засад і перспектив реформування цього правового інституту в екологічному праві України.

У джерелах про первіснообщинний лад ми практично не знаходимо згадок про регулювання питань надрокористування. Перший кодифікований нормативний акт звичаєвого права давньоруської держави Київської Русі – «Руська Правда» не містив правових норм щодо використання надр взагалі<sup>1</sup>. На наш погляд, це було пов'язано з відсутністю економічної потреби в такому регулюванні, оскільки основою економіки в той час було сільське господарство, мисливство, рибальство, а надра використовувались обмежено лише для власних побутових потреб населення.

Як вважає О. М. Олійник, не було норм, присвячених використанню надр і в інших нормативно-правових актах, які діяли на території Гетьманщини у XVI–XVII ст.ст. (Литовських статутах 1529, 1566, 1588 рр.<sup>2</sup>) та сусіднього Московського царства (Судебнику 1589 р., Соборному уложенню 1649 р.)<sup>3,4</sup>.

Однак, зважимо, що на західноукраїнських землях саме в цей час активно почало розвиватися гірниче законодавство. У 1505 р. король Олександр видав Гірничий статут, за яким відкривач корисних копалин отримував право на їх видобування, сплачуючи в силу регального права податок до королівської казни (лат. *regalis* – належне королю). У 1573 р. перший обраний король Польщі Генріх Валуа в документі «*Racta conventa*» проголосив принцип акцесії, за яким надра визнавалися приналежністю земельної ділянки. Право акцесії діяло разом із гірничою свободою (право на розвідку корисних копалин на будь-яких землях) і скасовувало принцип гірничої регалії<sup>5</sup>.

Р. С. Кірін вказує, що своє право щодо видачі гірничих регалій монарх міг здійснювати у наступних формах: 1) монопольно стосовно благородних металів; 2) у вигляді дарування привілеїв васалам чи духовенству; 3) на умовах оренди для розробки окремих родовищ підприємцями<sup>6</sup>.

У основоположних документах за часів Гетьманщини також не було чітко передбачено підстави набуття права надрокористування, однак на практиці такі відносини все ж регулювалися. Так, відомо 14 універсалів гетьмана Івана Мазепи про виділення українській шляхті, козацькій старшині земель під устаткування рудень, селітряних заводів, ковальських цехів. До нашого часу дійшли окремі універсали щодо рудень (*авт.* – копалень) гетьмана Дем'яна Многогрішного, Івана Самойловича, Григорія Гуляницького, військового підскарб'я Романа Ракушки-Романовського<sup>7</sup>.

О. Ю. Макаренко зазначає, що згодом у ряді країн корисні копалини було проголошено власністю корони, яка привласнювала собі права користування надрами, включаючи надання їх у користування, розпорядження добутими корисними копалинами, стягнення спеціальних податків та зборів, припинення права користування тощо. Такий комплекс прав дістав назву «гірничі регалії» як одна із ознак королівської гідності поряд з королівськими регаліями, такими як корона, держава і скіпетр<sup>8</sup>. Саме етап гірничих регалій є першим етапом зародження своєрідних дозвільних процедур у сфері використання надр і, на наш погляд, бере свій початок формально на землях, які знаходилися під гнітом Російської імперії, від 1700 р., коли Петро I

підписав Указ «Про створення наказу рудокопних справ»<sup>9</sup>, варто зауважити, що вже в XV–XVI ст.ст. потреби держави «в рудах і мінералах» задовольнялися за рахунок вітчизняного виробництва. Регулювалося гірниче виробництво дозвільними (жалуваними) та заохочувальними (пільговими, похвальними) грамотами, наказними пам'ятками, що, на наш погляд, і слугували на той час дозвільними документами.

У Росії в цей період, як вказує О. І. Перчик, по суті, діяли принципи гірничої регалії та гірничої свободи<sup>10</sup>. Спроби регулювання в гірничорудній промисловості в цей період були здійснені у 1633 р. шляхом утворення Рудознавчої палати<sup>11</sup>.

Отже, з цього випливає, що *перший етап розвитку дозвільної системи у сфері користування надрами – це етап гірничих регалій (від XV – до кінця XVII ст.), який передбачав надання певних грамот (жалуваних, заохочувальних) главою держави, якою він офіційно передавав не у користування, а у власність надра (найчастіше рудники) привілейованому стану суспільства*. Таким чином, доступ нижчих верств населення до «легального» користування надрами був закритий, однак для власних побутових потреб населенню було достатньо використовувати надра без будь-яких спеціальних дозволів (такий принцип іменувався «гірнична свобода»).

Наступним етапом розвитку дозвільної системи у сфері використання надр стала відміна у 1782 р. імператрицею Катериною II гірничих регалій. Незважаючи на це, держава розглядала ресурси надр як всезагальне надбання і, певною мірою, здійснювала регулювання їх використання<sup>12</sup>.

У середині XVII ст. «усім і кожному» дозволялося шукати руди і мінерали повсюдно, «на чийй землі не вийде». За видобуток стягувалася «государева подань» – одна десята від видобутку. За історичними джерелами того часу передбачалося, що гірнична свобода полягала у доступному використанні надр на території абсолютно всієї держави. Тобто, особа могла зайняти земельну ділянку, почати геологічне вивчення надр та геологорозвідувальні роботи.

Звісно, у певних земельних ділянок були свої власники. У такому випадку особа, яка бажала видобувати надра, сплачувала суверенну плату за таке використання або віддавала власнику частину видобутої продукції. У 1719 р. були прийняті «Берг-Привілеї», які запроваджували гірничу свободу в Російській імперії і положення яких фактично діяли аж до 1917 року<sup>13</sup>. У період з 1719 по 1917 рр. жодних згадок про реформування дозвільної системи у сфері використання надр ми не знаходимо.

Потреба у становленні дозвільної системи у сфері використання надр впливає з положень Статуту Гірничого Зводу Законів Російської Імперії 1912 р., який містив норми, що забороняли надрокористувачам здійснювати хижачку розробку родовищ корисних копалин<sup>14</sup>. Закон складався зі вступу і трьох книг. У вступі було дано поняття гірського промислу, яке по суті збереглося у всіх наступних виданнях. Під гірським промислом розумівся пошук, видобуток, очищення, обробка корисних копалин, що знаходяться на поверхні або в надрах землі: 1) земель і каменів; 2) металів; 3) солей – кухонної і кам'яної та ін.; 4) легкозаймистих речовин<sup>15</sup>.

Аналізуючи викладене, можемо стверджувати, що в часи перебування України у складі Російської імперії під надрами розумілися тільки корисні копалини, а відповідно надрокористування ототожнювалося з видобутком корисних копалин. Розмежування між гірничим і надровим правом так і не було проведене, а відповідно і законодавство носило фрагментарний характер.

Однак О. В. Лагуткін зазначає, що доктрина використання природних ресурсів у публічних інтересах при суворому дотриманні прав власників привела в західних країнах (включаючи США) до розвитку державних інститутів регулювання гірничих відносин через створення відповідного апарату управління і вироблення системи надання прав надрокористування. У кінці XVIII ст. інститут гірничої свободи був виключений з російського законодавства внаслідок закріплення права на надра за власниками земель, але в першій половині XIX ст. знову відроджений для казенних земель<sup>16</sup>.

Отже, гірничі регалії замінюються принципом гірничої свободи повністю, який діє від Берг-Привілеїв 1712 р. (для західноукраїнських земель), Маніфесту Катерини II 1782 р. (для земель, що знаходились у складі Російської імперії) і аж до 1917 р., коли починають застосовуватися нові принципи надрокористування, які були побудовані виключно на публічно-правових засадах.

Тож, *другим етапом становлення та розвитку дозвільної системи у сфері використання та охорони надр в Україні є етап панування принципу гірничої свободи (1712 р. – 1917 р.) – безстрокового використання надр їх першовідкривачами, власниками земель, на яких були поклади корисних копалин, однак в межах якого не передбачалось якихось видів дозволів*.

Третій етап розвитку нормативного регулювання дозвільної системи у сфері користування надрами датується 1917 роком. Радянська доба розвитку правотворчої та дослідницької діяльності в галузі законодавства про надра розпочалася з ідеї про націоналізацію надр, що частково була реалізована у «Селянському наказі про землю», який додавався до декрету «Про землю» (26 жовтня 1917 р.)<sup>17</sup>.

Аналізуючи структуру законодавства про надра (а правильніше – гірничого законодавства, бо розмежування між гірничою справою і надрокористуванням так і не було проведене) зазначимо, що у цей час фактично суттєві зміни не відбулися, адже і до того надра уже не надавалися у приватне користування на підставі окремих дозволів.

О. О. Мозуляка вказує, що активізація законодавчого регулювання надрокористування фактично почалася у 1927–1928 рр., коли один за одним були прийняті Гірничі положення СРСР від 9 листопада 1927 р.<sup>18</sup> та Гірничий кодекс УСРР 1928 р.<sup>19</sup>, при чому останній дублював більшість норм Гірничого положення



(далі – ГП)<sup>20</sup>. У ГП проголошувалося, що надра в УСРР є державною власністю і не можуть бути об'єктом приватної власності. Надання родовищ і земельних ділянок для розвідки й промислової розробки корисних копалин покладалося на спеціальні гірничі органи Вищої ради народного господарства (далі – ВРНГ) СРСР, ВРНГ УСРР та обласні раднаргоспи. У п. 6 ГП вказувалося, що право зайняття гірничим промислом надається іноземцям та допущеним до діяльності на території Союзу РСР іноземним юридичним особам, у кожному окремому випадку, з дозволу Ради Народних Комісарів Союзу РСР. Спеціальними законами може бути встановлено, коли і за яких умов подібного дозволу не потрібно. Зазначимо, що таких спеціальних законів на той період прийнято не було, але на рівні підзаконних нормативно-правових актів пізніше знайшов своє правове регулювання виняток із цього загального правила. У п. 7 цього ж Положення вказувалося, що геологічні дослідження, пошуки, розвідки і дослідні розробки, які проводяться науково-дослідними установами Союзу РСР і союзних республік, здійснюються в особливому порядку, що встановлюється спеціальними законами Союзу РСР і союзних республік.

Тобто, на рівні ГП 1927 р. було передбачено, що надра надаються саме в користування на підставі дозволів, однак вимоги до таких дозволів і їх особливості не уточнювалися детально, а лише визначалося, що такі особливості встановлюються на рівні законодавства союзних республік.

Крім цього, передбачалися окремі види дозвільних свідоцтв на пошук, розробку, розвідку, а також гірничі відводи, погодження надрокористувачів і землекористувачів, зокрема в частині зміни цільового призначення земельної ділянки. Особливістю дозвільних документів у цей період було також те, що всі вони мали безстроковий характер (п. 25 Гірничого положення ССРСР 1927 р.).

Підставою для розмежування видів таких дозвільних документів, на нашу думку, стало розмежування понять «надра» і «корисні копалини» на законодавчому рівні, співвідношення їх як «ціле» та «частина» відповідно. Це твердження впливає безпосередньо зі ст. 2 Гірничого Положення 1927 р., де давалося визначення корисних копалин та вказувалося, що вони є складовою частиною надр. У подальшому саме це розмежування понять «надра» та «корисні копалини» вплинуло і на формування в цілому всієї дозвільної системи у сфері використання надр.

Згідно зі ст. 6 ГК УСРР розпорядження надрами щодо їхнього використання для гірничого промислу, організація геологічних досліджень і промислових розвідок з метою виявлення багатств надр УСРР, загальне керівництво і регулювання гірничої промисловості, нагляд за правильністю проведення гірничих робіт, охорона надр і боротьба зі стихійними лихами на гірничих підприємствах на території УСРР зосереджувалася у віданні Української ради народного господарства (далі – УРНГ). Види і характеристики дозволів фактично дублювали норми Гірничого положення ССРСР 1927 року.

У даному контексті зауважимо, що Гірничі положення ССРСР 1927 р. та Гірничий кодекс УРСР 1928 р. розширили видову характеристику дозволів, як підставу розмежування надр і корисних копалин, визначали їх особливості, хоча конкретних дозвільних документів, дозвільних процедур у рамках дозвільної системи у законодавстві на той час закріплено не було. З цього часу і до 1975 р. приймалися окремі місцеві постанови, однак глобальної зміни порядку регулювання дозвільної системи у сфері використання надр не відбувалося аж до 1975 року.

Отже, *третьім етапом розвитку нормативно-правового регулювання дозвільної системи у сфері користування надрами та їх охорони доцільно визнати активізацію законодавчого регулювання надрокористування у СРСР та Радянській Україні (1917–1928 рр. – 1975 р.) шляхом запровадження окремих видів дозвільних свідоцтв на пошук, розробку, розвідку, а також гірничих відводів, погоджень надрокористувачів і землекористувачів.*

Важливим кроком у напрямі удосконалення законодавства про надра стало прийняття в 1975 р. «Основ законодавства СРСР і союзних республік про надра» (далі – Основи). З цього періоду розпочався новий етап розвитку гірничого законодавства. Він забезпечував єдність усієї системи як союзного, так і республіканського законодавства про надра, створюючи разом з тим міцну юридичну базу для подальшого його прискорення та вдосконалення<sup>21</sup>. Відповідно Кодекс Української РСР про надра був затверджений Законом Української РСР від 25 червня 1976 року. Також Верховною Радою УРСР було прийнято постанову «Про заходи по подальшому посиленню охорони надр і поліпшенню використання корисних копалин»<sup>22</sup>.

Основи та Кодекс УРСР про надра закріпили положення про дозвільний порядок надання надр у користування. Так, передбачалася необхідність видачі дозволів на геологічне вивчення надр радами народних депутатів (ст. 16 Кодексу про надра Української РСР), на підставі акта про гірничий відвід здійснювалося видобування корисних копалин (ст. 17 Кодексу про надра Української РСР). Без надання гірничого відводу, але з необхідністю отримати дозвіл (строковий чи безстроковий) передбачалася дослідно-промислова розробка родовища корисних копалин або його частини, а також розробка родовищ торфу і прісних підземних вод (ст.ст. 26, 27). При цьому вже відбувалася систематизація певних дозвільних процедур (видача, припинення дії дозволу). Крім цього, надання надр у користування для видобування підприємствами, організаціями та установами прісних підземних вод здійснювалося на підставі дозволу, який видавався Міністерством меліорації і водного господарства УРСР за погодженням з Міністерством геології УРСР. Для початку розробки родовища загальнопоширених корисних копалин необхідна, крім того, наявність довідки про реєстрацію гірничого відводу.

З викладеного вище випливає, що уже на час прийняття Кодексу про надра УРСР існувала певна система дозвільних процедур, класифікація видів дозволів. Однак, ні поняття «спеціальне надрокористування»,

ні поняття «виключно строковий порядок користування надрами» законодавцем не встановлювалися. Зауважимо, що на той час не було жодного положення нормативно-правового акта, де було б чітко передбачено випадки користування надрами, яке б не вважалося спеціальним. Надання надр для захоронення шкідливих речовин і відходів виробництва, скидання стічних вод допускалося на основі спеціальних досліджень та спеціальних проектів, виконаних заінтересованими міністерствами, державними комітетами і відомствами та погоджених відповідно до ст. 54 цього Кодексу (вимоги до погодження).

На наш погляд, саме на цьому етапі можна стверджувати про виникнення процедури «погодження» як самостійної дозвільної процедури у рамках дозвільної системи у сфері використання та охорони надр.

Отже, *четвертий етап розвитку нормативно-правового регулювання дозвільної системи у сфері використання надр (25 червня 1976 р. – 25 червня 1991 р.)* охарактеризувався тим, що на цьому етапі не існувало чіткого поняття «спеціальне надрокористування» у його сучасному розумінні, але водночас використання надр для їх геологічного вивчення, видобування корисних копалин, для поховання шкідливих речовин і відходів виробництва, скидання стічних вод, розробки родовищ торфу, родовищ загальнопоширених корисних копалин та інше здійснювалося на підставі двох видів дозвільних документів: дозволів і актів про надання гірничого відводу з певними особливостями для кожного виду використання. Поряд із тим погодження набуло характер самостійної дозвільної процедури.

З набуттям Україною незалежності виникла і потреба докорінного реформування законодавства, яке будувалося на плановому способі виробництва, радянському підході до побудови законодавства. Ключовим моментом у становленні *сучасного етапу регулювання дозвільної системи у сфері спеціального природокористування* стало прийняття Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р.<sup>23</sup>, де в первинній редакції зазначалося, що відносини в галузі охорони навколишнього природного середовища в Україні регулюються цим Законом, а також земельним, водним, лісовим законодавством, законодавством про надра, про охорону атмосферного повітря, про охорону і використання рослинного і тваринного світу та іншим спеціальним законодавством. Також у законі визначено, що державній охороні та державному контролю підлягають надра поряд з іншими природними ресурсами (ст.ст. 5, 35).

Чинний Кодекс України про надра (далі – КУпН) прийнято 27 липня 1994 року<sup>24</sup>. Саме у цьому кодифікованому нормативно-правовому акті було вперше окреслено право спеціального надрокористування, дозвільні документи, які необхідні для правомірного використання надр, поглиблено розмежування між поняттями «надра» та «корисні копалини», розкрито особливості правового забезпечення управління у сфері використання та охорони надр тощо.

Конституція України від 28 червня 1996 р. визначає надра, згідно зі ст. 13<sup>25</sup>, відповідно до ст. 4 КУпН, виключною власністю Українського народу, які можуть надаватися тільки у користування.

За цей час дозвільна система у сфері використання надр значно еволюціонувала. Однак до КУпН внесено чимало змін. Зокрема, тільки до ст. 16 цього кодексу, яка запровадила дозвільний характер права надрокористування, починаючи з 2010 р., вносилося одинадцять змін. В. М. Комарницький зазначає, що регуляторна поява законопроектів, які пропонують уточнити ті чи інші приписи цієї статті, свідчить, що питання подальшого вдосконалення законодавства щодо застосування спеціальних дозволів залишається актуальним<sup>26</sup>.

З кожним днем назріває потреба прийняття нового Кодексу про надра України. Необхідність прийняття цього документа впливає, на наш погляд, у зв'язку з розпорошеністю законодавства про надра та його несистематизованістю (паралельне існування Кодексу України про надра, Гірничого закону України<sup>27</sup>, Законів України «Про державну геологічну службу України»<sup>28</sup>, «Про угоди про розподіл продукції»<sup>29</sup>, «Про нафту і газ»<sup>30</sup>, «Про газ (метан) вугільних родовищ»<sup>31</sup> тощо).

У пояснювальній записці до законопроекту Кодексу про надра України, що був внесений у 2014 р. народним депутатом Г. Б. Руденко № 5101<sup>32</sup> зазначено, що пропонується взагалі відмовитися від існування спеціальних дозволів на використання надр і перейти до договірного порядку регулювання відповідних відносин з надрокористування. Крім цього, принципово новими є наступні положення: 1) запроваджується конкурсний порядок набуття права користування надрами. Випадки безконкурсного порядку набуття права користування суттєво обмежені; 2) кількість погоджень суттєво обмежена. Інспекційні органи не будуть здійснювати погоджень, оскільки це не відповідає їх законодавчо визначеній місії (здійснювати перевірки); 3) погодження і гірничий відвід здійснюватиме Держгеонадра, Рада міністрів Автономної Республіки Крим перед здійсненням оголошення про проведення конкурсу; 4) усі відносини з використання надр оформлятимуться договором між переможцем конкурсу і Держгеонадрами, Радою міністрів Автономної Республіки Крим, тому не передбачається надалі існування інституту спеціальних дозволів на використання надр. Зникнуть проблеми поширення у сфері надрокористування положень законодавства про дозвільну діяльність<sup>33</sup>.

Станом на сьогодні проект Кодексу про надра України повернуто на доопрацювання. Водночас у 2014 р. Україна ратифікувала Угоду про асоціацію з Європейським Союзом<sup>34</sup>. Зі змісту положень ст. (12) та (13) про енергетику, пов'язану з торгівлею Глави 11 «Енергетика, пов'язана з торгівлею» Розділу IV «Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею» Угоди про асоціацію України з Європейським Союзом випливає, що Україна бере на себе зобов'язання із врегулювання питань дозвільного та договірного регулювання надання надр в користування та забезпечення їх охорони. Більше того, посилення ролі екологічного управління в системі державного управління з метою досягнення рівності трьох складових сталого розвитку – економічної, екологічної та соціальної відповідає Основним засадам (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2020 року<sup>35</sup>.

Даний проект було повернуто на доопрацювання у зв'язку з необхідністю виконання зобов'язань України, пов'язаних із ратифікацією Угоди про асоціацію. Відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2015 р. № 371 «Про схвалення розроблених Міністерством екології та природних ресурсів планів імплементації деяких актів законодавства ЄС»<sup>36</sup> вживаються заходи щодо імплементації Директиви 94/22/ЄС Європейського Парламенту і Ради про умови надання та використання дозволів на пошук, розвідування та видобуток вуглеводнів (далі – Директива)<sup>37</sup>. На виконання цієї Директиви необхідно доопрацювати проект Кодексу України про надра. Однак на даний час з цього питання не прийнято нового Плану дій Кабінету Міністрів на 2017 рік, а існуючий План дій Кабінету Міністрів на 2016 рік, у частині подання до Верховної Ради нового проекту Кодексу, не виконано.

Змушені констатувати, що згідно з розпорядженням Кабінету Міністрів України «Про затвердження плану пріоритетних дій Уряду на 2016 рік»<sup>38</sup> Держгеонадра повинні були оприлюднити проект Кодексу України про надра у новій редакції для забезпечення обговорення серед представників підприємств, установ і організацій у вуглевидобувній сфері. Однак дані заходи також наразі не виконані.

З усього викладеного вище впливає, що прийняття Кодексу України про надра у новій редакції сприятиме дерегулюванню дозвільної системи у сфері використання та охорони надр в Україні, а самі ці зміни мають сприяти виконанню цілей забезпечення раціонального використання надр як природних ресурсів.

Отже, на підставі викладеного вище пропонуємо таку періодизацію становлення правових засад дозвільної системи у сфері використання надр: 1) перший етап – етап гірничих регалій (від XV – до кінця XVII ст.), який передбачав надання певних грамот (жалуваних, заохочувальних) главою держави, якою він офіційно передавав не у користування, а у власність надра (найчастіше рудники) привілейованому стану суспільства; 2) другий етап – етап панування принципу гірничої свободи (1712 р. – 1917 р.) – безстрокового використання надр першовідкривачами, не передбачено документів дозвільного характеру на надра; 3) третій етап – етап активізації законодавчого регулювання надрокористування у СРСР та Радянській Україні (1917–1928 рр. – 1975 р.) – передбачалися окремі види дозвільних свідоцтв на пошук, розробку, розвідку, а також гірничі відводи, погодження надрокористувачів і землекористувачів; 4) четвертий етап – етап розвитку нормативно-правового регулювання дозвільної системи у сфері використання надр (25 червня 1976 р. – 25 червня 1991 р.), з прийняттям Основ законодавства СРСР і союзних республік про надра до прийняття Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», характеризувався тим, що в цей період не існувало чіткого поняття «спеціальне надрокористування», але разом із тим використання надр для їх геологічного вивчення, видобування корисних копалин, для поховання шкідливих речовин і відходів виробництва, скидання стічних вод, розробки родовищ торфу, родовищ загальнопоширених корисних копалин та інше здійснювалося на підставі трьох видів дозвільних документів: дозволів, погоджень і актів про надання гірничого відводу з певними особливостями для кожного виду використання; 5) п'ятий етап – сучасний період (від 25 червня 1991 р. до сьогодні) – прийняття Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», Кодексу України про надра та внесення до нього численних змін щодо дозвільної системи в цій галузі, назрівання потреби ухвалення нової редакції Кодексу України про надра.

<sup>1</sup> Юшков Серафим. Руська Правда – Ізборник (тексти на основі 7 списків та 5 редакцій) / Серафим Юшков : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://litopys.org.ua/yushkov/ys.htm>

<sup>2</sup> Литовські статuti // Історія українського права від найдавніших часів до 18 століття : навч. посіб. з історії держави і права України / І. Я. Терлюк. – Л., 2003. – С. 124.

<sup>3</sup> Булгаков М. Б. Природоохоронні акти: от «Русской Правды» Б. Булгаков, А. А. Ялбулганов // Государство и право. – 1996. – № 8. – С. 138–140.

<sup>4</sup> Олійник О. М. Правове регулювання охорони надр за законодавством України (окремі аспекти): моногр. / О. М. Олійник. – Хмельницький : Поліграфіст, 2011. – С. 17.

<sup>5</sup> Мірошніченко А. М. Земельне право України : підруч. / А. М. Мірошніченко ; М-во освіти і науки України, Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – 3-тє вид., допов. і перероб. – К. : Правова єдність ; Алерта, 2013. – С. 58.

<sup>6</sup> Кірін Р. С. Історія гірничого права : навч. посіб. / Р. С. Кірін. – Д. : Державний ВНЗ «Національний гірничий університет», 2011. – С. 10.

<sup>7</sup> Гайко Г. Гірництво і підземні споруди в Україні та Польщі (нариси з історії) / Г. Гайко, В. Білецький, Т. Мікось, Я. Хмура. – Донецьк : УКЦентр, Донецьке відділення НТШ, «Редакція гірничої енциклопедії», 2009. – С. 18.

<sup>8</sup> Макаренко О. Ю. Характеристика еволюції права власності на надра та ресурси надр в Україні / О. Ю. Макаренко // Порівняльно-аналітичне право: Журнал. – 2013. – № 3-1. – С. 186–187.

<sup>9</sup> Перчик А. И. Горное право : учеб. – 2-е изд., перераб. і доп. / А. И. Перчик. – М. : Издательский дом «ФИЛОЛОГИЯ ТРИ». – С. 59.

<sup>10</sup> Там само. – С. 60.

<sup>11</sup> Кірін Р. С. Вказана праця. – С. 33.

<sup>12</sup> Макаренко О. Ю. Вказана праця. – С. 188.

<sup>13</sup> Кірін Р. С. Вказана праця. – С. 15.

<sup>14</sup> Перчик А. И. Горное право : учеб. – 2-е изд., перераб. і доп. / А. И. Перчик. – М. : Издательский дом «ФИЛОЛОГИЯ ТРИ». – С. 86.

<sup>15</sup> Устав Горный. – СПб., Государственная типография, 1912. – Т. 7. – С. 15.

<sup>16</sup> Лагуткин А. В. История и теория горного права Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория права и государства; история права и государства; история политических и правовых учений» / А. В. Лагуткин. – СПб., 1997. – С. 49.



- <sup>17</sup> Кірін Р. С. Радянська доба розвитку гірничого законодавства України / Р. С. Кірін // Актуальні проблеми теорії та історії прав людини, права і держави : зб. наук. праць II Всеукраїнської наукової конференції. – Одеса : Юридична література, 2003. – С. 159.
- <sup>18</sup> Горное Положение Союза СРР : постановление ЦИК СССР и СНК СССР от 9 ноября 1927 г. // СЗ СССР. – 1927. – № 68. – Ст. 688.
- <sup>19</sup> Гірничий кодекс УСРР : постанова ВУЦВК і РНК УСРР від 1 серпня 1928 р. // ЗУ УСРР. – 1928. – № 22. – Ст. 192.
- <sup>20</sup> Мозуляк О. О. Історичний досвід становлення та розвитку законодавства про вугледобувну промисловість в Україні (XVIII–XXI ст.) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / О. О. Мозуляк ; НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2004. – С. 11.
- <sup>21</sup> Башмаков Г. С. Право пользования недрами в СССР / Г. С. Башмаков. – М. : Наука, 1974. – С. 46.
- <sup>22</sup> Про заходи по подальшому посиленню охорони надр і поліпшенню використання корисних копалин : постанова Верховної Ради УРСР // Відомості Верховної Ради СРСР. – 1975. – № 29. – Ст. 434.
- <sup>23</sup> Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25 червня 1991 р. № 1264-XII // Відомості Верховної Ради України. – № 41. – Ст. 546.
- <sup>24</sup> Кодекс України про надра : Закон України від 27 липня 1994 р. № 132/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 36. – Ст. 340.
- <sup>25</sup> Конституція України : Основний Закон від 28 червня 1996 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
- <sup>26</sup> Комарницький В. Деякі питання застосування спеціальних дозволів на користування недрами (правовий аспект) / В. Комарницький // Віче. – 2012. – № 18. – Вересень. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.viche.info/journal/3297/>
- <sup>27</sup> Гірничий закон України: Закон України від 6 жовтня 1999 р. № 1127-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 50. – Ст. 433.
- <sup>28</sup> Про державну геологічну службу України : Закон України від 4 листопада 1999 р. № 1216-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 51. – Ст. 456.
- <sup>29</sup> Про угоди про розподіл продукції: Закон України від 14 вересня 1999 р. № 1039-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 44. – Ст. 391.
- <sup>30</sup> Про нафту і газ : Закон України від 12 липня 2001 р. № 2665-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 50. – Ст. 262.
- <sup>31</sup> Про газ (метан) вугільних родовищ: Закон України від 21 травня 2009 р. № 1392-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2009. – № 40. – Ст. 578.
- <sup>32</sup> Кодекс України про надра : Проект Закону реєстр. № 5101 від 22 вересня 2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=26766&pf35401=84963>
- <sup>33</sup> Пояснювальна записка до проекту Кодексу України про надра реєстр. № 5101 від 22 вересня 2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://old.fru.org.ua/wp-content/uploads/2012/10/PZ\\_PrKodexNadra28092012.doc](http://old.fru.org.ua/wp-content/uploads/2012/10/PZ_PrKodexNadra28092012.doc)
- <sup>34</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : міжнародний документ від 27 червня 2014 р. // Офіційний вісник України. – 2014. – № 75. – Ст. 2125.
- <sup>35</sup> Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року : Закон України від 21 грудня 2010 р. № 2818-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 26. – Ст. 218.
- <sup>36</sup> Про схвалення розроблених Міністерством екології та природних ресурсів планів імплементації деяких актів законодавства ЄС : розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2015 р. № 371 // Урядовий кур'єр. – 2015. – № 78.
- <sup>37</sup> Директива 94/22/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 30 травня 1994 р. про умови надання та використання дозволів на пошук, розвідування та видобуток вуглеводнів // Офіційний вісник ЄС, L 164. – 1994. – 30 червня. – С. 3–8.
- <sup>38</sup> Про затвердження плану пріоритетних дій Уряду на 2016 рік : розпорядження кабінету Міністрів України від 27 травня 2016 р. № 418-р // Урядовий кур'єр. – 2016. – № 113.

#### Резюме

**Дудар М. І. Історико-правові аспекти становлення та розвитку дозвільної системи у сфері використання та охорони надр в Україні.**

У статті висвітлено основні етапи становлення та розвитку правових засад дозвільної системи у сфері використання та охорони надр в Україні. Визначено періодизацію розвитку нормативного регулювання використання надр на підставі дозвільних документів, встановлено юридичну природу окремих видів таких документів. Охарактеризовано новітні тенденції удосконалення законодавства у зазначеній сфері.

**Ключові слова:** дозвільна система, надра, періодизація, дозвіл, спеціальне надрокористування.

#### Резюме

**Дудар М. И. Историко-правовые аспекты становления и развития разрешительной системы в сфере использования и охраны недр в Украине.**

В статье отражены основные этапы становления и развития правовых основ разрешительной системы в сфере использования и охраны недр в Украине. Определена периодизация развития нормативного регулирования использования недр на основании разрешительных документов, установлена юридическая природа отдельных видов таких документов. Охарактеризованы новые тенденции совершенствования законодательства в указанной сфере.

**Ключевые слова:** разрешительная система, недра, периодизация, разрешение, специальное недропользование.

#### Summary

**Dudar M. Historical and legal aspects of the permitting system formation and development in the sphere of mineral resources use and protection in Ukraine.**



The paper reflects the main stages of the legal basis formation and development for the permitting system in the sphere of mineral resources use and protection in Ukraine. The periodization of legal regulation development in subsoil use based on permits has been determined, and the legal nature of certain documents' types has been established. New trends in improving legislation are described in researched area.

**Key words:** permitting system, subsoil, periodization, resolution, special subsoil use.

УДК 341.1

**В. В. ДУДАРЕНКО**

*Віктор Валерійович Дударенко, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА АГРАРНОЇ РОЗПИСКИ ТА ФОРВАРДУ В МЕХАНІЗМІ КРЕДИТУВАННЯ АГРОХОЛДІНГУ

Функціонування будь-якого суб'єкта господарювання вимагає від останнього несення витрат, пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності.

У сфері аграрного бізнесу особливої актуальності набуває питання залучення матеріальних ресурсів (грошей, добрив, засобів боротьби зі шкідниками, сільськогосподарської техніки тощо) під час проведення весняно-осінніх польових робіт, а також для забезпечення виробництва продукції тваринного походження. Така потреба пояснюється тим, що ціни на вказані ресурси, як правило, зростають під час сезону сівби (зокрема, паливні матеріали), або є нерентабельними стосовно кінцевої їх вартості. Так, банки та інші фінансові установи в даний час або взагалі відмовляються кредитувати аграрну сферу, або встановлюють відсоткову ставку за залучені ресурси у розмірі не менше 35–40 % річних<sup>1</sup>.

З урахуванням викладеного навіть великі аграрні товаровиробники, до яких можна віднести й агрохолдинги, дедалі частіше звертають свою увагу на альтернативні шляхи поповнення матеріальних ресурсів, відмінні від банківського кредитування, яке в Україні стає все менш доступним. Пояснюється це тим, що великі товарні агровиробники, незалежно від того, що вони акумулюють значні фінансові та матеріальні ресурси, все одно прагнуть до мінімізації своїх витрат при збереженні сталого економічного результату від здійснення підприємницької діяльності. До указаних альтернатив банківського кредитування можна віднести аграрну розписку та форвардний контракт (форвард).

В аграрно-правовій науці питання використання форвардних контрактів та аграрних розписок не достатньо досліджене. Деякі аспекти цього питання розглянуто такими науковцями, як Ю. В. Мица<sup>2</sup>, В. І. Труба<sup>3</sup>, Т. О. Коваленко<sup>4</sup> та іншими. Разом із тим, недослідженими залишаються ще багато питань, одним із яких є встановлення переваг та недоліків аграрної розписки та форварду, як альтернативних банківському кредитуванню механізму залучення матеріальних ресурсів.

**Метою статті** є дослідження правової природи аграрних розписок та форвардних контрактів як альтернативних банківським механізмів залучення агрохолдингами фінансових ресурсів для ведення ними аграрного бізнесу, а також обґрунтування пропозицій щодо його удосконалення.

Закон України «Про аграрні розписки» від 6 листопада 2012 р.<sup>5</sup> (далі – Закон) вперше ввів до обігу новий механізм кредитування агробізнесу – аграрну розписку. Згідно з положеннями ст. 1 зазначеного Закону України аграрна розписка – це товаророзпорядчий документ, що фіксує безумовне зобов'язання боржника, яке забезпечується заставою, здійснити поставку сільськогосподарської продукції або сплатити грошові кошти на визначених у ньому умовах.

Зазначимо, що в даний час аграрні розписки використовуються лише в декількох областях України – Полтавській<sup>6</sup>, Харківській, Черкаській та Вінницькій<sup>7</sup>, де запроваджується пілотний проект з відпрацювання технології введення в обіг такого цінного паперу (спільні накази Мінагрополітики і Мін'юсту від 4 вересня 2014 р. № 331/1471/5 та від 1 вересня 2015 р. № 332/1627/5).

Закон України «Про аграрні розписки» виділяє два види аграрних розписок – товарну та фінансову. Під товарною аграрною розпискою розуміється така аграрна розписка, що встановлює безумовне зобов'язання боржника за нею здійснити поставку узгодженої сільськогосподарської продукції, якість, кількість, місце та строк поставки якої визначені аграрною розпискою (ст. 3). У свою чергу, фінансовою аграрною розпискою визнається така аграрна розписка, що встановлює безумовне зобов'язання боржника сплатити грошову суму, розмір якої визначається за погодженою боржником і кредитором формулою з урахуванням цін на сільськогосподарську продукцію у визначеній кількості та якості (ст. 5).

Враховуючи норми Закону України «Про аграрні розписки», «механізмом кредитування» за допомогою аграрних розписок можуть скористатися лише ті агрохолдинги, яким на праві власності або на відповідному

речовому праві (оренда, емфітевзис) належить земельна ділянка сільськогосподарського призначення. На указану властивість аграрної розписки особливу увагу звертає Т. О. Коваленко, зазначаючи, що аграрні розписки можуть видаватися особами, які мають право власності на земельну ділянку сільськогосподарського призначення або право користування такою земельною ділянкою на законних підставах для здійснення виробництва сільськогосподарської продукції<sup>8</sup>.

Підкреслимо, що аграрна розписка (товарна або фінансова) підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню та не може бути знерухомлена, тобто переведена у бездокументарну форму. У цілому нотаріальна форма аграрної розписки сприяє впевненості учасників операції в її законності, однак вимагає додаткових фінансових витрат.

Згідно із законодавством за посвідчення аграрних розписок нотаріуси справляють плату з урахуванням п.п. «у» п. 3 ст. 3 Декрету Кабінету Міністрів України «Про державне мито» від 21 січня 1993 р.<sup>9</sup>, відповідно до якого за нотаріальне посвідчення договорів застави встановлено розмір ставки державного мита 0,01 % предмета застави, але не менше 5 НМДГ і не більше 50 НМДГ. Зазначена позиція погоджена Міністерством фінансів України (лист від 9 квітня 2015 р., вих. № 31-11150-12-5/12354) та Державною фіскальною службою України (лист від 15 червня 2015 р., вих. № 14216/5/99-99-19-02-02-16).

Зазначені вище ставки державного мита пояснюються тим, що аграрна розписка є насамперед товаророзпорядчим документом, що фіксує безумовне зобов'язання боржника, яке забезпечується заставою (виділено нами – В. Д.), здійснити поставку сільськогосподарської продукції або сплатити грошові кошти на визначених у ньому умовах. У цілому на сьогодні розмір ставки державного мита в розмірі 0,01 % не повинен стати перешкодою для використання такого механізму для кредитування аграрного бізнесу агрохолдингів. Водночас аграрна розписка є більш витратною порівняно з форвардним контрактом, для дійсності якого законодавство не ставить вимогу щодо його обов'язкової нотаріальної форми.

Певним недоліком використання агрохолдингами аграрних розписок можна розглядати такий факт: якщо вищується декілька видів сільськогосподарської продукції, то на кожен із цих видів продукції суб'єкт агробізнесу зобов'язаний видати окрему аграрну розписку (ст. 9 Закону України «Про аграрні розписки»). Разом із тим, якщо агрохолдинг вестиме облік виданих аграрних розписок, то кожному виду сільськогосподарської продукції буде кореспондуватися окремо видана аграрна розписка, що мінімізує ризик виникнення помилок при сплаті за аграрною розпискою стосовно того чи іншого виду сільськогосподарської продукції.

Загалом механізм кредитування за аграрною розпискою передбачає, як мінімум, двох суб'єктів господарювання. Проте це не означає, що їх не може бути більше (наприклад, триланкова система обігу аграрної розписки). Так, сторонами операції з кредитування за допомогою аграрної розписки можуть бути агрохолдинг, дистриб'ютор та трейдер. Як правило, дистриб'ютор надає агрохолдингу ресурси, які необхідні для вирощування сільськогосподарської продукції (насіння, сільськогосподарську техніку, мінеральні та органічні добрива, засоби боротьби зі шкідниками тощо). Звичайно, дистриб'ютору, на користь якого агрохолдинг видає аграрну розписку (передусім мається на увазі механізм видачі товарної аграрної розписки), не потрібен майбутній урожай, адже останній ще підлягає реалізації, виручені кошти лише потім можуть бути зараховані на рахунок. Для дистриб'ютора кінцевий інтерес становлять саме грошові кошти, які він прагне отримати від агрохолдингу за свій поставлений товар. Звідси, з метою отримання коштів, дистриб'ютор заінтересований у тому, що відступивши своє право за аграрною розпискою у порядку цесії третій особі. Такою особою є трейдер, який після закінчення технологічного циклу виробництва (наприклад, восени після збирання врожаю) реалізує своє право за аграрною розпискою шляхом звернення до агрохолдингу з вимогою поставити сільськогосподарську продукцію, що є предметом зобов'язання з виданої аграрної розписки.

Такого роду механізм залучення необхідних агрохолдингу матеріальних ресурсів надає останньому суттєву перевагу: зобов'язання поставити сільськогосподарську продукцію або сплатити кошти обумовлене збором врожаю, а у разі неврожаю дата виконання зобов'язань за погодженням з кредитором може бути перенесена на наступний маркетинговий рік.

Підкреслимо, що інтереси кредитора за будь-яких умов суттєво забезпечуються за рахунок застави майбутнього врожаю. При цьому розмір такої застави повинен бути не меншим за розмір зобов'язання за аграрною розпискою. Указане є підставою констатувати ту обставину, що майнові інтереси кредитора підлягають повному, а не частковому забезпеченню. З огляду на зазначене аграрна розписка є доволі привабливою для використання у діяльності аграрних холдингів.

Стосовно ж застосування форвардної моделі кредитування агрохолдингу, то остання також доволі часто використовується для залучення необхідних ресурсів у сфері агробізнесу. Так, відповідно до п. 9 Положення про вимоги до стандартної (типової) форми деривативів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 19 квітня 1999 р. за № 632<sup>10</sup>, під форвардним контрактом розуміється двостороння угода за стандартною (типовою) формою, яка засвідчує зобов'язання особи придбати (продати) базовий актив у визначений час та на визначених умовах у майбутньому, з фіксацією цін такого продажу під час укладення форвардного контракту.

Зауважимо, що умови форвардного контракту визначаються за згодою сторін, проте цей контракт обов'язково має містити такі реквізити: назву, сторони, базовий актив контракту та його характеристики (асортимент – для товарів), кількість базового активу, вартість контракту, ціна виконання, термін виконання, порядок оплати придбаного (проданого) базового активу, відповідальність сторін у разі невиконання чи

неналежного виконання зобов'язань, порядок розгляду спорів, адреси, підписи, печатки, реквізити банківських рахунків (для юридичних осіб) та паспортні дані (для фізичних осіб) сторін контракту.

Укладаючи форвардний контракт, сторони наперед визначають ціну базового активу (сільськогосподарської продукції), який необхідно буде поставити після збору врожаю. Це сприяє стабільності та впевненості сторін стосовно цінової політики у майбутньому, дає змогу агрохолдингу доволі детально планувати свої дії стосовно кількості вирощеної/виробленої ним сільськогосподарської продукції, тієї ціни, яку він за неї отримає. Крім того, це допомагає мінімізувати витрати, пов'язані зі зберіганням на складах товару, оскільки останній необхідно буде передавати кредиторю.

Однак недоліком форвардному контракту є те, що агрохолдинг не може отримати вигоду від подорожчання сільськогосподарської продукції на момент її поставки (закінчення форвардного строку), а покупець – від здешевлення активу, адже він зобов'язаний сплатити саме обумовлену ціну, а не ту, яка склалася на певну дату на аграрному ринку.

З метою належного виконання зобов'язань за форвардним контрактом видається за доречне встановити у змісті останнього окремим пунктом відповідальність кожної зі сторін за неналежне виконання/невиконання зобов'язання у формі штрафних санкцій, розмір яких буде більшим за вигоду, отриману у випадку відмови від реального виконання договору.

Проте навіть у разі належного виконання форвардного контракту агрохолдинг отримує кошти за свою сільськогосподарську продукцію лише за фактом поставки. Із цією обставиною законодавець пов'язує момент оплати сільськогосподарської продукції за наперед визначеною ціною. Разом із тим агрохолдингу можуть знадобитися кошти (інші матеріальні ресурси), наприклад, для посівної компанії, але форвард цього не передбачає. У такому разі сторони форвардного контракту вправі досягти домовленості про авансовий платіж, відповідно до якого агрохолдинг отримує частину суми за наперед продану сільськогосподарську продукцію, а решта суми буде сплачена уже по факту поставки. Тоді авансовий платіж по форварду виконує подвійну функцію. З одного боку, здійснюється кредитування агрохолдингу, який «уже зараз» використовує залучені кошти, стимулює агровиробника здійснити поставку саме обумовленому покупцеві (в іншому разі агрохолдинг повинен буде повернути суму авансу в подвійному розмірі та сплатити суму штрафу, обумовлену договором). З іншого – покупець, який передає агрохолдингу аванс у рахунок оплати за майбутню поставку сільськогосподарської продукції, у разі відмови від форварду втрачатиме суму авансу та зобов'язаний буде сплатити штрафні санкції, передбачені договором. Таким чином, чим більший відсоток авансу від суми договору передається агрохолдингу при укладенні форварду, тим більша вірогідність поставки сільськогосподарської продукції, адже кожна із сторін буде заінтересована не втрачати суму авансу та не сплачувати штрафні санкції.

Варто наголосити, що при форвардному контракті агрохолдинг отримує лише кошти, а не інші ресурси (насіння, добрива, засоби боротьби зі шкідниками, сільськогосподарську техніку тощо) для ведення агробізнесу, що можливо при використанні аграрної розписки. Ще один момент полягає у тому, що за фінансовою аграрною розпискою, яка передбачає сплату кредитором коштів, а не поставку сільськогосподарської продукції, розмір зобов'язання визначається за формулою з урахуванням цін на сільськогосподарську продукцію у визначеній кількості та якості. Це означає, що розмір зобов'язання за фінансовою аграрною розпискою буде визначатися на дату платежу, але не на дату укладення такої розписки, що, скоріше, наближує її не до форварду, а до ф'ючерсу.

У цілому, ключовим позивом форвардного контракту є те, що в будь-якому разі відбувається поставка сільськогосподарської продукції, за фактом якої агрохолдинг отримує кошти, а не інші ресурси. Також зобов'язання агрохолдингу не може полягати у сплаті на користь кредитора коштів (характерно для фінансової аграрної розписки), оскільки останні сплачуються саме агрохолдингу за поставлену сільськогосподарську продукцію, а не за отримані раніше ресурси.

**Порівняння аграрної розписки та форвардного контракту.** Разом із тим як аграрна розписка, так і форвардний контракт мають спільні й відмінні ознаки, свої переваги/недоліки, вміло використовуючи які можна обирати той чи інший фінансовий інструмент. Спочатку наведемо спільні риси аграрної розписки та форварду. Так, до спільний рис можна віднести те, що указані фінансові інструменти: а) встановлюють зобов'язання агрохолдингу поставити сільськогосподарську продукцію (сплатити кошти) у майбутньому (*виконання зобов'язання відбувається після збору врожаю*); б) виконання зобов'язання відбувається на заздалегідь встановлену дату; в) розмір боргового зобов'язання встановлюється у вигляді обумовленої ціни або за допомогою формули (стосовно фінансової аграрної розписки); г) мінімальний ризик зриву господарської операції (поставки сільськогосподарської продукції) за аграрною розпискою, а щодо форварду – у разі авансування операції.

До відмінних же рис аграрної розписки та форвардного контракту можна віднести те, що: а) при форвардному контракті отримуються лише кошти, а при аграрній розписці можуть як кошти, так і інші ресурси (*аграрна розписка є більш універсальною*); б) при форвардному контракті кошти отримуються за фактом купівлі-продажу (за умови відсутності авансового платежу), а при аграрній розписці актив передається відразу (*темпортальна складова*); в) форвардний контракт не передбачає обов'язкової вимоги застави, а аграрна розписка забезпечується заставою майбутнього урожаю (*аграрна розписка краще забезпечує інтереси кредитора*); д) укладення форварду не вимагає дотримання нотаріальної форми, а аграрна розписка підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню (*форвард є більш дешевим фінансовим інструментом*); е) аграр-

на розписка видається до завершення технологічного циклу виробництва, а форвардний контракт може укладатися як на короткий, так і на більш тривалий строк (*форвард є більш мобільним*); є) для виконання зобов'язань з форвардного контракту необхідно звернутися до суду, отримати рішення (виконавчий документ), а при аграрній розписці нотаріус вчиняє виконавчий напис, що відразу перетворює таку розписку на виконавчий документ (*процесуальний аспект захисту прав*).

Таким чином, можна зазначити, що як аграрна розписка, так і форвардний контракт мають свої переваги й недоліки. Однозначно можна стверджувати, що форвардна модель кредитування агрохолдингу неможлива у формі первісного надання інших ресурсів, крім грошей, які, у разі відсутності авансування, підлягають сплаті лише за фактом поставки сільськогосподарської продукції. У цьому аспекті аграрна розписка має суттєві переваги над таким уже доволі сталим та відомим механізмом залучення ресурсів.

У цілому зауважимо, що агрохолдинги мають у своєму розпорядженні доволі різноманітні фінансові інструменти для залучення ресурсів при здійсненні підприємницької діяльності у сфері агропромислового комплексу. Вміле поєднання використання аграрних розписок, як нового механізму кредитування, поряд зі сталими фінансовими інструментами, такими як форвардний контракт, безумовно, нададуть агрохолдингу суттєву перевагу при залученні необхідних матеріальних та фінансових ресурсів для здійснення агробізнесу.

<sup>1</sup> *Ишутина А.* Кредитные ставки в банках Украины замерли / *А. Ишутина* : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://finance.liga.net/banks/2016/4/8/articles/47780.htm>

<sup>2</sup> *Мица Ю. В.* Похідні цінні папери: питання класифікації [Текст] / Ю. В. Мица // Проблеми законності / відп. ред. В. Я. Тацій [та ін.]. – Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого 2005. – Вип. 73. – С. 96–102.

<sup>3</sup> *Труба В. І.* Правове регулювання похідних цінних паперів в Україні [Текст] / В. І. Труба // Правова держава. – 2001. – № 3. – С. 26–30.

<sup>4</sup> *Коваленко Т. О.* Аграрні розписки: оформлення, видача, обіг та виконання / Т. О. Коваленко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dapr.ck.ua/?page=post&id=322/>

<sup>5</sup> Про аграрні розписки : Закон України від 6 листопада 2012 р. № 5479-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5479-17>

<sup>6</sup> Про запровадження пілотного проекту з відпрацювання технології введення в обіг аграрних розписок : наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України від 4 вересня 2014 р. № 331/1471/5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0331730-14>

<sup>7</sup> Про запровадження пілотного проекту з відпрацювання технології введення в обіг аграрних розписок : наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України від 1 вересня 2015 р. № 332/1627/5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0332730-15>

<sup>8</sup> *Коваленко Т. О.* Вказана праця.

<sup>9</sup> Про державне мито : декрет Кабінету Міністрів України від 21 січня 1993 р. № 7-93 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/7-93>

<sup>10</sup> Про затвердження Положення про вимоги до стандартної (типової) форми деривативів : постанова Кабінету Міністрів України від 19 квітня 1999 р. № 632 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/632-99>

#### Резюме

**Дударенко В. В. Порівняльно-правова характеристика аграрної розписки та форварду в механізмі кредитування агрохолдингу.**

У статті досліджуються особливості використання агрохолдингами альтернативних механізмів залучення ресурсів, таких як аграрна розписка та форвардний контракт. Здійснюється їх компаративний аналіз з метою виявлення сутнісних спільних та відмінних рис.

**Ключові слова:** агрохолдинг, аграрна розписка, форвардний контракт, кредитування.

#### Резюме

**Дударенко В. В. Сравнительно-правовая характеристика аграрной расписки и форварда в механизме кредитования агрохолдинга.**

В статье исследуются особенности механизма использования агрохолдингами альтернативных источников получения ресурсов, таких как аграрная расписка и форвардный контракт. Осуществляется их компаративный анализ с целью выявления существенных общих и отличительных черт.

**Ключевые слова:** агрохолдинг, аграрная расписка, форвардный контракт, кредитование.

#### Summary

**Dudarenko V. Comparative legal characteristics of agricultural receipt and forward the mechanism of lending to the agricultural holding.**

There are special aspects of the arrangement of usage by the agricultural holding such forms of crediting as an agrarian receipt and forward contract, which are under investigation in the article. It is carried out their comparative analysis with intent of identification of essential features common and distinctive.

**Key words:** agricultural holding, agrarian receipt, forward contract, crediting.



**В. П. ЖМУДІНСЬКИЙ**

*Василь Петрович Жмудінський, аспірант Національної академії внутрішніх справ, адвокат*

## ПРАВОВІ КАТЕГОРІЇ СУБ'ЄКТІВ АГРАРНОГО ПРАВА

У сучасних умовах господарювання в аграрній галузі економіки важливу соціальну роль у забезпеченні добробуту населення відіграють суб'єкти аграрного права різних організаційно-правових форм та видів діяльності, які вважаються основною ланкою виробництва сільськогосподарської продукції.

Застосування поняття «суб'єкти аграрного права» широко використовується у практичній та науковій діяльності юристами, авторами статей, монографій, підручників.

При цьому кожен із авторів намагається дати своє визначення такому поняттю, адже єдиної думки щодо такого визначення немає і, напевно, не буде.

На думку В. П. Жушмана, суб'єкти аграрного права – це виробники сільськогосподарської продукції, що володіють відосбленим майном, наділені спеціальною правоздатністю і дієздатністю (правосуб'єктністю), господарська діяльність яких здійснюється при використанні землі як основного засобу виробництва для забезпечення населення міста і села необхідними продуктами харчування, сировиною і продовольством рослинного та тваринного походження<sup>1</sup>.

У свою чергу, Ю. М. Крупка визначає суб'єктів аграрного права як учасників господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність на землі, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків) у сфері виробництва, переробки, реалізації сільськогосподарської продукції, аграрного сервісу, мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством<sup>2</sup>.

Виходячи із названих визначень, до суб'єктів аграрного права заведено відносити господарські товариства, діяльність яких спрямована на виробництво сільськогосподарської продукції, зокрема це сільськогосподарські підприємства, сільськогосподарські товаровиробники та агропромислові підприємства.

На перший погляд, зазначені суб'єкти аграрного права є тотожними між собою, проте поняття «сільськогосподарське підприємство», «сільськогосподарський товаровиробник» та «агропромислове підприємство» не можна вважати однаковими, адже їхній правовий статус має певні відмінності.

Питанням правової категорії суб'єктів аграрного права та їхнього правового становища присвячено роботи таких вчених: В. Г. Андрійчука, Н. А. Берлача, С. І. Бурлака, М. Я. Ващишин, А. П. Гетьмана, В. М. Єрмоленка, В. П. Жушмана, Г. С. Корнієнко, О. О. Погрібного, В. І. Половка, В. Ю. Уркевича, В. І. Федоровича, В. В. Янчука та ін.

**Метою даної статті** є формулювання визначення правових категорій таких суб'єктів аграрного права, як сільськогосподарське підприємство, сільськогосподарський товаровиробник та агропромислове підприємство на основі системного аналізу норм господарського, податкового та аграрного законодавства.

Переходячи до викладення основного матеріалу, необхідно зазначити, що сільськогосподарське підприємство – одна з основних правових категорій суб'єктів аграрного права, проте єдиного законодавчого підходу до розуміння поняття сільськогосподарського підприємства немає.

Так, визначення поняття «сільськогосподарське підприємство» передбачено Законами України «Про стимулювання розвитку сільського господарства на період 2001–2004 років» та «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», в яких зазначено, що сільськогосподарське підприємство – це юридична особа, основним видом діяльності якої є вирощування (виробництво, виробництво та переробка) сільськогосподарської продукції, виручка від реалізації вирощеної (виробленої, виробленої та переробленої) сільськогосподарської продукції становить не менше 50 відсотків загальної суми виручки.

Підпункт 137.4.1. п. 137.4. ст. 137 Податкового кодексу України (далі – ПКУ України) зазначає, що для цілей оподаткування податком на прибуток до підприємств, основною діяльністю яких є виробництво сільськогосподарської продукції, належать підприємства, дохід яких від продажу сільськогосподарської продукції власного виробництва за попередній податковий (звітний) рік перевищує 50 відсотків загальної суми доходу.

Також визначення досліджуваного поняття міститься у деяких підзаконних нормативно-правових актах.

Відповідно до Методологічних положень з організації державного статистичного спостереження щодо стану тваринництва, затверджених наказом Держкомстатистики України від 31 березня 2011 р., сільськогосподарське підприємство – статистична одиниця, що здійснює виробництво продукції та послуг сільського господарства, є самостійною в прийнятті рішень щодо використання для цього своїх засобів і найбільш незалежною з огляду на фінансові й виробничі функції. З точки зору правового статусу сільськогосподарське під-

приємство є, як правило, юридичною особою або відокремленим підрозділом юридичної особи. Поняття сільськогосподарського підприємства включає також і фермерські господарства.

Згідно з Методикою розрахунку рівня рентабельності сільськогосподарської діяльності сільськогосподарських підприємств, затвердженою наказом Держкомстатистики України від 14 лютого 2011 р., сільськогосподарське підприємство – самостійний статутний об'єкт, який має право юридичної особи та здійснює виробничу діяльність у галузі сільського господарства з метою одержання відповідного прибутку (доходу).

Наукові визначення поняття «сільськогосподарське підприємство» характеризується вченими по-різному.

Зокрема, А. Г. Бобкова пропонує вважати сільськогосподарським підприємством самостійний суб'єкт господарювання, який створений компетентним органом державної влади чи місцевого самоврядування або іншими суб'єктами, займається вирощуванням, виробництвом і переробкою сільськогосподарської продукції (продукції рослинництва, тваринництва, рибництва), виручка від реалізації якої становить не менше 50 % загальної виручки<sup>3</sup>.

Подібну думку висловив і професор В. М. Єрмоленко, який зазначив, що сільськогосподарське підприємство – це юридична особа, основним видом діяльності якої є вирощування та переробка власно виробленої сільськогосподарської продукції (включаючи рибництво), виручка від реалізації якої становить не менше 50 % загальної суми грошових надходжень за рік<sup>4</sup>.

Вчений В. Ю. Уркевич дає наступне визначення поняття «сільськогосподарське підприємство», а саме – юридична особа незалежно від форми власності й господарювання, основним видом діяльності якої є вирощування (виробництво) сільськогосподарської продукції та в якій валовий дохід, отриманий від операцій із реалізації сільськогосподарської продукції власного виробництва й продуктів її переробки, за наявності сільськогосподарських угідь (ріллі, сіножатей, пасовищ, багаторічних насаджень тощо) та/або поголів'я сільськогосподарських тварин у власності, користуванні, у тому числі й на умовах оренди, за попередній звітний (податковий) рік перевищує 75 % загальної суми валового доходу<sup>5</sup>.

Інші ж дослідники вказують, що юридичні особи, основна статутна діяльність яких пов'язується з виробництвом сільськогосподарської продукції, характеризуються, зокрема, такими специфічними рисами: особливістю порядку придбання ними права на виробництво й реалізацію сільськогосподарської продукції, чіткою законодавчою регламентацією діяльності з виробництва та реалізації сільськогосподарської продукції, специфікою використання трудових ресурсів, спеціальною правосуб'єктністю<sup>6</sup>.

Роблячи попередній висновок, можна констатувати, що всі наукові визначення поняття сільськогосподарське підприємство, які зроблені процитованими вище вченими, дійсно схожі між собою і базуються на відповідних законодавчих положеннях, проте основна відмінність їх полягає у визначенні відсотка «аграрності», якого повинні дотримуватися такі суб'єкти господарювання під час здійснення сільськогосподарської діяльності.

Виходячи із аналізу наведених вище норм, вбачається, що суб'єкт господарювання вважатиметься сільськогосподарським підприємством за наявності наступних кваліфікаційних ознак: по-перше, діяльність такого господарюючого суб'єкта повинна бути направлена виключно на вирощування (виробництво) сільськогосподарської продукції чи надання послуг сільськогосподарського характеру; по-друге, вирощування (виробництво) такої сільськогосподарської продукції чи надання послуг сільськогосподарського характеру повинен здійснювати безпосередньо виробник цієї продукції (послуги); по-третє, зазначена сільськогосподарська продукція (послуга) повинна бути вирощена (вироблена, надана) на власних або орендованих потужностях (площах); по-четверте, реалізація вирощеної (виробленої) сільськогосподарської продукції чи надання послуг сільськогосподарського характеру повинна здійснюватися самим виробником, а не іншими особами; по-п'яте, виручка від реалізації вирощеної (виробленої) сільськогосподарської продукції (наданих послуг) повинна становити не менше 50 відсотків загальної суми грошових надходжень за рік.

Недотримання суб'єктом господарювання будь-якої із наведених вище ознак призведе до неможливості набуття ним статусу сільськогосподарського підприємства.

Іншим специфічним суб'єктом аграрного права виступає сільськогосподарський товаровиробник.

Поняття «сільськогосподарський товаровиробник» визначено в Законі України «Про особливості страхування сільськогосподарської продукції з державною підтримкою», яким передбачено, що сільськогосподарський товаровиробник – юридична особа незалежно від організаційно-правової форми, яка займається виробництвом сільськогосподарської продукції та/або розведенням, вирощуванням та виловом риби у внутрішніх водоймах та її переробкою на власних чи орендованих потужностях, у тому числі з власно виробленої сировини на давальницьких умовах, та здійснює операції з її постачання.

Аналогічне визначення міститься і в Податковому кодексі України, проте, на відміну від вищезгаданого Закону, ст. 291 Податкового кодексу України містить ще й додаткову ознаку, яка повинна бути притаманна саме сільськогосподарському товаровиробнику, а саме: частка сільськогосподарського товаровиробництва за попередній податковий (звітний) рік у такого товаровиробника повинна дорівнювати або перевищувати 75 відсотків.

Частка сільськогосподарського товаровиробництва – це питома вага доходу сільськогосподарського товаровиробника, отриманого від реалізації сільськогосподарської продукції власного виробництва та продуктів її переробки, у загальній сумі його доходу, що враховується під час визначення права такого товаровиробника на реєстрацію як платника податку.

Відповідно до Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» сільськогосподарським визнається товаровиробник, основною діяльністю якого є постачання сільськогосподарських

товарів, вироблених ним на власних або орендованих основних засобах, причому питома вага вартості сільськогосподарських товарів становить не менше 75 відсотків вартості всіх товарів, поставлених ним протягом попередніх 12 послідовних звітних податкових періодів сукупно.

У наукових працях також немає єдиного підходу щодо визначення поняття сільськогосподарський товаровиробник.

На думку О. В. Гафурової, сільськогосподарським товаровиробником слід вважати особу, яка займається виращуванням, відгодівлею, виловлюванням або збиранням (заготівлею) сільськогосподарської продукції<sup>7</sup>.

Такої ж точки зору дотримується і В. С. Єлісеєв, який вказує, що сільськогосподарськими товаровиробниками є організація, індивідуальний підприємець, фермерське господарство, а також громадянин, що веде особисте підсобне господарство, які здійснюють виробництво сільськогосподарської продукції, її первинну й наступну (промислову) переробку<sup>8</sup>.

Як слушно зазначає Я. З. Гаєцька-Колотило, ведення товарного сільськогосподарського виробництва як основного виду діяльності вже є підставою до зарахування цього суб'єкта господарювання до сільськогосподарських товаровиробників<sup>9</sup>.

Таким чином, поняття «сільськогосподарський товаровиробник» характеризується насамперед діяльністю такого господарюючого суб'єкта, яка повинна бути направлена на товарне сільськогосподарське виробництво.

Під товарним сільськогосподарським виробництвом слід розуміти врегульований нормами аграрного та інших галузей права вид господарської діяльності сільськогосподарських товаровиробників, пов'язаних з обов'язковим використанням земель сільськогосподарського та іншого призначення, природних ресурсів, живих організмів з метою виробництва, переробки та реалізації сільськогосподарської продукції на внутрішньому та зовнішньому аграрних ринках<sup>10</sup>.

Різновидом поняття «сільськогосподарський товаровиробник» є термін «виробники сільськогосподарської продукції» (сільськогосподарський виробник), якими визнаються юридичні особи всіх організаційно-правових форм господарювання та їх відокремлені підрозділи, фізичні особи (фізичні особи-підприємці, домогосподарства), які займаються сільськогосподарською діяльністю, передбаченою класифікацією видів економічної діяльності, мають у володінні, користуванні або розпорядженні землі сільськогосподарського призначення чи сільськогосподарських тварин (ст. 1 Закону України «Про сільськогосподарський перепис»).

Окремі науковці до сільськогосподарських виробників відносять фізичних та юридичних осіб, які здійснюють виробництво і самостійну переробку власно виробленої продукції рослинництва і тваринництва<sup>11</sup>.

Як вбачається із наведених вище законодавчих та наукових визначень, поняття «сільськогосподарське підприємство» та «сільськогосподарський товаровиробник» дійсно мають схожі ознаки, однак існують і суттєві відмінні положення, які притаманні кожному із них.

Так, основні відмінності між сільськогосподарським підприємством та сільськогосподарським товаровиробником характеризуються наступними положеннями:

– по-перше, діяльність сільськогосподарського товаровиробника не може бути пов'язана із наданням послуг сільськогосподарського характеру, оскільки така діяльність повинна бути направлена на товарне сільськогосподарське виробництво, кінцевою метою якого є виробництво продукції як товару;

– по-друге, частка сільськогосподарської продукції у сільськогосподарського підприємства обраховується від виручки, отриманої від реалізації вирощеної (виробленої) ним сільськогосподарської продукції, а в сільськогосподарського товаровиробника – від частки (доходу) сільськогосподарського товаровиробництва;

– по-третє, у сільськогосподарського підприємства виручка від реалізації вирощеної (виробленої) сільськогосподарської продукції повинна бути не менше 50 відсотків загальної суми виручки, а у сільськогосподарського товаровиробника, частка сільськогосподарського товаровиробництва повинна дорівнювати або перевищувати 75 відсотків.

Відповідно до зазначених відмінностей можна зробити висновок про те, що сільськогосподарський товаровиробник одночасно є і сільськогосподарським підприємством. При цьому таке сільськогосподарське підприємство не зможе вважатися товаровиробником до того часу, поки не буде відповідати вищенаведеним обов'язковим ознакам.

Правильність визначення статусу для таких суб'єктів аграрного господарювання має важливе значення для їх діяльності, оскільки такий статус впливає на їхні податкові правовідносини, зокрема статус сільськогосподарського товаровиробника надає останнім можливість бути платником єдиного податку четвертої групи (колишнього фіксованого сільськогосподарського податку) та право на отримання бюджетної дотації для розвитку сільськогосподарських товаровиробників і стимулювання виробництва сільськогосподарської продукції, натомість звичайне сільськогосподарське підприємство (не товаровиробник) позбавлене таких можливостей.

Утім, як слушно зазначає Н. О. Багай, особливо важливим є усунення розбіжностей між законодавчими визначеннями поняття «сільськогосподарське підприємство» та «сільськогосподарський товаровиробник», які мали б співвідноситися як часткове та загальне. Належне законодавче регулювання правового становища сільськогосподарських підприємств може бути забезпечене спеціалізованими нормативно-правовими актами аграрного законодавства<sup>12</sup>.

Ще як один різновид суб'єктів аграрного права виділяють агропромислове підприємство.

Визначення поняття агропромислове підприємство діюче законодавство України не містить.

Проте, виходячи із системного аналізу поняття агропромислового комплексу, можна охарактеризувати і діяльність суб'єктів, які мають до нього відношення.

Вважається, що агропромисловий комплекс – це сукупність галузей народного господарства, зайнятих виробництвом продукції сільського господарства, її зберіганням, переробкою і доведенням до споживача.

Тобто, агропромисловий комплекс включає в себе три основні галузі народного господарства, це: сільське господарство (рослинництво тваринництво); галузі, що виробляють засоби виробництва та обслуговування (сільськогосподарське машинобудування, хімічна промисловість, комбікормова та мікробіологічна промисловість, наукове обслуговування, сільськогосподарське та меліоративне будівництво); галузі зі збереження, переробки та реалізації сільськогосподарської продукції (підприємства легкої та харчової промисловості, сховища, транспортування, торгівля).

Наукові визначення поняття агропромислового підприємства містяться у працях відомих науковців, які також по-різному трактують таке поняття.

За В. Г. Андрійчуком агропромислового підприємства – це юридичні особи, в яких поєднується виробництво сільськогосподарської продукції з її промисловою переробкою, доробкою і зберіганням. Як правило, агропромислові підприємства – це великі глибокоспеціалізовані господарські формування зі значними площами багаторічних насаджень (або овочевих культур) та відносно потужними переробними виробництвами<sup>13</sup>.

Окремо слід звернути увагу на визначення поняття агропромислового підприємства, яке дається такими науковцями, як М. М. Паламарчук і О. М. Паламарчук, які вважають, що агропромислове підприємство (по суті, агропромисловий комбінат) – це органічне поєднання виробництва сільськогосподарської продукції та її промислової переробки<sup>14</sup>.

Є. П. Качан виходить з того, що найпростішою формою агропромислової кооперації є агропромислове підприємство, в якому поєднується сільськогосподарське і промислове виробництво, тобто зусилля раніше відокремлених, але взаємопов'язаних галузей підвищення ефективності виробництва<sup>15</sup>.

На думку автора, на відміну від сільськогосподарського товаровиробника, для агропромислового підприємства головним засобом виробництва повинна бути земля, на якій вирощується сільськогосподарська продукція та сировина для виробничого та невиробничого споживання.

З наведеного вище можна зробити висновок, що агропромислове підприємство – це юридична особа, діяльність якої може поєднуватися із виробництвом (вирощуванням) сільськогосподарської продукції на землях сільськогосподарського призначення, з подальшою промисловою переробкою такої продукції та її реалізацією.

Аналізуючи поняття «агропромислове підприємство», слід зауважити, що такий термін має широке застосування і може включати в себе практично всіх юридичних осіб, які здійснюють виробництво сільськогосподарської продукції, в тому числі і сільськогосподарське підприємство та сільськогосподарського товаровиробника.

Підсумовуючи викладене вище доходимо висновку, що суб'єктами аграрного права насамперед виступають особи, сільськогосподарська діяльність яких об'єднує відносини з виробництва, переробки і реалізації сільськогосподарської продукції та надання послуг сільськогосподарського характеру, основне місце серед яких належить саме агропромисловим підприємствам.

Оскільки чіткого закріплення у законодавстві України такої правової категорії суб'єктів аграрного права, як агропромислове підприємство, немає, то для належного визначення його правового статусу необхідно закріпити таке поняття у Законі України «Про агропромислові підприємства», ухвалення якого сприятиме удосконаленню та розвитку аграрних відносин у нашій державі.

<sup>1</sup> Аграрне право: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / В. П. Жушман, В. М. Корнієнко, Г. С. Корнієнко та ін. ; за ред. В. П. Жушмана та А. М. Статівки. – Х. : Право, 2010. – 296 с.

<sup>2</sup> Крупка Ю. М. Аграрне право України : навч. посіб. / Ю. М. Крупка ; за наук. ред. Н. Р. Малишевої. – К. : Університет «Україна», 2006. – 160 с.

<sup>3</sup> Бобкова А. Г. Аграрне право: [конспект лекцій у схемах] / А. Г. Бобкова. – Донецьк : ДонНУ, 2013. – 244 с.

<sup>4</sup> Єрмоленко В. М. Аграрне право України : підруч. / В. М. Єрмоленко, О. В. Гафурова, М. В. Гребенюк [та ін.]; за заг. ред. В. М. Єрмоленка. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 608 с.

<sup>5</sup> Уркевич В. Ю. Теоретичні проблеми правового регулювання аграрних відносин / В. Ю. Уркевич // Правове регулювання екологічних, аграрних та земельних відносин в Україні: сучасний стан і напрями вдосконалення : моногр. / за ред. А. П. Гетьмана та В. Ю. Уркевича. – Х. : Право, 2012. – С. 105–153.

<sup>6</sup> Самсонова Я. О. Наріжні питання визначення правосуб'єктності товаровиробників сільськогосподарської продукції / Я. О. Самсонова // Аграрне право як галузь права, юридична наука і навчальна дисципліна : матер. Всеукр. круглого столу (25 травня 2012 р.) / за заг. ред. В. М. Єрмоленка, В. І. Курила, В. І. Семчика. – К. : Видавничий центр НУБіП України, 2012. – С. 126–129.

<sup>7</sup> Гафурова О. В. Сільськогосподарська діяльність (сільськогосподарське виробництво) як об'єкт аграрних правовідносин / О. В. Гафурова // Підприємство, господарство і право. – 2008. – № 4. – С. 56–59.

<sup>8</sup> Елисеєв В. С. О содержании термина «сельскохозяйственный товаропроизводитель» / В. С. Елисеєв // Актуальні проблеми правового регулювання аграрних, земельних, екологічних відносин і природокористування в Україні та країнах СНД : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Луцьк, 10–11 вересня 2010 р.). – Луцьк : РВВ ЛНТУ, 2010. – С. 97–102.

<sup>9</sup> Гасцька-Колотило Я. З. Аграрне право України : навч. посіб. / Я. З. Гасцька-Колотило, Н. В. Льків. – К. : Істина, 2008. – 184 с.



<sup>10</sup> *Марченко С. І.* Організаційно-правові питання товарного сільськогосподарського виробництва в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 / С. І. Марченко ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2008. – 17 с.

<sup>11</sup> *Єрмоленко В. М.* Вказана праця. – С. 87.

<sup>12</sup> *Багай Н. О.* Законодавче регулювання правового становища сільськогосподарських підприємств / Н. О. Багай // Сучасні проблеми аграрного і природоресурсного права: міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 30–31 жовтня 2009 р.): зб. наук. пр. / за заг. ред. В. М. Єрмоленка та ін. – К. : ІРІДУМ, 2009. – С. 53–56.

<sup>13</sup> *Андрійчук В. Г.* Економіка аграрних підприємств : підруч. / В. Г. Андрійчук. – 2-ге вид., доп. і перероблене. – К. : КНЕУ, 2002. – 624 с.

<sup>14</sup> *Паламарчук М. М.* Економічна і соціальна географія України з основами теорії : посіб. для викладачів економічних і географічних факультетів вузів, наукових працівників, аспірантів / М. М. Паламарчук, О. М. Паламарчук. – К. : Знання, 1998. – 416 с.

<sup>15</sup> *Качан С. П.* Розміщення продуктивних сил України / С. П. Качан. – К. : Вища школа, 1998. – 375 с.

### Резюме

#### **Жмудінський В. П. Правові категорії суб'єктів аграрного права.**

У статті досліджено суть і зміст формулювання визначення аграрно-правових категорій суб'єктів аграрного права. Автор порівнює правове становище основних суб'єктів аграрного права, виділяє їх істотні ознаки та визначає їх поняття.

**Ключові слова:** суб'єкти аграрного права, сільськогосподарське підприємство, сільськогосподарський товаровиробник, агропромислове підприємство.

### Резюме

#### **Жмудинский В. П. Правовые категории субъектов аграрного права.**

В статье исследованы сущность и содержание формулировки определения аграрно-правовых категорий субъектов аграрного права. Автор сравнивает правовое положение основных субъектов аграрного права, выделяет их существенные признаки и определяет их понятия.

**Ключевые слова:** субъекты аграрного права, сельскохозяйственное предприятие, сельскохозяйственный товаропроизводитель, агропромышленное предприятие.

### Summary

#### **Zhmudinskiy V. The legal category of agricultural law.**

The essence and content of the definition of agrarian legal categories of subjects of agricultural law are investigated in the article. The author compares the legal status of the main subjects of agrarian law, highlights their essential features and determines their concept.

**Key words:** subjects of agrarian law, agricultural enterprises, agricultural producers, agro-industrial enterprise.

УДК 343.773

**О. В. ЗАІЧКО**

*Олена Вікторівна Заїчко, здобувач Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

## ПОНЯТТЯ ТА СУТНІСТЬ ЯВИЩА НЕЗАКОННОЇ ПОРУБКИ ЛІСУ

Цивілізаційний розвиток людства тривалий час супроводжувався неухильним збільшенням обсягу видобутку природних ресурсів для задоволення потреб суспільного виробництва. Вичерпність лісового ресурсу України, а також його висока цінність та вразливість до природних і штучних загроз потребують комплексного законодавчого закріплення охорони лісів. Цей принцип проголошено в ст. 13 Конституції України, згідно з якою земля та інші природні ресурси є об'єктами права власності Українського народу, а кожний громадянин має право користуватися природними об'єктами права власності народу відповідно до закону<sup>1,2</sup>.

Ця конституційна норма була надалі розвинена та конкретизована законодавцем у низці концептуальних нормативно-правових актів, зокрема ст. 9 Закону України «Про засади внутрішньої та зовнішньої політики» відносить до основних засад внутрішньої політики в екологічній сфері збереження навколишнього природного середовища, впровадження системи екологічно збалансованого використання природних ресурсів, а також посилення просвітницької діяльності з інформування населення про екологічні норми і стандарти<sup>3</sup>. Логічним продовженням цього вектору виглядає закріплення у переліку загальних пріоритетів екологічної безпеки збереження природних екосистем, створення ефективної системи моніторингу довкілля та ресурсозбереження на рівні Стратегії національної безпеки України<sup>4</sup>.

На превеликий жаль, вітчизняні лісові ресурси давно перетворилися на об'єкт систематичних кримінальних посягань «чорних лісорубів», що завдають масштабних збитків легальній лісовій промисловості. За даними експертів, у результаті неякісного нормативного регулювання, корумпованості державних лісгосподарств та активізації злочинного промислу у сфері нелегальної порубки лісу реальний показник лісистості України зараз становить менше 11 % (на відміну від офіційних 16 %), а очікуваними наслідками лісового браконьєрства є активізація ерозійних процесів у ґрунтах, погіршення газового складу атмосфери, зміна гідрологічного режиму водних об'єктів тощо<sup>5</sup>. Упродовж 2016 р. сума збитків, завданих державі виявленими незаконними порубками лісу, лише в межах Івано-Франківської області сягнула 9,2 млн грн<sup>6</sup>.

Утім, широко розповсюджені незаконні порубки лісу, на жаль, не знаходять адекватного відображення в офіційній статистиці. Зокрема, за звітними даними Державного агентства лісових ресурсів України, лісова галузь працює стабільно, підприємства виконують поставлені перед ними завдання, а також спостерігається поступове збільшення запасу деревини і приріст частки заповідних лісів<sup>7</sup>. Як свідчить експерт Програми «Правозастосування й управління в лісовому секторі країн східного регіону дії європейського інструменту сусідства та партнерства» FLEG М. Ю. Попков, такі оцінки, вочевидь, випливають із застарілої системи оцінювання ефективності ведення лісового господарства, сформованої наприкінці 1990-х років, що не дає змоги об'єктивно відстежити динаміку лісів<sup>8</sup>. До того ж, контроль за порушеннями лісового законодавства покладено на лісгосподарські підприємства Державного агентства лісових ресурсів України, що таким чином поєднують оперативне управління із рубкою лісів та обліком випадків лісового браконьєрства<sup>9</sup>. Протягом 2016 р. як представники правоохоронних органів, так і громадські активісти неодноразово привертали увагу до розгортання в Україні нелегального видобутку деревини, що характеризується системним відтворенням, відносно масовим характером, міцними корупційними та транснаціональними зв'язками.

Слід відзначити, що перші згадки про юридичну відповідальність за порубку лісу можна знайти у Руській Правді, яка передбачала штрафи за зіпсуття або вирубку «бортних» (тих, що мають дупла із бджолиним медом) і «межових» (тих, що позначали кордони угідь) дерев<sup>10</sup>, тобто об'єктом правового захисту була не охорона лісових ресурсів як невід'ємної частини живої природи, а недоторканність приватної власності володільців. Із плином часу криміналізація різноманітних форм незаконної порубки лісу дістала подальшого розвитку у законодавстві країн, до складу яких входили українські землі, та втілила тенденцію до визнання істотного рівня суспільної небезпеки цього злочину не тільки у майновому вимірі, але й в аспекті завдання суттєвої шкоди довкіллю. Наприклад, комплексним Законом про ліси Австрійської імперії від 1852 р. було встановлено не тільки поділ категорій на ліси, правовий статус суб'єктів лісокористування і детальний порядок контролю за їхньою діяльністю, а й юридичну відповідальність за суцільне вирубування лісів, а також умисне перешкоджання вирощуванню дерев<sup>11</sup>. У радянський період управління лісовим фондом характеризується фахівцями-екологами як украї незбалансоване та неефективне, умотивоване агресивною інтенсифікацією лісової промисловості, що не тільки зруйнувало розгалужену систему заповідних лісів, але й сприяло становленню індустріально-споживацького ставлення до лісових ресурсів<sup>12</sup>.

Нині правова охорона лісів в Україні забезпечується на рівні конституційного, екологічного, цивільного, адміністративного та кримінального законодавства. За справедливим висловом М. Й. Коржанського, соціальна обумовленість кримінально-правової заборони визначається, головним чином, соціальною цінністю суспільних відносин, економічними факторами й ефективністю правової регламентації<sup>13</sup>. Тому не можна не погодитися із загальноприйнятою тезою про те, що виокремлення незаконної порубки лісу як окремого складу злочину засвідчує підвищений рівень уваги законодавця до охорони природних ресурсів, а також відмову від тлумачення цього діяння як способу «розкрадання майна»<sup>14</sup>.

Незважаючи на те, що аналіз об'єктивних та суб'єктивних ознак (об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт та суб'єктивна сторона) складу злочину, передбаченого ст. 246 КК України, не є предметом цього дослідження, все ж таки необхідно звернути увагу на деякі аспекти. Тим більше, у науковій літературі з цього приводу слушно наголошується на тому, що кримінально-правова характеристика певного злочину виступає підґрунтям як для кримінологічної, так і для інших характеристик, вона є основою для здійснення певних узагальнень та висновків. Від кримінально-правової характеристики злочину значною мірою залежить не лише характер завдань, що виникають у процесі його запобігання, а й порядок їх розв'язання. Кримінальне право, по-перше, встановлює межі злочинного; по-друге, при проведенні кримінологічних досліджень використовується схема складу злочину<sup>15</sup>, який посідає центральне місце в системі елементів кримінально-правової характеристики<sup>16</sup>.

Попри відносну новизну наукового інтересу до означеної проблематики, у науковій літературі не існує єдиної думки щодо безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 246 КК України. Зокрема, науковці Харківської школи кримінального права вважають, що під об'єктом незаконної порубки лісу слід розуміти науково обґрунтоване, раціональне використання лісів, їх охорона та відтворення для теперішніх та майбутніх поколінь<sup>17</sup>. Згідно з концепцією, запропонованою С. Б. Гавришем, безпосереднім (конкретним) об'єктом екологічних злочинів виступає передбачений відповідною статтею кримінального закону природний об'єкт, що піддається посяганню небезпечною поведінкою суб'єкта (тобто, у даному випадку – ліс)<sup>18</sup>. На нашу думку, більш виваженою виглядає перша теоретична позиція, яка, окрім того, повністю відбиває позицію Пленуму Верховного Суду України, висловлену у постанові № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля» від 10 грудня 2004 року<sup>19</sup>.

Наступною істотною ознакою феномена незаконної порубки лісу виступає предмет цього злочину. Відповідно до ч. 1 ст. 246 КК України під об'єктом незаконної порубки лісу слід розуміти ліс на корені, тобто

дерева і чагарники у лісах, захисних та інших лісових насадженнях у природному стані (невідділені від коріння), а також у заповідниках, або на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду, або в інших особливо охоронюваних лісах України.

Під власне лісом розуміють сукупність землі, рослинності, в якій домінують дерева та чагарники, тварин, мікроорганізмів та інших природних компонентів, що в своєму розвитку біологічно взаємопов'язані, впливають одне на одного і на навколишнє середовище<sup>20</sup>.

Лісовими насадженнями є захисні та інші штучні насадження дерев і чагарників, які в сукупності набувають корисних властивостей дикоростучих лісів. Також до лісових насаджень відносять: ліси населених пунктів, лісопаркові частини лісів зелених зон, державні лісові захисні смуги, полезахисні лісові смуги, а також захисні лісові насадження на смугах відводу каналів, залізниць і автомобільних доріг<sup>21</sup>.

Відповідно до преамбули Закону України «Про природно-заповідний фонд України» до заповідників відносять ділянки суші і водного простору, природні комплекси та об'єкти яких мають особливу природоохоронну, наукову, естетичну, рекреаційну та іншу цінність і виділені з метою збереження природної різноманітності ландшафтів, генофонду тваринного і рослинного світу, підтримання загального екологічного балансу та забезпечення фонового моніторингу навколишнього природного середовища.

Термін «інші особливо охоронювані ліси», відповідно до Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» застосовується щодо природних лісів, які мають велику екологічну цінність як унікальні та типові природні комплекси, для збереження сприятливої екологічної обстановки, попередження та стабілізації негативних природних процесів і явищ<sup>22</sup>.

Отже, дерева та чагарники, не віднесені до лісового фонду ст. 4 Лісового Кодексу (наприклад, штучно вирощені зелені насадження, які не набули властивостей дикорослих лісів), не являють собою предмет незаконної порубки лісу, відповідно, знищення таких насаджень має кваліфікуватися як крадіжка або самоуправство. Такий підхід Пленуму ВСУ був підтриманий професором М. І. Пановим і П. В. Олійником<sup>23</sup>, однак, на думку О. О. Дудорова, є недостатньо виваженим і більш доцільною натомість є караність незаконної порубки як деревостанів, що входять до лісового фонду, так і будь-яких інших (принаймні тих, екологічна значущість яких є безсумнівною)<sup>24</sup>.

Цікавим для кримінологів є критерій *істотного виміру заподіяної шкоди*, який відокремлює настання адміністративної відповідальності за порубку дерев і чагарників, що належать до лісового фонду, від кримінальної. Постанова Пленуму ВСУ звертає увагу суддів на те, що шкода визнається істотною, коли були знищені певні види дерев у тій чи іншій місцевості; погіршилися породний склад, якість, захисні, водоохоронні й інші екологічні властивості лісу; виникли труднощі у відтворенні заліснення в певній місцевості; знизилась якість атмосферного повітря; змінилися ландшафт місцевості, русло річки; сталась ерозія ґрунту тощо<sup>25</sup>. Варто підкреслити, що, на відміну від посягань на лісовий фонд загального режиму охорони, незаконна порубка дерев і чагарників природно-заповідного фонду та в інших особливо охоронюваних лісах є кримінально караною незалежно від істотності завданої шкоди.

Судова практика свідчить, що середній розмір матеріальної шкоди, який визнається істотним при незаконній порубці лісу, становить у середньому 7–10 тис. грн<sup>26</sup>. Тим не менш, непоодинокими є неоднозначні та відверто несправедливі судові рішення, де очевидно є хибність застосування такої оціночної категорії. З одного боку, суди нерідко виправдовують засуджених з огляду на «неістотний характер заподіяної шкоди»<sup>27</sup>, а з іншого, зустрічаються й кримінальні провадження, де особу було засуджено за заподіяння шкоди у розмірі однієї тисячі гривень у результаті порубки в експлуатаційних або захисних лісах<sup>28</sup> (імовірно, останні випадки «працюють» на підвищення показників ефективності того чи іншого правоохоронного органу).

Відповідно до ст. 2 Лісового кодексу України ліси можуть перебувати у державній, комунальній та приватній власності, що теоретично уможливило виокремлення як самостійного елементу явища незаконної порубки лісу наявність конкретного потерпілого, тобто власника певної частини лісового фонду, якому внаслідок правопорушення завдається шкода. Принагідно зауважимо, що станом на квітень 2016 р. за офіційними даними Державного лісового агентства України частка державних лісів у структурі загального лісового фонду України сягає 73 %, до складу фонду комунальної власності належать 13 % лісів, не надано у користування 7 % лісових ділянок, Міністерству оборони України відведено 1 %, і лише близько 6 % лісових угідь мають категорію «інші»<sup>29</sup>, тобто про масштабну приватизацію ресурсів у цій сфері стверджувати зарано.

Напевне, найяскравішою ознакою феномена незаконної порубки лісу є його колосальна, широкомасштабна шкода екосистемі та економіці держави, обсяги за останні десятиліття якої навряд чи будуть достеменно встановлені. Так, за повідомленням Голови Державного лісового агентства України, протягом 2015 р. сума шкоди від виявлених незаконних порубок становила 84,7 млн грн, у той час як відшкодовано було лише 4,6 млн грн<sup>30</sup>. Латентність цього явища є надзвичайно високою: на думку Т. В. Корнякової, попри укр. низькі офіційні статистичні показники, за експертними оцінками питома вага усіх злочинів проти довкілля становить не менш ніж 15–20 %<sup>31</sup>. Оцінки міжнародних експертів щодо кримінальної активності «чорних лісорубів» відверто пригломшують: через надзвичайно високий рівень прибутковості від реалізації незаконно заготовленої деревини (приблизно 300–500 %<sup>32</sup>), кримінальний бізнес у царині незаконних порубок лісу постійно приваблює нових гравців, адже його щорічний обіг сягає приблизно 10 млрд доларів США<sup>33</sup>. На думку професійного лісівника Р. Деречинського, якщо нинішні обсяги заготівлі деревини зберігатимуться й надалі, то вже за 15–20 років від лісових масивів лісистих регіонів України залишаться лише фрагменти з кущів, самосіву осик і берізок, що спричинить не лише серйозну екологічну проблему, а й гостру соціально-економічну кризу лісистим регіонам<sup>34</sup>.



Окрім прямих матеріальних збитків, незаконна порубка лісу через агресивне руйнування лісів здійснює потужний негативний вплив на українську фауну, адже ліси є природним середовищем для низки цінних видів тварин – публічний звіт Державного лісового агентства за 2016 р. засвідчив – чисельність копитних тварин у мисливських угіддях України зменшилася порівняно з 2015 р. на 2,6 тисяч голів. Цей злочин негативно позначається й на екосистемі європейського регіону в цілому, адже наша країна розташована на перетині міграційних шляхів багатьох видів фауни.

Нарешті, недбале ставлення до лісових ресурсів псує міжнародний імідж України та свідчить про відсутність політичної волі до виконання взятих на себе міжнародних зобов'язань з боку влади. Зокрема, відповідно до ст. 294 Угоди про асоціацію з ЄС Україна взяла на себе зобов'язання працювати разом з європейськими партнерами для покращення правозастосування та управління в лісовій галузі, а також сприяти торгівлі легальною і сталою лісовою продукцією<sup>35</sup>. Як відомо, замість комплексних реформ у лісовій галузі урядом України у листопаді 2015 р. було накладено мораторій на експорт лісу-кругляку<sup>36</sup>, усупереч положенням вищезгаданої Угоди про асоціацію та правилам Світової організації торгівлі. Однак такий крок, на жаль, не мав профілактичного ефекту – увесь товар «чорних лісорубів» тепер експортується як дрова або інші види деревообробної продукції<sup>37</sup>.

Беручи до уваги наведені вище іманентні ознаки явища незаконної порубки лісу, пропонуємо таке визначення. Незаконна порубка лісу – це умисне посягання на встановлений порядок порубки дерев і чагарників, що завдає істотної шкоди лісовому фонду України, або порушує порядок охорони і використання територій та об'єктів природно-заповідного фонду, відтворення його природних комплексів.

Способи вчинення незаконної порубки лісу також є одними з визначальних ознак цього явища. Так, зазначена вище постанова Пленуму ВСУ вказує, що незаконна порубка лісу може бути вчинена:

- без відповідного дозволу (лісорубного квитка);
- за дозволом, виданим із порушенням чинного законодавства;
- до початку чи після закінчення установлених у дозволі строків;
- не на призначених ділянках чи понад установлену кількість;
- не тих порід дерев, які визначені в дозволі;
- порід, вирубку яких заборонено.

У цілому погоджуючись із наведеною класифікацією, принагідно слід додати, що тіньовий сектор лісової галузі, за умов різкого занепаду добробуту домогосподарств, став сприятливим ґрунтом для розвитку низки нових схем незаконного збагачення як окремих осіб (у якості «злочину-виживання»<sup>38</sup>), так і організованих груп, що забезпечуються корупційними зв'язками з органами виконавчої влади та місцевого самоврядування. На жаль, низький рівень самоорганізації, нерозвиненість корпоративної культури та позиція пристосування до існуючої ситуації не дозволяють бізнес-структурам протистояти на належному рівні корупційній експансії чиновництва і органів кримінальної юстиції<sup>39</sup>. Отже, перелік наведених вище способів є базовим для декількох типових форм відтворення та функціонування незаконної порубки лісу як явища соціальної дійсності.

За критерієм наявності дозволу на порубку лісу О. В. Сторчоус виокремлює два великі підвиди форм злочину, передбаченого ст. 246 КК України: 1) порубки, вчинені без спеціального дозволу (самовільні порубки) та 2) порубки, вчинені на підставі спеціального дозволу, під час яких були допущені значні порушення<sup>40</sup>. Як підкреслює експерт В. Ловчинський, станом на сьогодні головна екологічна загроза походить саме від останнього різновиду<sup>41</sup>. Деякі дослідники вважають необхідним включати до форм «нелегальних рубок» також порушення принципів ціноутворення та оподаткування, продаж деревини на основі підроблених документів, а також будь-які інші шляхи незаконного заволодіння лісопродукцією<sup>42</sup>.

Щодо вищого рівня нелегального обігу лісозаготівельної продукції, на нього, на нашу думку, справедливо поширюються наведені свого часу Б. М. Головкіним закономірності функціонування злочинності на ринку землі, а саме – утворення системи корупційних зв'язків та організація кримінальних відносин між відчужувачами й набувачами прав<sup>43</sup>, зокрема поширені серед чиновників традиції незаконного збагачення шляхом розкрадання державного майна і бюджетних коштів, отримання незаконної вигоди через зловживання владою та службовим становищем; неписані правила стимулювання посадових і службових осіб незаконною винагородою для пришвидшеного вирішення життєво важливих питань; усталені в підприємницькому середовищі звичаї приховувати дійсні доходи та ухилятися від сплати податків і зборів<sup>44</sup>. Серед характерних ознак системної корупції у сфері лісозаготівлі експерти Світового банку наводять такі: закритість і викривлення інформації про експорт деревини державними підприємствами; погоджена переорієнтація державних лісових підприємств на поставку деревини на ринки, лояльні до корупції, до яких належать ринки Китаю, Румунії і Туреччини; організація торгівлі через посередників і компанії, зареєстровані в офшорних зонах та інших країнах з м'якою системою оподаткування; свідоме заниження цін на експортовану продукцію з метою отримання маржі<sup>45</sup>.

Використовуючи контент-аналіз публікацій у ЗМІ, експертних досліджень та наукових публікацій, ми вважаємо доцільним виокремити такі типові форми незаконної порубки лісу:

- 1) самовільна побутова порубка лісу (вчиняється без спеціального дозволу, з корисливих мотивів, особою, яка не працевлаштована в лісовому господарстві для задоволення нагальних побутових потреб, зокрема опалення);
- 2) самовільна комерційна порубка лісу (носить систематичний характер, здійснюється невеликими групами осіб із метою збуту на найближчих приватних пилорамах або звільнення від лісових насаджень території під нелегальне копання бурштину);



3) нелегальна порубка із порушенням приписів спеціального дозволу (рубка лісу із умисним заниженням сорту деревини або завищенням віку дерев; поза площею відведеної ділянки; понад ліміт; під час санітарної рубки замість хворих та сухих дерев вирубуються дорогі породи дерев);

4) нелегальна порубка лісу на експорт (здійснюється стійкими злочинними організаціями у великих масштабах, за корупційної підтримки представників органів державної влади або місцевого самоврядування щодо легалізації вирубаного деревини, із заниженням митної вартості та подальшим експортом до країн ЄС і відмиванням отриманих доходів через офшорні підприємства).

Таким чином, явище незаконної порубки лісу є глибоко вкоріненим в соціальній дійсності різновидом кримінальної активності, що загрожує екологічній безпеці України, та потребує подальшого дослідження кількісно-якісних показників, комплексу детермінаційних чинників і деяких інших аспектів з метою розробки ефективних запобіжних заходів.

<sup>1</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>2</sup> *Примітка.* Відповідно до ст. 5 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» природними ресурсами є земля, надра, води, атмосферне повітря, ліс та інша рослинність, тваринний світ (як залученими в господарський обіг, так і не використовуваними в економіці в даний період).

<sup>3</sup> Про засади внутрішньої та зовнішньої політики : Закон України від 1 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 40. – Ст. 527.

<sup>4</sup> Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 року «Про Стратегію національної безпеки України» : Указ Президента України від 26 травня 2015 р. // Офіційний вісник України. – 2015. – № 43. – Ст. 14.

<sup>5</sup> *Данильченко Ю.* Правові проблеми захисту лісів в Україні / Ю. Данильченко, С. Гзімчук // Вісник прокуратури. – 2016. – № 9. – С. 72–79. – С. 73.

<sup>6</sup> Результати роботи органів прокуратури Івано-Франківської області за 11 місяців 2016 року // Прокуратура Івано-Франківської області : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://ifr.gp.gov.ua/ua/actual\\_ivfr.html?\\_m=publications&\\_c=view&\\_t=ges&id=198970](http://ifr.gp.gov.ua/ua/actual_ivfr.html?_m=publications&_c=view&_t=ges&id=198970) (дата звернення: 1 лютого 2017 р.). – Заголовок з екрана.

<sup>7</sup> Загальна характеристика лісів України (станом на 1 квітня 2016 р.) // Державне агентство лісових ресурсів : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://dklg.kmu.gov.ua/forest/control/uk/publish/article?art\\_id=62921&cat\\_id=32867](http://dklg.kmu.gov.ua/forest/control/uk/publish/article?art_id=62921&cat_id=32867) (дата звернення: 01.02.2017). – Заголовок з екрана.

<sup>8</sup> Лесная политика и стратегия Украины: оценка, проблемы и пути их решения // Природа України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://pryroda.in.ua/lis/files/2017/02/Rorkom\\_Report\\_politika\\_oct\\_2014.pdf](http://pryroda.in.ua/lis/files/2017/02/Rorkom_Report_politika_oct_2014.pdf) (дата звернення: 1 лютого 2017 р.). – Заголовок з екрана.

<sup>9</sup> *Банчук О.* Корупційні ризики у лісовому господарстві / О. Банчук // ENPI FLEG : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.fleg.org.ua/fileadmin/user\\_upload/ufs/04.%20Program%20Information/4.02%20Program%20Components/4.02.05%20Public%20Awareness/Pravozasto\\_v\\_lisovomu\\_sektori\\_Ukrainy.pdf](http://www.fleg.org.ua/fileadmin/user_upload/ufs/04.%20Program%20Information/4.02%20Program%20Components/4.02.05%20Public%20Awareness/Pravozasto_v_lisovomu_sektori_Ukrainy.pdf) (дата звернення: 01.02.2017). – Заголовок з екрана.

<sup>10</sup> *Мендик Л. В.* Історичний розвиток юридичної відповідальності за лісопорушення / Л. В. Мендик // Прикарпатський юридичний вісник. – 2014. – Вип. 3 (6). – С. 144–151.

<sup>11</sup> *Мікулін Д. М.* Розвиток лісового права на українських землях у XIX столітті / Д. М. Мікулін // Теорія і практика правознавства. – 2015. – Вип. 1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp\\_2015\\_1\\_18](http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2015_1_18) (дата звернення: 1 лютого 2017 р.). – Заголовок з екрана.

<sup>12</sup> *Брэйн С.* Новый взгляд на уничтожение заповедников в СССР в 1950-е гг. / С. Брэйн // Историко-биологические исследования. – 2012. – № 1. – С. 57–72.

<sup>13</sup> *Коржанський М. Й.* Нариси уголовного права / М. Й. Коржанський. – К. : Генеза, 1999. – С. 55.

<sup>14</sup> *Скворцова О. В.* Розмежування незаконної порубки лісу із суміжними складами злочинів / О. В. Скворцова // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. – 2007. – Т. 20 (59). – № 2. – С. 129–135. – (Серия «Юридические науки»).

<sup>15</sup> *Даньшин И. Н.* Общетеоретические проблемы криминологии : моногр. / И. Н. Даньшин. – Х. : Прапор, 2005. – С. 12.

<sup>16</sup> *Борисов В. К.* вопросу о сущности уголовно-правовой характеристики преступлений / В. Борисов, А. Пашенко // Уголов. право. – 2005. – № 3. – С. 11–13.

<sup>17</sup> Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х. : Право, 2013. – Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – 2013. – 1040 с. – С. 438.

<sup>18</sup> *Гавриш С. Б.* Кримінально-правова охорона довкілля в Україні. Проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства : наукове видання / С. Б. Гавриш. – К. : Книга, 2002. – С. 62–85.

<sup>19</sup> Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля : постанова Пленуму ВСУ від 10 грудня 2004 р. // Верховна Рада України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0017700-04> (дата звернення: 1 лютого 2017 р.). – Заголовок з екрана.

<sup>20</sup> Лісовий кодекс України від 21 січня 1994 р. // Відомості Верховної Ради. – 1994. – № 17. – Ст. 443.

<sup>21</sup> Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х. : Право, 2013. – Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – 2013. – 1040 с.

<sup>22</sup> Про охорону навколишнього природного середовища : Закон УРСР від 25 червня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 1 (08.10.91). – Ст. 546.

<sup>23</sup> *Панов М. І.* Проблеми відмежування злочинів проти власності від злочинів проти довкілля / М. І. Панов, П. В. Олійник // Право України. – 2014. – № 2. – С. 291–299.

<sup>24</sup> *Дудоров О. О.* Проблеми застосування й удосконалення кримінально-правової заборони, присвяченої незаконній порубці лісу / О. О. Дудоров, Є. О. Письменський // Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – № 6. – С. 178–190.

<sup>25</sup> Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля : постанова Пленуму ВСУ від 10 грудня 2004 р. // Верховна Рада України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0017700-04> (дата звернення: 1 лютого 2017 р.). – Заголовок з екрана.

<sup>26</sup> *Сторчоус О.* Кримінальна відповідальність за самовільні порубки лісу: навч. посіб. / О. Сторчоус. – К. : ВАІТЕ, 2012. – 116 с. – С. 41.

<sup>27</sup> Справа № 163/1743/13-к, розглянута Любомльським районним судом Волинської області 27 листопада 2013 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35714596> (дата звернення: 1 лютого 2017 р.). – Заголовок з екрана.

<sup>28</sup> *Сторчоус О.* Кримінальна відповідальність за самовільні порубки лісу: навч. посіб. / О. Сторчоус. – К. : ВАІТЕ, 2012. – 116 с. – С. 37.

<sup>29</sup> Загальна характеристика лісів України (станом на 1 квітня 2016 р.) // Державне агентство лісових ресурсів : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://dklg.kmu.gov.ua/forest/control/uk/publish/article?art\\_id=62921&cat\\_id=32867](http://dklg.kmu.gov.ua/forest/control/uk/publish/article?art_id=62921&cat_id=32867) (дата звернення: 1 лютого 2017 р.). – Заголовок з екрана.

<sup>30</sup> Христина Юшкевич звернулася до голів ОДА з проханням сприяти на місцях вирішенню проблеми незаконних рубок (15.06.2016) // ДП «Стрийський лісгосп» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://stryi-lisgosp.com.ua/> (дата звернення: 1 лютого 2017 р.). – Заголовок з екрана.

<sup>31</sup> *Корнякова Т. В.* Кримінологічні засади запобігання органами прокуратури злочинам проти довкілля : моногр. / Т. В. Корнякова. – К. : Ін Юре, 2011. – 408 с. – С. 189.

<sup>32</sup> *Жеребкін Г. Н.* Ответственность за незаконную рубку лесных насаждений. Анализ нелегальных рубок на российском Дальнем Востоке и методика их расследования / Г. Н. Жеребкін // Владивосток: WWF России, «Апельсин», 2011. – 136 с. – С. 10.

<sup>33</sup> Многоликая коррупция : Выявление уязвимых мест на уровне секторов М73 экономики и государственного управления / под ред. Э. Кампосаи, С. Прадхана ; пер. с англ. – М. : Альпина Паблишерз, 2010. – 551 с. – С. 140.

<sup>34</sup> *Деречинський Р.* В Україні відсутня державна лісова політика // Дзеркало тижня : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://gazeta.dt.ua/business/v-ukrayini-vidsutnya-derzhavna-lisova-politika-.html> (дата звернення: 1 лютого 2017 р.). – Заголовок з екрана.

<sup>35</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами з іншої сторони // Офіційний вісник України. – 2014. – № 75. – Т. 1. – С. 290.

<sup>36</sup> Про внесення змін до Закону України «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, пов'язаної з реалізацією та експортом лісоматеріалів» щодо тимчасової заборони експорту лісоматеріалів у необробленому вигляді // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 31. – С. 1598.

<sup>37</sup> Рік перший: як мораторій на експорт лісу-кругляку вплинув на економіку України // Vox Ukraine : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://voxukraine.org/2017/02/22/moratorij-na-eksport-lisu-ua/> (дата звернення: 1 лютого 2017 р.). – Заголовок з екрана.

<sup>38</sup> *Головкін Б. М.* Види злочинності / Б. М. Головкін // Журнал східноєвропейського права. – 2015. – № 18. – С. 14–21 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2015/08/golovkin\\_18.pdf](http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2015/08/golovkin_18.pdf) (дата звернення: 18 лютого 2016 р.). – Заголовок з екрана.

<sup>39</sup> *Головкін Б. М.* Антикорупційний менеджмент у митній справі / Б. М. Головкін // Фіскальна політика в Україні в кримінально-правовому вимірі : зб. тез доп. Всеукр. наук.-практ. інтернет-конф. «Фіскальна політика в Україні в кримінально-правовому вимірі» (м. Вінниця, 26 квітня 2016 р.). – Вінниця, 2016. – С. 60–65.

<sup>40</sup> *Сторчоус О.* Кримінальна відповідальність за самовільні порубки лісу : навч. посіб. / О. Сторчоус. – К. : ВАІТЕ, 2012. – 116 с. – С. 10.

<sup>41</sup> Валерій Ловчинський, президент фонду Help Widife Global Fund, про проблеми із законністю рубки дерев, відповідальність за неї, державний контроль у сфері охорони лісу / Валерій Ловчинський // Вісник прокуратури. – 2016 – № 6. – С. 46–53.

<sup>42</sup> Лесная политика и стратегия Украины: оценка, проблемы и пути их решения // Природа України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://prugoda.in.ua/lis/files/2017/02/Rorkom\\_Report\\_politika\\_oct\\_2014.pdf](http://prugoda.in.ua/lis/files/2017/02/Rorkom_Report_politika_oct_2014.pdf) (дата звернення: 1 лютого 2017 р.). – Заголовок з екрана.

<sup>43</sup> *Головкін Б. М.* Поняття злочинності на ринку землі / Б. М. Головкін // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 2. – С. 270–273.

<sup>44</sup> *Головкін Б. М.* Причинність у системі детермінації злочинності / Б. М. Головкін // Теорія і практика правознавства : електрон. наук. фах. вид. – 2014. – № 1. – Режим доступу: [http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el\\_zbirnik/1.2014/11.pdf](http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el_zbirnik/1.2014/11.pdf) – Заголовок з екрана.

<sup>45</sup> Український ліс: злочин без кари // Дзеркало тижня : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://gazeta.dt.ua/promyshliennost/ukrayinskiy-lis-zlochyn-bez-kari-.html> (дата звернення: 1 лютого 2017 р.). – Заголовок з екрана.

## Резюме

### **Заїчко О. В. Поняття та сутність явища незаконної порубки лісу.**

У статті аналізуються істотні ознаки явища незаконної порубки лісу. Пропонуються визначення цього поняття та типові форми відтворення незаконної порубки лісу, підкреслено великий ступінь суспільної небезпеки цього злочину.

**Ключові слова:** незаконна порубка лісу, лісовий фонд, лісові ресурси, природно-заповідний фонд, злочини проти довкілля.

## Резюме

### **Заичко Е. В. Понятие и сущность явления незаконной порубки леса.**

В статье анализируются существенные признаки явления незаконной вырубке леса. Предлагаются определение этого понятия и типовые формы воспроизведения незаконной вырубке леса, подчеркивается большая степень общественной опасности этого преступления.

**Ключевые слова:** незаконная порубка леса, лесной фонд, лесные ресурсы, природно-заповедный фонд, преступления против окружающей среды.

Summary

**Zaichko O. The concept and substance of the illegal logging.**

The article provides with the analysis of the illegal logging core features. The author suggests a definition of this concept and typical forms of illegal logging. The considerable level of public damage of the given crime is underlined.

**Key words:** illegal logging, forest fund, forest resources, nature reserve fund, environmental crimes.

УДК 349.412:342.25

**А. П. КУЛИНИЧ**

*Антон Павлович Кулинич, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**ПРАВОВІ АСПЕКТИ РОЗШИРЕННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЩОДО РОЗПОРЯДЖЕННЯ ЗЕМЛЯМИ В УМОВАХ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ ВЛАДИ**

На сучасному етапі розбудови України як демократичної, соціальної та правової держави зі стійкою та ефективною системою публічного управління, як засвідчує вітчизняний і зарубіжний досвід, доцільним є проведення реформи адміністративно-територіального устрою на засадах децентралізації влади і забезпечення повсюдності й спроможності місцевого самоврядування. Важливим напрямом його забезпечення є розширення повноважень територіальних громад у сфері використання земельних ресурсів та звуження відповідних повноважень органів виконавчої влади. Саме тому децентралізацію влади розглядають як процес розширення й зміцнення прав та повноважень адміністративно-територіальних одиниць базового рівня за одночасного звуження прав і повноважень відповідного центру з метою оптимізації та підвищення ефективності управління суспільно важливими справами, найповнішої реалізації регіональних і місцевих інтересів<sup>1</sup>.

Проблема децентралізації державної влади та органів місцевого самоврядування була предметом дослідження таких вчених у галузі конституційного та муніципального права, як О. Батанов, Н. Бикадорова, В. Борденюк, О. Бориславська, Я. Брюкнер, М. Їжа, В. Кампо, А. Матвієнко, М. Баймуратов, П. Біленчук, А. Коваленко, М. Корнієнко, В. Кравченко, В. Погорілко, М. Пухтинський, А. Ткачук та ін. Вагомий внесок у розробку окремих аспектів державного управління земельними ресурсами зробили фахівці земельного права В. Андрейцев, М. Шульга, В. Єрмоленко, Т. Коваленко, П. Кулинич, А. Мірошниченко, В. Носік, А. Статівка та ін. Проте правові питання розширення повноважень органів місцевого самоврядування щодо розпорядження землями з урахуванням вимог щодо децентралізації влади не була предметом окремого наукового дослідження. Актуальність проблеми децентралізації земельних повноважень органів влади з передачею їх територіальним громадам та їх органам місцевого самоврядування в Україні зумовлюють актуальність теми даної статті.

**Метою** статті є проведення аналізу правового забезпечення розширення повноважень органів місцевого самоврядування територіальних громад у галузі земельних відносин в умовах децентралізації влади.

В українській теорії та практиці організації влади проблема розширення земельних повноважень органів місцевого самоврядування не є новою. Так, ще у п. 5 Конституції Української Народної Республіки 1918 р. було проголошено, що «...УНР надає своїм землям, волостям і громадам права широкого самоврядування, додержуючи принципу децентралізації»<sup>2</sup>. Однак з захопленням у 1917–1920 рр. більшовиками державної влади в колишній царській Росії і на території України та проведенням ними націоналізації земельного фонду процес децентралізації влади був фактично унеможливлений. А вже однією з основних засад радянської влади в СРСР, і зокрема в УРСР, було право виключної власності держави на землю, виключення земельних ділянок з ринкового обігу та розподіл і перерозподіл земель лише на основі рішень органів державної влади. Система вказаних органів була надзвичайно централізованою. Відповідно, розпорядження землями в межах кожної адміністративно-територіальної одиниці, у тому числі й адміністративно-територіальних одиниць найнижчого рівня – сільських, селищних та міських громад (рад) – здійснювалося не одним, а декількома органами влади різних адміністративних рівнів. Землі кожної громади перебували у віданні не одного, а кількох органів влади різних адміністративних рівнів. Саме тому сільські, селищні та міські громади не мали можливості здійснювати місцеве самоврядування на земельній території громади<sup>3</sup>.

Сформована у радянський період земельна юрисдикція органів державної влади була збережена в Україні й після відновлення незалежності. Навіть закріплення на конституційному рівні (1996 р.), у спеціальному Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» (1997 р.)<sup>4</sup> та в Земельному кодексі України (2001 р., далі – ЗКУ)<sup>5</sup> розподілу виконавчої влади не супроводжувалося перерозподілом земельних повноважень на користь територіальних громад та обраних ними органів місцевого самоврядування – сільських, селищних та міських рад.

Чинним ЗКУ повноваження щодо розпорядження основною частиною земель, розташованих за межами населених пунктів, було передано місцевим державним адміністраціям, центральному органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері земельних відносин, Фонду державного майна та Кабінету Міністрів України, що призвело до численних спорів між даними органами, зловживань і корупції у земельних відносинах. Фактично повноваження з розпорядження землями, прилеглими до населених пунктів, були передані чиновникам, які призначались у Києві і не залежали від місцевих громад. Відповідно вони досить часто не лише ігнорували, а й порушували земельні інтереси таких громад.

Відсутність у територіальних громад права власності на землі за межами населених пунктів суттєво звужує матеріальну основу місцевого самоврядування, гальмує соціально-економічний розвиток територіальних громад, знижує якість публічних послуг, що надаються органами місцевого самоврядування, та як наслідок – обмежує конституційне право територіальної громади на самостійне вирішення питань місцевого значення.

Відповідно, органи місцевого самоврядування позбавлені повноважень ефективного планування розвитку своїх територій, оскільки можливість впливу на їх розвиток залежить від обсягу земельних повноважень органів влади територіальних громад. Останні стикаються з величезними труднощами при виділенні землі інвесторам та для розміщення необхідних громад об'єктів. Крім того, територіальні громади позбавлені можливості брати участь у прийнятті рішень про використання земельних ресурсів, які розташовані навколо відповідних населених пунктів. Саме тому розвиток територіальних громад за лідерства громад, як це задекларовано у Єдиній комплексній стратегії розвитку сільського господарства та сільських територій на 2015–2020 рр., схваленої Національною радою реформ<sup>6</sup>, фактично є неможливим через відсутність у них належних земельних повноважень. Таким чином, в Україні назріла нагальна потреба децентралізації влади у сфері регулювання земельних відносин як передумови для формування в Україні дієздатних та самодостатніх громад.

Питання формування дієздатних та самодостатніх громад було ініційоване в Концепції реформування місцевого самоврядування, затвердженій розпорядженням Кабінету Міністрів України від 29 липня 2009 р. № 900-р<sup>7</sup>, якою передбачено формування 1400 громад та 100–120 районів. Проте період політичної кризи 2013–2014 рр. відклав початок реформи місцевого самоврядування. Натомість 1 квітня 2014 р. Кабінет Міністрів України розпорядженням № 333-р<sup>8</sup> схвалив нову Концепцію реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні. Її ключовими положеннями є подолання відсторонення місцевого самоврядування від вирішення питань у сфері земельних відносин шляхом надання органам місцевого самоврядування базового рівня повноважень щодо розпорядження землею не тільки в межах населених пунктів, а й за їх межами.

Відповідно до Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, затвердженої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 591-р<sup>9</sup>, та прийнятого у її розвиток Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» від 5 лютого 2015 р.<sup>10</sup>, в Україні проводиться адміністративно-територіальна реформа, завданням якої є реорганізація системи органів влади на засадах децентралізації та підвищення ролі територіальних громад у вирішенні питань місцевого життя. З цією метою розпочалося об'єднання територіальних громад сіл, селищ і міст, повноваження яких обмежуються територіями відповідних населених пунктів, у спроможні об'єднати територіальні громади. Розширення повноважень органів місцевого самоврядування об'єднаних територіальних громад здійснюється у чотирьох основних напрямках: 1) включення у склад територій таких громад земель як у межах, так і за межами населених пунктів; 2) передача значної частини земель державної власності у власність територіальних громад; 3) формування територій об'єднаних територіальних громад як первинних адміністративно-територіальних одиниць, на які поширюються повноваження рад об'єднаних територіальних громад; 4) передача значної частини повноважень органів державної влади щодо управління землями органам місцевого самоврядування об'єднаних територіальних громад.

На розв'язання певної частини вказаних вище завдань спрямований проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розширення повноважень органів місцевого самоврядування з управління земельними ресурсами та посилення державного контролю за використанням і охороною земель» від 31 березня 2016 р. № 4355<sup>11</sup>.

Аналіз цього законопроекту свідчить про наявність у ньому суперечностей, які не сприяють розв'язанню вищезазначених завдань. По-перше, у законопроекті фактично ігноруються приписи Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» у частині створення в нашій державі об'єднаних територіальних громад шляхом об'єднання територіальних громад сіл, селищ та міст. Зокрема, підпунктами 2 і 4 п. 3 законопроекту пропонується у ст.ст. 8, 10 та деяких інших ЗКУ слова «відповідних територіальних громад» замінити словами «територіальних громад сіл, селищ, міст району». На нашу думку, така термінологія повністю унеможливує набуття та здійснення об'єднаними територіальними громадами прав на землю, однак залишає можливість набуття та здійснення прав на землю за територіальними громадами сіл, селищ і міст, які є об'єктом адміністративно-територіальної реформи і по її завершенню припинять своє існування.

По-друге, законопроектом передбачається внесення до ч. 1 ст. 122 ЗКУ змін, згідно з якими сільським, селищним та міським радам як органам влади територіальних громад сіл, селищ та міст передбачається надати повноваження щодо передачі у власність та користування не тільки земельних ділянок комунальної



власності відповідних територіальних громад, а й земельних ділянок державної власності, які розташовані як у межах відповідних населених пунктів, так і за їх межами на так званих «територіях сільських рад», які не є визначеними ні юридично, ні фактично. Цілком очевидно, що такі зміни стануть антистимулами для добровільного об'єднання територіальних громад сіл, селищ та міст у спроможні територіальні громади. Адже сільські та селищні ради намагатимуться скористатися правом розпорядження землями комунальної та державної власності до такого об'єднання і тому всіляко намагатимуться відтермінувати об'єднання з іншими територіальними громадами сіл, селищ та міст. Як наслідок, здійснення адміністративно-територіальної реформи в Україні надмірно затягнеться.

По-третє, суперечать Конституції України положення законопроекту про внесення до ЗКУ змін, якими пропонується надати сільським, селищним та міським радам право розпорядження землями державної власності, власниками яких територіальні громади сіл, селищ та міст не є.

Очевидно, розробники даного законопроекту виходили з того, що оскільки проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)», яким передбачається закріпити новий адміністративно-територіальний устрій, був прийнятий 31 серпня 2015 р. в першому читанні, але не прийнятий в цілому до цього часу, то відсутні конституційні передумови для створення об'єднаних територіальних громад та надання їм відповідних земельних повноважень. Адже згідно з ст. 4 Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» у складі об'єднаної територіальної громади не може існувати іншої територіальної громади, яка має свій представницький орган місцевого самоврядування.

Однак аналіз Конституції України спростовує такий висновок. Дійсно, у багатьох статтях Конституції України (ст.ст. 142, 143 та ін.)<sup>12</sup> вживається термін «територіальні громади сіл, селищ та міст». Проте слід звернути увагу на положення ст. 140 Основного Закону, в якій зазначено, що «місцеве самоврядування є правом територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста – самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України». Отже, Конституція України вживає і таке поняття, як «сільська громада», розуміючи під нею кілька об'єднаних в одне ціле територіальних громад сіл. У зв'язку з тим, що до недавнього часу порядок об'єднання територіальних громад сіл у сільські громади не був врегульований законом, таке об'єднання не проводилося, а термін «сільські громади» не використовувався. Проте прийнятим 5 лютого 2015 р. Законом України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» такий порядок був визначений. Зокрема, у ст. 3 цього Закону встановлено, що суб'єктами добровільного об'єднання територіальних громад є суміжні територіальні громади сіл, селищ, міст. А об'єднана територіальна громада, адміністративним центром якої визначено місто, є міською територіальною громадою, центром якої визначено селище, – селищною, центром якої визначено село, – сільською.

Аналогічні зміни були внесені і в Закон України «Про місцеве самоврядування України». Так, у ст. 6 цього документа встановлено, що територіальні громади в порядку, встановленому законом, можуть об'єднуватися в одну сільську, селищну, міську територіальну громаду, утворювати єдині органи місцевого самоврядування та обирати відповідно сільського, селищного, міського голову. Отже, Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» закріпив поняття «міська, селищна та сільська територіальна громада». Зазначені законодавчі акти не тільки не суперечать Конституції України, а й спрямовані на конкретизацію положень її ст. 140 про те, що означає об'єднання територіальних громад сіл в одне ціле і як його краще іменувати. Зокрема, вищезазначені закони України не вводять нове, таке що не передбачене Конституцією, поняття, а конкретизують конституційні терміни «міська громада, селищна громада та сільська громада» як результат об'єднання кількох суміжно розташованих територіальних громад сіл, селищ та міст, яку ці закони іменують відповідно «міська, селищна та сільська територіальні громади».

По-четверте, намагаючись надати легітимності пропозиціям щодо наділення територіальних громад сіл, селищ та міст правом розпоряджатися землями, що розташовані за межами відповідних населених пунктів, розробники законопроекту пропонують закріпити у Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» визначення терміна «територія територіальної громади», під якою пропонується розуміти «територію, у межах якої територіальна громада села, селища, міста реалізує свої повноваження щодо вирішення питань місцевого значення відповідно до Конституції і законів України». Однак з цього визначення незрозуміло, якою ж є територія територіальної громади. Крім цього, таке визначення не враховує компетенції представницьких та виконавчих органів місцевого самоврядування. Розробники законопроекту пропонують доповнити Закон України «Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)» новою ст. 14-1, якою вводиться дещо інше поняття «територія ради». Цей термін конкурує з терміном «територія територіальної громади», що знижуватиме рівень правової визначеності відповідних правових норм та негативно позначиться на ефективності їх застосування. Вважаємо, що така невизначеність на практиці може спричинити порушення конституційних принципів верховенства права, рівності й справедливості, з яких випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правових норм, а, відтак, уможливити порушення вимог ст. 19 Конституції України щодо обов'язку органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових осіб діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Не можна погодитися також і з пропозицією розробників законопроекту щодо шляхів вирішення питання про державний контроль за використанням та охороною земель, збереженням родючості ґрунтів, дотриманням вимог законодавства у сфері земельних відносин. Так, на центральний орган виконавчої влади, що

реалізує державну політику у сфері земельних відносин (Держгеокадастр України та його територіальні органи) законопроектом передбачається покласти ведення та адміністрування Державного земельного кадастру, внесення до нього відомостей про землі, державну реєстрацію земельних ділянок та обмежень у їх використанні, ведення поземельних книг та надання витягів із Державного земельного кадастру про земельні ділянки, погодження документації із землеустрою, ведення державного обліку і реєстрації земель тощо. На нашу думку, такий підхід є неприйнятним, оскільки передбачає концентрацію у одного і того ж суб'єкта таких владних управлінських повноважень, поєднання яких створює конфлікт інтересів та сприятиме вчиненню посадовими особами такого органу влади корупційних дій. Адже Держгеокадастр України, у випадку покладення на нього функції здійснення державного контролю у сфері земельних відносин, здійснюватиме контроль за своїми ж діями та буде заінтересований у приховуванні виявлених земельних правопорушень, допущених його посадовими особами.

Викликає також сумнів доцільність покладення на виконавчі комітети сільських, селищних та міських рад повноважень здійснення державного контролю за використанням та охороною земель, для чого законопроектом пропонується введення інституту державного інспектора з контролю сільських, селищних та міських рад у разі прийняття відповідною радою такого рішення, а також ліквідацію інституту самоврядного контролю за використанням та охороною земель, який передбачений ст. 189 ЗКУ. Зазначені приписи будуть неефективними, оскільки: а) органи місцевого самоврядування втратять самостійність у здійсненні такого контролю і будуть залежними від Держгеокадастру України, б) запропонована модель державного контролю унеможливує проходження спеціальної перевірки претендентів на зайняття посад державних інспекторів з контролю за використанням та охороною земель, які на тепер є посадовими особами з питань державного контролю в Державній інспекції сільського господарства, що знаходиться в стані ліквідації, та призначаються в порядку переведення на роботу до інших органів, до яких переходять повноваження та функції органів, що припиняються.

На наш погляд, зазначений законопроект № 4355 може бути прийнятий після істотного його доопрацювання. Крім усунення вищезазначених недоліків, законопроект доцільно, на нашу думку, доповнити положеннями, спрямованими на внесення до ЗКУ нової ст. 12-1 з назвою «Повноваження рад міських, селищних та сільських територіальних громад у галузі земельних відносин» такого змісту:

«Стаття 12-1. Повноваження рад міських, селищних та сільських територіальних громад у галузі земельних відносин

До повноважень рад міських, селищних та сільських територіальних громад у галузі земельних відносин на їх території належить:

- а) розпорядження землями територіальних громад;
- б) передача земельних ділянок комунальної власності у власність громадян та юридичних осіб відповідно до цього Кодексу;
- в) надання земельних ділянок у користування із земель комунальної власності відповідно до цього Кодексу;
- г) вилучення земельних ділянок із земель комунальної власності відповідно до цього Кодексу;
- г) викуп земельних ділянок приватної власності для суспільних потреб відповідних територіальних громад;
- д) організація землеустрою;
- е) координація діяльності місцевих органів земельних ресурсів;
- є) здійснення контролю за використанням та охороною земель комунальної власності, додержанням земельного та екологічного законодавства;
- ж) обмеження, тимчасова заборона (зупинення) використання земель громадянами і юридичними особами у разі порушення ними вимог земельного законодавства;
- з) підготовка висновків щодо вилучення (викупу) та надання земельних ділянок відповідно до цього Кодексу;
- и) встановлення та зміна меж районів у містах з районним поділом;
- і) інформування населення щодо вилучення (викупу), надання земельних ділянок;
- ї) вирішення земельних спорів;
- й) вирішення інших питань у галузі земельних відносин відповідно до закону.

До повноважень виконавчих органів рад міських, селищних та сільських територіальних громад у галузі земельних відносин на їх території належать:

- 1) надання відомостей з Державного земельного кадастру відповідно до закону;
- 2) вирішення інших питань у галузі земельних відносин відповідно до закону».

Підсумовуючи, слід зазначити, що в Україні спостерігається відставання законодавчої бази розвитку об'єднаних територіальних громад від темпів їх формування. Певною мірою таке відставання може бути скорочене з прийняттям Верховною Радою України Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розширення повноважень органів місцевого самоврядування з управління земельними ресурсами та посилення державного контролю за використанням і охороною земель» за умови його істотного доопрацювання.

<sup>1</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розширення повноважень органів місцевого самоврядування з управління земельними ресурсами та посилення державного контролю за використанням і охороною земель : проект Закону України від 31 березня 2016 р. № 4355 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=58610](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58610)

<sup>2</sup> Конституція Української Народної Республіки (Статут про державний устрій, права і вільності УНР) від 29 квітня 1918 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0002300-18>

<sup>3</sup> Право землепользования в СССР и его виды / отв. ред. Г. А. Аксенов, Н. И. Краснов. – М. : Юрид. лит-ра, 1964. – С. 200–225; Общая теория советского земельного права / отв. ред. Г. А. Аксенов, И. А. Иконичкая, Н. И. Краснов. – М. : Наука, 1983. – С. 209–225.

<sup>4</sup> Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97 // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

<sup>5</sup> Єдина комплексна стратегія розвитку сільського господарства та сільських територій на 2015–2020 роки : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://minagro.gov.ua/node/16025>

<sup>6</sup> Там само.

<sup>7</sup> Про схвалення Концепції реформи місцевого самоврядування: розпорядження Кабінету Міністрів України від 29 липня 2009 р. № 900-р // Офіційний вісник України. – 2009. – № 60. – Ст. 2130.

<sup>8</sup> Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні Кабінет Міністрів України: розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р // Урядовий кур'єр. – 2014. – № 67.

<sup>9</sup> Про затвердження плану заходів щодо реалізації Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні : розпорядження Кабінету Міністрів України від 18 червня 2014 р. № 591-р // Урядовий кур'єр. – 2014. – № 13.

<sup>10</sup> Про добровільне об'єднання територіальних громад : Закон України від 5 лютого 2015 р. № 157-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 13. – Ст. 9.

<sup>11</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розширення повноважень органів місцевого самоврядування з управління земельними ресурсами та посилення державного контролю за використанням і охороною земель : проект Закону України від 31 березня 2016 р. № 4355 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=58610](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58610)

<sup>12</sup> Децентралізація як основний інструмент реформування державного управління в країнах Центрально-Східної Європи (на прикладі Словацької республіки та республіки Польща) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc\\_gum/Ardup/2011\\_2/2-5-20.pdf](http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Ardup/2011_2/2-5-20.pdf)

### Резюме

**Кулинич А. П. Правові аспекти розширення повноважень органів місцевого самоврядування щодо розпорядження землями в умовах децентралізації влади.**

У статті досліджено ключові питання розширення повноважень органів місцевого самоврядування щодо розпорядження землями у зв'язку з проведенням реформи децентралізації влади. Автор розкриває мету та завдання розширення повноважень органів місцевого самоврядування щодо розпорядження землями та надає пропозиції законодавчого вдосконалення для ефективної реалізації реформи.

**Ключові слова:** децентралізація, об'єднані територіальні громади, органи місцевого самоврядування, землі державної власності.

### Резюме

**Кулинич А. П. Правовые аспекты расширения полномочий органов местного самоуправления по распоряжению землями в условиях децентрализации власти.**

В статье исследованы ключевые вопросы расширения полномочий органов местного самоуправления по распоряжению землями в связи с проведением реформы децентрализации власти. Автор раскрывает цели и задачи расширения полномочий органов местного самоуправления по распоряжению землями и представляет предложения законодательного совершенствования для эффективной реализации реформы.

**Ключевые слова:** децентрализация, объединенные территориальные общины, органы местного самоуправления, земли государственной собственности.

### Summary

**Kulynych A. Legal aspects of empowerment of local authorities regarding land disposal in the context of power decentralization.**

Key issues of local government's empowerment under land disposal are shown through the power decentralization reform. The author reveals purpose and objectives of local government's empowerment under land disposal and provides legislative proposals of reform effective implementation improving.

**Key words:** decentralization, united local communities, local governments, land state property.

УДК 343.353.1

**В. В. ШАБЛИСТИЙ**

*Володимир Вікторович Шаблистий, доктор юридичних наук, доцент, професор Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

### **БЕЗВІДПОВІДАЛЬНІ ЗЛОВЖИВАННЯ ТА ПЕРЕВИЩЕННЯ ВЛАДИ, СЛУЖБОВА НЕДБАЛІСТЬ: ЩО ДАЛІ?**

Конституція України у ч. 2 ст. 6 проголосила, що органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України. Таке положення Основного Закону однозначно зобов'язує всіх без винятку осіб, які перебувають на повному чи частковому державному забезпеченні, діяти лише так, як записано у відповідному нормативно-правовому акті. Звичайно, подібна іділія є певною мірою утопічною, оскільки у будь-яку історичну епоху розвитку людства певні «державні мужі» намагаються та діють всупереч інтересам служби з метою одержання будь-яких додаткових привілеїв, переваг, неправомірної винагороди. Крім дещо заідеологізованої високої правової культури «чиновників» та дещо притупленої нетерпимості населення до корупційних проявів, справжньою перепороною для корупції стало вітчизняне законодавство, що знаходиться у стані постійного пошуку оптимального стану.

Так, відповідно до закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції»<sup>1</sup>, за вчинення корупційних правопорушень передбачено чотири види юридичної відповідальності (альтернативних, до речі, тобто як всі одразу, так і один вид окремо):

- 1) цивільно-правова;
- 2) дисциплінарна;
- 3) адміністративна;
- 4) кримінальна.

Одразу зазначу, що найбільше проблем виникає при притягненні винуватих осіб саме до кримінальної відповідальності за корупційні злочини та злочини, пов'язані із корупцією.

Поняття корупційного злочину у якості примітки до ст. 45 Кримінального кодексу (далі – КК) України (у самій статті вказано, що за жодних умов звільнення від кримінальної відповідальності не можливе у випадку вчинення корупційного злочину) – корупційними злочинами відповідно до цього Кодексу вважаються злочини, 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<sup>1</sup>, 365<sup>2</sup>, 368-369<sup>2</sup> цього Кодексу. Не критикуючи зайвий раз таке «поняття» корупційних злочинів, слід вказати на парадоксальну ситуацію – за чотири корупційні злочини та один, пов'язаний із корупцією, наче б то відповідальність передбачена, проте реалізувати її неможливо.

Мова йде про прийняття у травні 2014 р. закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України»<sup>2</sup>, яким, серед всього іншого, внесено зміни та доповнення до ст. 364 КК України в частині розуміння істотної шкоди у виключно матеріальному значенні:

*3. Істотною шкодою у статтях 364, 364<sup>1</sup>, 365, 365<sup>2</sup>, 367 вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (далі – н.м.д.г.).*

*4. Тяжкими наслідками у статтях 364–367 вважаються такі наслідки, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують н.м.д.г.*

У висновку Головного науково-експертного управління Верховної ради України щодо тоді ще законопроекту не знайшлося місця критики таких змін, а пояснювальна записка, серед всього іншого, виділяється тим, що подібні зміни не потребують проведення консультацій із громадськістю<sup>3</sup>.

В. О. Навроцький з цього приводу зазначає, що хоча в пунктах 3 та 4 примітки до ст. 364 КК України йдеться про розмір шкоди, кратний н.м.д.г., який має грошову оцінку, це зовсім не означає, що кримінальна



відповідальність за зловживання владою настає лише в разі заподіяння матеріальної шкоди. Наслідки нематеріального характеру – пов'язані із заподіянням шкоди соціального, політичного, морального, організаційного та іншого характеру – не мають грошової оцінки. Відповідно, неможливо визначити еквіваленту такої шкоди в одиницях, кратних н.м.д.г. Відтак, щодо вказаних у примітці статей КК України та інших про злочини у сфері службової діяльності, на які поширюється роз'яснення поняття істотної шкоди та тяжких наслідків, проблематично встановити і зміст наслідків нематеріального характеру, і саму наявність таких наслідків у розумінні, яке їм надає КК України. Винятком може бути хіба що врахування похідних наслідків заподіяння певної шкоди. Тому напрошується загальний висновок: як істотна шкода чи тяжкі наслідки може враховуватися будь-яка за характером шкода, якщо вона піддається грошовій оцінці та відповідно до такої оцінки досягла встановленого розміру<sup>4</sup>.

О. В. Кришевич та А. В. Савченко буквально розуміють нові примітки 3 та 4 до ст. 364 КК України та зазначають, що виходячи зі змісту визначення цієї ознаки (істотної шкоди) і зважаючи на те, що її не диференційовано в кримінальному законі, як це було раніше, на ту, яка полягає в заподіянні матеріальних збитків, і ту, яка має нематеріальний вимір, слід зробити висновок, що істотна шкода має виключно майновий характер. Остання включає в себе: 1) втрати, яких особа зазнала внаслідок знищення або пошкодження речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було реально порушено (упущена вигода). Розмір грошового відшкодування моральної шкоди не може включатись у зміст істотної шкоди (так само й тяжких наслідків)<sup>5</sup>.

Тут має місце буквально та, на жаль, єдине правильне розуміння «букви закону» – немає матеріальної шкоди, немає ні зловживання владою, ні її перевищення, ні службової недбалості.

На протигагу цьому В. І. Тютюгін вважає, що в пунктах 3 і 4 примітки до ст. 364 КК України законодавче визначення істотної шкоди і тяжких наслідків розкривається лише стосовно тих випадків, коли ці наслідки пов'язані із заподіянням матеріальних збитків. Але це зовсім не означає, що ці злочини не можуть спричинити і наслідки нематеріального характеру. Можливість спричинення останніх прямо впливає зі змісту диспозицій ч. 1 ст.ст. 364, 364<sup>1</sup>, 365, 365<sup>2</sup> і 367 КК України, у яких наслідки визначаються як заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. Отже, такі наслідки не можуть обмежуватись спричиненням лише матеріальних збитків, бо зазначені в законі відповідні права, свободи та інтереси не можуть бути зведені тільки до суто майнових, і тому шкода може бути визнана істотною, якщо порушуються не тільки майнові, а й інші, наприклад, основні конституційні права і свободи людини і громадянина (право на життя, здоров'я, особисту безпеку і недоторканість, виборчі, трудові, житлові права тощо).

Таким чином, положення, викладені у п.п. 3 і 4 примітки до ст. 364 КК України, поширюються далеко не на всі випадки спричинення істотної шкоди чи тяжких наслідків, а стосуються лише тих із них, які полягають у заподіянні матеріальних збитків. Інакше кажучи, у зазначених пунктах примітки зміст тих наслідків, які можуть бути спричинені у разі вчинення злочинів, передбачених ст.ст. 364, 364<sup>1</sup>, 365, 365<sup>2</sup> і 367 КК України, розкриваються далеко не в повному обсязі. У тих випадках, коли такі наслідки полягають у заподіянні майнової шкоди і, отже, можуть бути піддані грошовій оцінці, закон (п.п. 3 і 4 примітки до ст. 364 КК України) чітко визначає обсяг такої шкоди, використовуючи для цього такий формалізований кількісний показник (критерій), як розмір н.м.д.г. Якщо ж при вчиненні цих злочинів спричиняється немайнава шкода, яка має оціночний характер і тому не може бути визначена за допомогою чітких кількісних (формалізованих) критеріїв, питання про визнання такої шкоди істотною чи наслідків тяжкими вирішується судом вже не на підставі пп. 3 і 4 примітки до ст. 364 КК України, а в кожному окремому випадку з урахуванням обставин конкретного кримінального провадження.

Таким чином, істотна шкода, як злочинний результат вчинення цих діянь:

- а) може полягати в заподіянні матеріальних збитків чи
- б) виражатися в наслідках тільки нематеріального характеру або
- в) поєднувати в собі наслідки як матеріального, так і нематеріального характеру.

Питання про істотність шкоди, яка полягає в заподіянні наслідків нематеріального характеру, вирішується в кожному окремому випадку з урахуванням обставин конкретного кримінального провадження, бо в таких ситуаціях істотна шкода є оціночним поняттям. При вирішенні цього питання потрібно враховувати ступінь негативного впливу протиправного діяння на нормальну діяльність органів державної влади, місцевого самоврядування, громадських об'єднань, підприємств, організацій, установ, які належать до юридичних осіб публічного або приватного права; характер завданої нематеріальної шкоди; кількість потерпілих фізичних чи юридичних осіб; розмір моральної, організаційної шкоди тощо<sup>6</sup>.

О. О. Дудоров та Г. М. Зеленов визначили зміст кримінально-правових понять «істотна шкода» і «тяжкі наслідки» як ознак складів злочинів, передбачених ст.ст. 364, 364<sup>1</sup>, 365, 365<sup>2</sup>, 366, 367 КК України. На підставі аналізу висловлених у юридичній літературі підходів встановили, що внаслідок законодавчих змін від 13 травня 2014 р. сферу застосування зазначених кримінально-правових заборон обмежено. При цьому вони обстоюють положення про те, що поняттями істотної шкоди і тяжких наслідків із погляду кримінальної відповідальності за службові злочини можуть охоплюватися не лише майнові збитки, а й інші суспільно небезпечні наслідки – за умови, що відновлення порушених прав, свобод чи законних інтересів фізичних і юридичних осіб, держави або територіальної громади пов'язане з понесенням ними майнових втрат у відповідних розмірах<sup>7</sup>.

Думається, що вчені намагаються виправдати безглузде рішення законодавця. Разом із тим, Верховний Суд України дав однозначну відповідь, керуючись принципом верховенства закону, хоча міг би і застосувати верховенство права (про це зазначу далі).

Так, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України у своїй Постанові від 27 жовтня 2016 р. вказала, що диспозиція частини першої ст. 364 і частини першої ст. 365 КК України, якими передбачено відповідальність за заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або громадським чи державним інтересам, чи інтересам юридичних осіб, може становити не лише майнову шкоду, а й включати прояви немайнової шкоди, але тільки ті, які можуть одержати майнове відшкодування (як істотна шкода може враховуватися будь-яка за характером шкода, якщо вона піддається грошовій оцінці та відповідно до такої оцінки досягла встановленого розміру). Таким проявом немайнової шкоди, який міг би бути інкримінований засудженим А. та Б. за частиною першою ст. 365 КК України як заподіяння істотної шкоди (за ознакою підризу авторитету правоохоронних органів), є позбавлення Г. права на свободу пересування протягом 4 годин, якби наслідки цього заподіяння досягли б розміру, що у 100 (сто) і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Так, за конкретних обставин справи, наслідки нематеріального характеру, які піддаються грошовій оцінці (реальна шкода) та відповідно до такої оцінки досягли встановленого розміру («істотної шкоди» чи «тяжких наслідків») із заподіянням шкоди охоронюваних Конституцією України чи іншими законами прав та свобод людини і громадянина (соціального, політичного, морального, організаційного чи, іншого характеру), можуть бути із: спричинення фізичної шкоди – витрати на лікування чи протезування потерпілої особи; порушення законних прав та інтересів громадян – витрати на відновлення таких прав (виплати незаконно взятому під варту чи ув'язненому або незаконно звільненому з роботи чи навчання, відшкодування за невиконання судового рішення, компенсацію шкоди від поширення відомостей, які ганьблять особу тощо); політичної шкоди (витрати на проведення нових виборів та заходів антитерористичного характеру тощо); організаційної шкоди (витрати на відновлення роботи установи).

При цьому Суд вважає, що у вироку (ухвалі) має бути чітко встановлено й доведено, що саме вчинення того чи іншого службового злочину стало причиною відповідних наслідків. Обчислення їх розміру також має бути належним чином підтверджено (у т.ч. цивільним позовом, як підтвердження факту та розміру реальної майнової шкоди) та не викликати сумнівів<sup>8</sup>.

Отже, тільки прямі матеріальні збитки або нематеріальні, проте матеріально обчисленні. Однозначно заподіяння легких тілесних ушкоджень при перевищенні влади нереально матеріально обчислити на відповідні розміри. У зв'язку із цим злочин є, а відповідальність кримінальна може настати лише в разі подання заяви у справах так званого приватного обвинувачення. По факту – декриміналізація значної частини злочинів у сфері службової діяльності та діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.

Всім відома ч. 5 підрозділу 1 Розділу XX «Прикінцеві та перехідні положення» Податкового кодексу України «якщо норми інших законів містять посилання на н.м.д.г., то для цілей їх застосування використовується сума в розмірі 17 гривень, крім норм адміністративного та кримінального законодавства в частині кваліфікації адміністративних або кримінальних правопорушень, для яких сума н.м.д.г. встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, визначеної підпунктом 169.1.1 п.169.1 ст.169 розділу IV цього Кодексу для відповідного року 169.1.1. (сума податкової соціальної пільги у розмірі, що дорівнює 50 відсоткам розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленому законом на 1 січня звітного податкового року, – для будь-якого платника податку»<sup>9</sup>.

У ст. 7 Закону України «Про державний бюджет»<sup>10</sup> вказано, що з 01 січня 2017 р. прожитковий мінімум для працездатних осіб становить 1600 гривень.

Отже, для цілей застосування норм адміністративного та кримінального законодавства в частині кваліфікації адміністративних правопорушень або злочинів використовується сума в розмірі 800 гривень, що є половиною прожиткового мінімуму для працездатних осіб на 2017 рік, н.м.д.г. у тому числі для визначення розміру істотної шкоди та тяжких наслідків у значенні примітки 3 та 4 до ст. 363 КК України. Звідси, істотна шкода для ст.ст. 364, 364<sup>1</sup>, 365, 365<sup>2</sup>, 367 КК України – 80 тис. грн, тяжкі наслідки для ст.ст. 364–367 КК України – 200 тис. гривень.

Аргументи, наведені О. О. Дудоровим, Г. М. Зеленовим, В. О. Навроцьким та В. І. Тютюгіним та іншими вченими, є цілком слушними та могли бути реалізовані Верховним судом України, керуючись наступним.

02 травня 2016 р. Верховна Рада України прийняла два закони: «Про статус суддів та судоустрій»<sup>11</sup> та «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)»<sup>12</sup>.

Нова редакція ст. 129 Конституції України: «Суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права» є співзвучною зі ст. 2 нового Закону «Про статус суддів та судоустрій»: Завдання суду. 1. Суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Стаття 129 Конституції України до цього передбачала, що судді при здійсненні правосуддя незалежні й підкоряються лише закону, тобто тут йшлося про верховенство закону, у вказаних змінах – про верховенство права.

У 2004 р. Конституційний Суд України розтлумачив принцип верховенства права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну

діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. 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 якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України<sup>13</sup>.

Суддя Конституційного Суду України В. І. Іващенко не погодився із цим та вважає, що із сформульованого в наведеному рішенні визначення принципу верховенства права впливає можливість протиставлення законодавства і таких «соціальних регуляторів», як норми моралі, традиції, звичаї тощо. При цьому в разі колізії норм законів і цих «регуляторів» пріоритет надається останнім, оскільки закон «іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи»<sup>14</sup>.

Отже, принцип верховенства права став ключовим при здійсненні правосуддя, що надає суду по суті необмежені дискреційні повноваження, оскільки вони тепер можуть керуватися і неписаними правилами, що було неможливим при дії принципу законності.

На мою думку, таке рішення законодавця є передчасним, проте дає право суду враховувати і нематеріальні збитки від службових злочинів, оскільки закони мають бути соціально справедливими. Традиції та звичаї українського народу однозначно вимагають адекватної реакції держави на заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб службовими зловживаннями, перевищенням влади або службовою недбалістю та ін. Лише час покаже, чи реалізує певний суд принцип верховенства права у наведеному випадку.

Слід звернути увагу на той факт, що ч. 2 ст. 365 КК України передбачає відповідальність за перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу як дії, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони супроводжувалися насильством або погрозою застосування насильства, застосуванням зброї чи спеціальних засобів або болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями, за відсутності ознак катування.

На думку окремих вчених та практиків, такий склад злочину є формальним та не охоплює істотну шкоду як обов'язкову ознаку цього злочину, оскільки починається словами «ті самі дії...». Про хибність такого твердження свідчить розпочата реалізація принципу верховенства права навіть при відсутності вказівки на нього. Йдеться про наступне.

Так, Артемівський міськрайонний суд Донецької області 27 жовтня 2016 р. визнав винуватим двох осіб у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 365 КК України та зазначив, що в результаті перевищення А. і Б. службових повноважень, яке супроводжувалось застосуванням насильства, С. було спричинено забій м'яких тканин правої надбрівної дуги, який відноситься до легких тілесних ушкоджень, порушено гарантовані Конституцією України права С. на свободу, на повагу до його гідності і недоторканості, що є істотною шкодою (курсив мій – *В.Ш.*) для охоронюваних законом прав та інтересів С., та підірвано авторитет органу державної влади – Артемівського міськвідділу (з обслуговування м. Артемівська та Артемівського району) ГУ МВС України в Донецькій області<sup>15</sup>.

Рішення суду в наведеному випадку є незаконним, оскільки істотна шкода не обчислена матеріально та однозначно не досягає 80 тис. гривень. Якби було посилення на вказане рішення Конституційного суду України щодо тлумачення принципу верховенства права, тоді б і згадану Постановою Верховного Суду України можна було б покритикувати.

Подібних рішень чимало: за даними Держаної судової адміністрації України, протягом 2015 р. за ч. 2 ст. 365 КК України засуджено 35 осіб, за ч. 1–5, за ч. 3–2; тоді як за перше півріччя 2016 р. всього лише 9 осіб, з яких 3 – за ч. 2 ст. 365 КК України. Більш того, до 2013 р. (фактично до вказаних змін) за ст.ст. 364–367 КК України щороку засуджувалось близько 1000 осіб, з яких більше третини – за службову недбалість. Нині за вказаними статтями кількість засуджених становить декілька десятків на рік. Фактично небезпечна поведінка службових осіб залишилася поза межами запобіжної дії кримінального закону.

Таким чином, постійно оновлювана політика в сфері боротьби з корупцією призвела до декриміналізації значної частини злочинів у сфері службової діяльності, що можна характеризувати крилатим висловом М. І. Бажанова як «дрімуче юридичне невігластво». Як можна виміряти матеріально, наприклад, декількогодинне тримання підозрюваного прикутим до батареї у приміщенні відділу поліції мінімум на 80 тис. грн? Як виміряти у грошовому еквіваленті мінімум на 80 тис. грн втрачені матеріали по кримінальному провадженню? Відповідь одна – ніяк, тепер це не заборонено, це не злочини. На жаль, таких прикладів можна наводити безліч. Тут навіть принцип верховенства права не допоможе. Безглузді зміни та доповнення до КК України не піддаються жодному поясненню, а тому згадані примітки до ст. 364 КК України потребують однозначних змін.

<sup>1</sup> Про запобігання корупції : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1700-VII // Відомості Верховної Ради України від 05.12.2014. – 2014 р. – № 49. – Стор. 3186. – Ст. 2056.

<sup>2</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України : Закон України від 13 травня 2014 р. № 1261-VII // Відомості Верховної Ради. – 2014. – № 28. – Ст. 937.

<sup>3</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України : Проект Закону [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=50403](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50403)

<sup>4</sup> Настільна книга детектива, прокурора, судді : коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка. – К. : ВД «Дакор», 2016. – С. 198–199. – 496 с.

<sup>5</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д. С. Азаров, В. К. Гришук, А. В. Савченко [та ін.] ; за заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка, В. В. Чернея. – К. : Юрінком Інтер, 2016. – С. 847. – 1064 с.

<sup>6</sup> Кримінальне право України: Особлива частина : підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. ; за ред. проф. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна та ін. – Х. : Право, 2015. – С. 502–503. – 680 с.

<sup>7</sup> Дудоров О. О. Істотна шкода і тяжкі наслідки як ознаки складів злочинів у сфері службової діяльності: проблеми тлумачення кримінального закону / О. О. Дудоров, Г. М. Зеленов // Право України. – 2016. – № 12. – С. 69–81.

<sup>8</sup> Постанова Верховного Суду України від 27 жовтня 2016 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/C77C4F09B0663A29C225806B0056B5AA](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/C77C4F09B0663A29C225806B0056B5AA)

<sup>9</sup> Податковий кодекс України від 02 грудня 2010 року № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13–14, № 15–16, № 17. – Ст. 112.

<sup>10</sup> Про державний бюджет України : Закон України від 21 грудня 2016 року № 1801-VIII // Голос України від 27.12.2016. – № 248.

<sup>11</sup> Про статус суддів та судоустрій : Закон України № 1386-VIII від 31.05.2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=59259](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59259)

<sup>12</sup> Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України № 974-VIII від 03.02.2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=57209](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57209)

<sup>13</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02 листопада 2004 року № 15-рп/2004 // Урядовий кур'єр. – 2004. – № 219.

<sup>14</sup> Там само.

<sup>15</sup> Матеріали Єдиного державного реєстру судових рішень : Справа № 219/8414/2013-к : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62271356>

#### Резюме

##### **Шаблюстий В. В. Безвідповідальні зловживання та перевищення влади, службова недбалість: що далі?**

У статті акцентується увага на непотрібному внесенні змін та доповнень до кримінального законодавства на прикладі декриміналізації значної частини злочинів у сфері службової діяльності та діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг. Робиться висновок про те, що наслідки як ознака злочинів, передбачених ст.ст. 364–367 КК України, мають носити виключно матеріальний характер, а нематеріальні – можливо враховувати у випадку реалізації судами розширеного значення принципу верховенства права і то у сугубо теоретичній площині.

**Ключові слова:** злочин, склад злочину, істотна шкода, покарання, авторитет держави, службова діяльність, перевищення та зловживання владою, верховенство права.

#### Резюме

##### **Шаблюстий В. В. Безответственные злоупотребления и превышения власти, служебная халатность: что дальше?**

В статье акцентируется внимание на ненужном внесении изменений и дополнений в уголовное законодательство на примере декриминализации значительной части преступлений в сфере служебной деятельности и деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг. Делается вывод о том, что последствия как признак преступлений, предусмотренных ст.ст. 364–367 УК Украины, должны носить исключительно материальный характер, а нематериальные – возможно учитывать в случае реализации судами расширенного значения принципа верховенства права и то в чисто теоретической плоскости.

**Ключевые слова:** преступление, состав преступления, существенный вред, наказание, авторитет государства, служебная деятельность, превышение и злоупотребление властью, верховенство права.

#### Summary

##### **Shablysty V. Irresponsible abuse and excess of powers, negligence, what's next?**

The article focuses on unnecessary amending the criminal law on the example of decriminalization of significant part of crimes in the area of official duties and activities associated with the provision of public services. The author has concluded that consequences of a sign of crimes under articles 364–367 of the Criminal Code of Ukraine shall be exclusively financial in nature, and intangible – might consider in the case of realization by courts of expanded meaning of the principle of the rule of law, even in purely theoretical terms.

**Key words:** crime, corpus delicti, substantial harm, punishment, authority of the state, official activity, excess and abuse of power, the rule of law.



**П. Д. БІЛЕНЧУК, Т. В. ОБІХОД**

*Петро Дмитрович Біленчук, професор Київського університету права НАН України*

*Тетяна Вікторівна Обіход, старший науковий співробітник Інституту ядерних досліджень НАН України*

## **ПРАВОВЕ І КРИМІНАЛІСТИЧНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРОТИДІЇ ЯДЕРНОМУ ТЕРОРИЗМУ**

Потенційна загроза ядерного тероризму багато десятиліть є предметом спеціального системного наукового аналізу. Під ядерним тероризмом слід розуміти розкрадання або придбання радіоактивного матеріалу, напад або диверсію на ядерних енергетичних установках. Всі ці види ядерної загрози реальні, заслуговують уваги і вимагають залучення значних ресурсів для зменшення їх наслідків.

**Мета статті** полягає не тільки в аналізі проблем ядерної безпеки в сучасному світі, а й у аналізі стратегії забезпечення ядерної безпеки в міжнародному та національному правових просторах.

Сучасний переділ світу, коли сили міжнародного терору використовуються як таран для руйнування існуючих структур, підвищує роль міжнародного тероризму як інструменту міжнародної політики. Але треба усвідомлювати той факт, що подальше широкомасштабне використання зброї, тим більше застосування ядерної зброї в сучасних війнах, веде до глобальної катастрофи, загибелі цивілізації і навколишнього середовища. Ці застереження є особливо актуальними для країн колишнього Радянського Союзу, де за свідченнями Кеннета Фейрфакса (книга «Мертва рука»<sup>1</sup>), який відповідав за сектор навколишнього середовища, науки і технологій в американському посольстві в Москві, російські ядерні матеріали розкидані по всій країні і погано охороняються.

Основними чинниками, які пов'язані з незаконним обігом і поширенням ЯР-матеріалів і ядерних технологій, є соціально-політичні, економічні і організаційні:

– закінчення періоду «холодної війни», розпад СРСР і Варшавського Договору призвели до руйнування стабільних глобальних і регіональних структур міжнародної безпеки;

– підвищення ролі ядерної зброї як головного елемента національних стратегій безпеки ядерних держав;

– зміни геополітичної ситуації у світі призвели до значного зростання амбіцій радикального крила ісламських фундаменталістських угруповань;

– світовий ринок ядерних матеріалів і технологій, який обіцяє мільярдні прибутки, став ареною жорстокої конкуренції експортерів;

– поява великої кількості ядерного матеріалу в результаті скорочення ядерних озброєнь і велика кількість неконтрольованих джерел іонізуючого випромінювання (далі – ДІВ), які утворились після розпаду СРСР і використовувались у народному господарстві, медицині, військовій галузі та ін.;

– розпад і занепад державної системи контролю за ДІВ;

– утворення й структурування міжнародної інтернаціональної «ядерної мафії» з розвиненим «чорним ринком» ядерних, радіаційних матеріалів і технологій, добре організованою структурною організацією з надвисокими прибутками;

– відкритість значної частини державного кордону з країнами колишнього СРСР, що сприяє залученню України як транспортного коридору у сферу інтересів міжнародної ядерної мафії.

Існуюча сьогодні тенденція свідчить про неухильне зростання інцидентів з неправомірними діями з ЯР-матеріалами та ДІВ. Станом на 31 грудня 2005 р. було відомо 827 підтверджених інцидентів, з яких 224 – інциденти з ядерними матеріалами (уран U, високозбагачений уран ВЗУ, низькозбагачений уран НЗУ, плутоній Pu), 516 – інциденти з радіоактивними матеріалами (226Ra, 192Ir, 60Co, 90Sr, 241Am, 137Cs), 26 – інциденти з ядерними та іншими радіоактивними матеріалами (індустріальні та медичні ДІВ), 50 – інциденти з радіоактивно забрудненим матеріалом, 11 – інциденти з іншими радіоактивними джерелами.

Оскільки Україна є транзитною державою, вона знаходиться у сфері інтересів контрабандистських груп із незаконного обігу ЯР-матеріалів. Із травня 2002 р. по січень 2005 р. було зафіксовано дев'ять інцидентів з ЯР-матеріалами (табл. 1).

Згідно з даними МАГАТЕ<sup>2,3</sup> у 1993–2012 рр. відбулося 419 інцидентів, пов'язаних з незаконним володінням, переміщенням або спробою продажу ядерних та інших радіоактивних матеріалів, 16 з яких були пов'язані з ураном високого збагачення і плутонієм.

Таблиця 1. Інциденти з ЯР-матеріалами в 2002–2005 рр.

Країна	Число інцидентів	Число радіаційних об'єктів	Країна	Число інцидентів	Число радіаційних об'єктів
Україна	9	33	Франція	1	1
Росія	7	38	Кенія	1	3
Грузія	5	15	Намібія	1	3
Білорусь	3	30	Португалія	1	4
Казахстан	2	лиш	Південна Африка	1	5
Індія	2	4	Танзанія	1	4
Таджикистан	2	6	Таїланд	1	7
Болгарія	1	3	Туреччина	1	2ш
Конго	1	1			

Розподіл інцидентів, пов'язаних зі спробами застосування ядерних та радіоактивних матеріалів у кримінальних та терористичних цілях представлено діаграмою (рис. 1), наведеною нижче.

## Кількість випадків

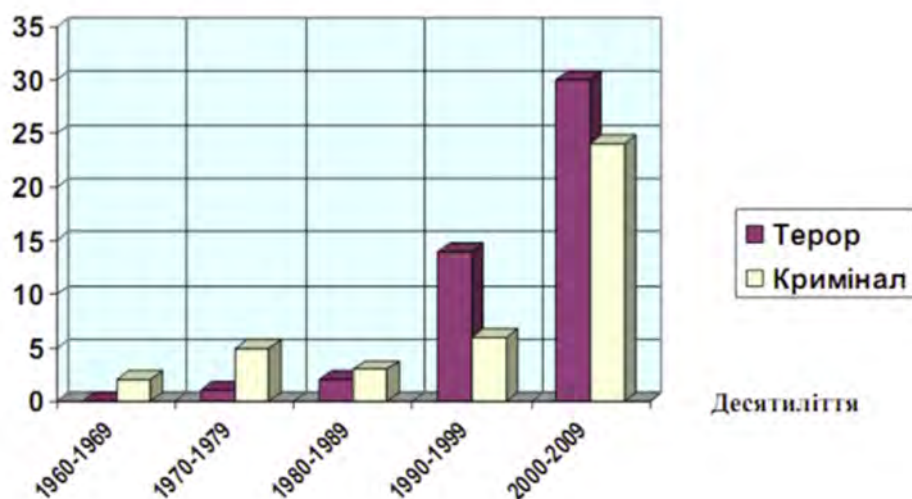


Рис. 1. Кількість інцидентів, пов'язаних зі спробами застосування ядерних та радіоактивних матеріалів у кримінальних та терористичних цілях у 1960–2009 рр.<sup>4</sup>

Надійним джерелом інформації, аналізу випадків незаконного обігу та інших несанкціонованих дій з незаконним обігом ЯР-матеріалів є база даних МАГАТЕ (ITDB—Illicit Trafficking Database), що ведеться за Програмою підвищення ядерної безпеки з 1995 року. У базі ITDB є дані про інциденти з незаконного придбання, володіння, використання, переміщення ядерних та інших радіоактивних матеріалів, а також про навмисне або ненавмисне транспортування їх через міжнародні кордони. З точки зору гармонізації підходу України з підходами ЄС у сфері протидії ядерному тероризму заслуговує на увагу доповідь представника Директорату внутрішніх справ Європейської Комісії Аве Пума (Ave Room), присвячена напрямку протидії ядерному та радіаційному тероризму в Плані дій ЄС на період з 2010 р. по 2015 р. щодо загроз тероризму з використанням хімічних, біологічних, ядерних та радіоактивних матеріалів, період виконання якого визначено. Планом передбачено виконання 124 заходів за основними напрямками діяльності у цій сфері: запобігання інцидентам; виявлення відповідних матеріалів у незаконному обігу; підготовка та тренування до реагування; реагування на інциденти зі згаданими матеріалами. В Указі Президента України «Про затвердження Річної національної програми співробітництва Україна – НАТО на 2016 рік» вказано, що пріоритетами забезпечення енергетичної безпеки України є диверсифікація джерел і маршрутів енергопостачання, подолання залежності від Російської Федерації у постачанні енергетичних ресурсів і технологій, розвиток відновлюваної та ядерної енергетики з урахуванням пріоритетності завдань екологічної, ядерної та радіаційної безпеки.

Пошуки нових інструментів співробітництва задля підвищення рівня міжнародної безпеки привели до створення глобальних самітів з фізичної ядерної безпеки, проведення яких розпочалося у 2010 р. за ініціатииви США. Саміти – у Вашингтоні (2010 р.), Сеулі (2012 р.), Гаазі (2014 р.)<sup>5</sup> вже відійшли в історію. В 2016 р. відбувся саміт у Вашингтоні, під час якого зазначалося, що кількість країн із високозбагаченим ураном і плутонієм зменшилася з 35 до 24. Уявлення про масштаби проблеми дає «індекс безпеки ядерних матеріалів», складений неурядовою організацією «Ініціатива щодо запобігання ядерної загрози» (Nuclear-

ThreatInitiative, NTI). Україна у міжнародному рейтингу – NTI індексі фізичної безпеки ядерних матеріалів<sup>6</sup> – перейшла до більш «безпечної» частини списку, посівши там 23 сходинку (разом з ОАЕ) із 151 країн, в яких було проведено оцінку стану фізичної ядерної безпеки.

За допомогою Міжнародного агентства з атомної енергії (МАГАТЕ) та Організації Об'єднаних Націй, Ради Безпеки ООН, ЄС було запропоновано заходи щодо безпеки ядерного матеріалу, запобігання використанню високоактивних радіоактивних джерел у злочинних цілях. Констатуючи достатність конструкції міжнародного та національного ядерного права, що регламентує діяльність з радіоактивними матеріалами, необхідно підкреслити запізнилу реакцію національних та міжнародних правових інститутів з питань процесуального і криміналістичного забезпечення протидії законам, пов'язаним із незаконною діяльністю з радіоактивними матеріалами.

Останнім часом порушується питання про застосування при судових дослідженнях у справах з ядерної злочинності нових ядерно-фізичних методик в окремих ядерних судових лабораторіях. Введення їх у практику криміналістичних досліджень є актуальним завданням для судової експертизи і подальшого розвитку національного процесуального законодавства та криміналістики.

Проблеми забезпечення ядерної безпеки в міжнародному та національному правових просторах були об'єктами уваги низки наукових досліджень. Серед них відомі вітчизняні вчені радянських часів Ю. М. Бурмистенко, М. А. Ваганів, О. О. Ейсман, А. Г. Зеленков, Б. Р. Киричинський, В. Ф. Козлов, М. М. Комочков, В. А. Лукницький, У. Я. Маргуліс, В. М. Мішарі, Р. Ю. Парик, М. А. Селіванов, О. А. Супатаєва, М. В. Терзієв, В. В. Циркаль, О. Б. Чопорняк та інші, наукові розробки яких залишаються актуальними й дотепер.

Суттєвий внесок у визначення різноманітних форм ядерної злочинності та розроблення проблем і методик їх протидії внесли надбання західних дослідників L. Zaitseva, K. Hand, D. Kaplan, C. Ferguson, R. Baker, J. Medalia, M. Willirch, T. Taylor, M. Bunn, M. Maerli, M. Bremer, L. Koh, M. Kristo, D. Smith, S. Niemeyer, G. Dudder, G. Allison, M. Baradei.

За часів незалежної України вагомі розробки нових методів криміналістичних досліджень, в тому числі в сфері забезпечення радіаційної безпеки та протидії ядерній злочинності, здійснили: Г. І. Балюк, П. Д. Біленчук, В. К. Лисиченко, М. В. Перебитюк, К. В. Плева, Є. В. Шашевський, Ю. С. Шемшученко та ін.

Не зважаючи на наявність розробок у сфері радіаційної безпеки, усі вони не торкалися комплексного криміналістичного дослідження ядерної злочинності. Їм не притаманна єдина систематизація на основі криміналістичних критеріїв. Саме тому здійснення криміналістичного аналізу ядерної злочинності, ядерного тероризму та основних сучасних методик протидії видається нам актуальним і перспективним і потребує детального з'ясування у науково-практичному аспекті.

Результативність виконання науково-дослідної роботи характеризується такими показниками:

1. Ядерне законодавство: Збірник нормативно-правових актів / За ред. Ю. С. Шемшученка. – У 2-х томах: Том 1. – вид. 2-ге, перероб. та допов. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 1999. – 648 с.

2. Ядерне законодавство: Збірник нормативно-правових актів / За ред. Ю. С. Шемшученка. – У 2-х томах: Том 2. – вид. 2-ге, перероб. та допов. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 1999. – 440 с.

3. Ядерна злочинність: поняття, сутність, класифікація, характеристика, шляхи запобігання, протидії, розслідування : монографія / П. Д. Біленчук, А. В. Кофанов, О. Л. Кобилянський, О. В. Маслюк; Київ. нац. ун-т внутр. справ, Міжнар. ун-т криміналістики. – К., 2009. – 88 с.

4. Особливості розслідування злочинів у сфері обігу радіоактивних матеріалів : монографія / П. Д. Біленчук, А. В. Кофанов, О. Л. Кобилянський, О. В. Маслюк; Київ. нац. ун-т внутр. справ, Міжнар. ун-т криміналістики. – К., 2009. – 88 с.

5. Біленчук П. Д., Обіход Т. В. Правове регулювання та національна програма України в галузі ядерної криміналістики // Часопис Київського університету права. – 2016. – № 1. – С. 260–264.

6. Балюк Г. І. Ядерне право України: стан і перспективи розвитку (правові аспекти радіоекології) / Г. І. Балюк. – К.: Юрінком, 1996. – 140 с.

7. Балюк Г. І. Правові аспекти забезпечення ядерної та радіаційної (радіоекологічної) безпеки в Україні: [монографія] / Г. І. Балюк. – К.: Юрінком, 1997. – 196 с.

Особливе місце серед дієвих заходів ядерної безпеки відводиться ядерній криміналістиці.

Ядерна криміналістика – це системний аналіз ізотопних сигнатур, хімічних властивостей і фізичних характеристик ядерного або іншого радіоактивного матеріалу, який проводиться з метою встановлення його походження та історії. Суть цієї науки добре викладено в підручнику К. Н. Мухіна «Занимательная ядерная физика»<sup>7</sup>. Наукові розробки даної науки надають можливість встановити, звідки надійшов ядерний або радіаційно небезпечний матеріал і де він встиг побувати. Ці рекомендації допомагають країнам визначити можливі прогалини в їх ядерній регулюючій інфраструктурі. Для реалізації цієї мети в рамках МАГАТЕ необхідно розширювати подальше міжнародне співробітництво, спрямоване на розширення використання потенціалу традиційної та новітньої ядерної криміналістики, а також розширення використання інноваційних криміналістичних методів, засобів і грид-технологій<sup>8,9</sup>. Ядерна криміналістика дає змогу обійтися без масштабних нових капіталовкладень, оскільки спирається на використання існуючих науково-технічних можливостей відповідної держави, включаючи аналітичні інструментальні засоби, наукові знання та радіологічні установки, які є в операторів ядерних об'єктів, регулюючих органів, відомств, що займаються моніторингом навколишнього середовища, і наукових установ. У даний час МАГАТЕ і його міжнародні партнери розробили міжнародні керівні матеріали щодо проведення ядерної криміналістичної експертизи.

В Україні в галузі ядерної криміналістики працюють Інститут геохімії навколишнього середовища НАН України спільно з Інститутом ядерних досліджень НАН України та Ліверморською національною лабораторією імені Е. Лоуренса (США). Суть їх методу з ядерної криміналістики полягає у встановленні джерел походження ядерних та радіоактивних матеріалів, які незаконно потрапили в обіг внаслідок випадання із заводського циклу та спланованого витоку. Для цілей ядерної криміналістики можуть застосовуватися засоби контролю на основі магнітооптичного методу візуалізації (МОВ)<sup>10</sup>, які розроблені Інститутом електроварювання ім. Є. О. Патона НАН України.

Відомо, що правовий статус забезпечення функціонування державної безпекової системи фізичного захисту визначається Законом України «Про фізичний захист ядерних установок, ядерних матеріалів, радіоактивних відходів, інших джерел іонізуючого випромінювання» (далі – ЗУ «Про фізичний захист») та здійснюється згідно з постановою КМУ від 21 грудня 2011 р. № 1337 «Про затвердження Порядку функціонування державної системи фізичного захисту» (Порядок), та іншими нормативно-правовими актами. Слід зазначити, що важливість розвитку ядерної криміналістики в Україні знайшла своє відображення в Указі Президента України № 73/2013 «Про затвердження Національного плану з реалізації положень Комюніке Сеульського саміту з ядерної безпеки на 2013–2014 роки». Зокрема, постановою КМУ України № 813 від 2 червня 2003 р. на Інститут ядерних досліджень (далі – ІЯД) НАН України покладено виконання функцій головної експертної організації з питань дослідження та визначення характеристик радіоактивних матеріалів, які вилучено із незаконного обігу. В рамках програм ТАСІС і Інструмент для стабільності (ІФС) ІЯД отримав мобільну лабораторію для проведення спеціальних досліджень на місці інциденту та сучасний прецизійний мас-спектрометр з індуктивно-зв'язаною плазмою (ICP-MS) Елемент-2. Водночас, вважаємо, що ряд недоліків щодо реального функціонування державної системи фізичного захисту приводить до необхідності більш детально займатися цим питанням, тобто:

1. Необхідно вводити спеціальні курси «Ядерна безпека», «Засоби і технології запобігання ядерному тероризму», «Розслідування злочинів у сфері обігу радіоактивних матеріалів», «Ядерна криміналістика».

2. Співпрацювати з МАГАТЕ як на науково-технічному рівні (із питань застосування гарантій, рекомендацій щодо технічної підтримки ядерної безпеки на кордоні), так і в правовому полі.

3. Продовжувати реалізацію заходів, визначених оновленою Енергетичною стратегією України на період до 2030 року<sup>11</sup>.

4. Здійснювати забезпечення високого рівня ядерної безпеки на основі прийнятої Комплексної програми підвищеної безпеки енергоблоків АЕС<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> Хоффман Девід. Мёртвая рука. Неизвестная история холодной войны и её опасное наследие / Дэвид Хоффман ; пер. с англ. А. Шириков. – М.: Астрель, 2011. – 736 с.

<sup>2</sup> Долматов Д. О. Методы определения элементарного состава в ядерной криминалистике / Д. О. Долматов // Современные техника и технологии : сб. трудов XX Международной научно-практической конференции студентов, аспирантов и молодых ученых : в 3 т. (г. Томск, 14–18 апреля 2014 г.). – Томск : ТПУ, 2014. – Т. 3. – С. 9–10.

<sup>3</sup> Kenton J. Moody, Ian D. Hutcheon, Patrick M. Grant. Nuclear Forensics Analysis. Taylor & Francis group, 2005.

<sup>4</sup> Тенденції та актуальні проблеми у сфері протидії незаконному обігу ядерних та інших радіоактивних матеріалів, а також ядерному та радіаційному тероризму. – К.: НІСД, 2012. – 27 с.

<sup>5</sup> Офіційний сайт Гаазького саміту : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.nss2014.com/en>

<sup>6</sup> NTI Nuclear Materials Security Index : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ntiindex.org/wp-content/uploads/2014/01/2014-NTI-Index-Report1.pdf>

<sup>7</sup> Мухин К. Н. Занимательная ядерная физика / К. Н. Мухин. – М.: Атомиздат, 1969. – 272 с.

<sup>8</sup> Джонсон Д. Договоры о борьбе с ядерным терроризмом / Д. Джонсон // Бюллетень МАГАТЭ т. 44/1/2002. – С. 4–6.

<sup>9</sup> Энрикес С. ПЕРВЫЙ ВЗНОС НЕ ТРЕБУЕТСЯ! Укрепление потенциала государств в области ядерной криминалистики при меньших затратах / С. Энрикес // Бюллетень МАГАТЭ т. 54/2/2013. – С. 23–24.

<sup>10</sup> Патон Б. Е. Основные направления работ ИС им. Е. О. Патона НАН Украины по совершенствованию неразрушающего контроля сварных соединений / Б. Е. Патон, В. А. Троицкий // Техническая диагностика и неразрушающий контроль. – 2013. – № 4. – С. 13–29.

<sup>11</sup> Недашковский Ю. Стратегия развития и реагирования на текущие вызовы: наши технологии не мог предвидеть даже Станислав Лем / Ю. Недашковский // Энергоатом Украины. – 2015. – № 1 (41). – С. 3–6.

<sup>12</sup> Шумков Е. Безопасность на высшем уровне / Е. Шумков // Энергоатом Украины. – 2015. – № 1 (41). – С. 10–14.

## Резюме

### **Біленчук П. Д., Обіход Т. В. Правове і криміналістичне забезпечення протидії ядерному тероризму.**

Розглянуто сучасні проблеми міжнародного тероризму як інструменту міжнародної політики. Виокремлено основні чинники незаконного обігу та поширення ядерних радіоактивних матеріалів і ядерних технологій. Підкреслено, що надійним джерелом інформації, аналізу випадків незаконного обігу та інших несанкціонованих дій з незаконним обігом ядерних радіоактивних матеріалів є база даних МАГАТЕ. Розглянуто методи і засоби забезпечення ядерної безпеки, які розроблено Інститутом геохімії навколишнього середовища НАН України, Інститутом ядерних досліджень НАН України та Інститутом електроварювання ім. Є. О. Патона НАН України, а також завдання для подальшого зміцнення ядерної безпеки як в Україні, так і на міжнародному рівні.

**Ключові слова:** ядерний тероризм, ядерна криміналістика, міжнародний тероризм, ядерні та радіоактивні матеріали.



Резюме

**Биленчук Д., Обиход Т. В. Правовое и криминалистическое обеспечение противодействия ядерному терроризму.**

Рассмотрены современные проблемы международного терроризма как инструмента международной политики. Выделены основные факторы незаконного оборота и распространения ядерных радиоактивных материалов и ядерных технологий. Подчеркнуто, что надежным источником информации, анализа случаев незаконного оборота и других несанкционированных действий с незаконным оборотом ядерных радиоактивных материалов является база данных МАГАТЭ. Рассмотрены методы и средства обеспечения ядерной безопасности, разработанные Институтом геохимии окружающей среды НАН Украины, Институтом ядерных исследований НАН Украины и Институтом электросварки им. Е. О. Патона НАН Украины, а также задачи для дальнейшего укрепления ядерной безопасности как в Украине, так и на международном уровне.

**Ключевые слова:** ядерный терроризм, ядерная криминалистика, международный терроризм, ядерные и радиоактивные материалы.

Summary

**Bilenchuk P., Obikhod T. Legal and criminalistic support for fighting with nuclear terrorism.**

Definition of nuclear terrorism and the current problems of international terrorism as an instrument of international policy. There are highlighted the basic factors of illicit trafficking and proliferation of nuclear radioactive materials and nuclear technology. It was emphasized that a reliable source of information, analysis of cases of illicit trafficking and other unauthorized activities with nuclear trafficking of radioactive materials is the basis of the IAEA data. The methods and means of ensuring nuclear safety developed by the Institute of Environmental Geochemistry NAS of Ukraine, Institute for Nuclear Research NAS of Ukraine, Paton Institute of Electric Welding NAS of Ukraine and tasks to the further strengthening of nuclear safety in Ukraine and on the international level.

**Key words:** nuclear terrorism, nuclear criminalistic, international terrorism, nuclear and radioactive materials.

УДК 343:14

**К. Ю. БОБРИК**

*Костянтин Юрійович Бобрик, кандидат юридичних наук, науковий співробітник Навчально-наукового інституту № 2 Національної академії внутрішніх справ*

**ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАТЬ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ЗЛОЧИНІВ, ВЧИНЕНИХ ЗЛОЧИННОЮ ОРГАНІЗАЦІЄЮ**

Впровадження сучасних науково-технічних знань і новітніх наукових розробок у правозастосовну діяльність часто не узгоджується з потенційними можливостями розв'язання завдань кримінального судочинства та існуючою системою правового, організаційного й науково-технічного рівня їх застосування при розслідуванні злочинів. У зв'язку з цим використання спеціальних науково-технічних знань в конкретних кримінальних провадженнях має низьку ефективність, що викликає необхідність удосконалення чинних процесуально-правових, а також організаційних і криміналістичних засад їх застосування.

Злочинні організації створюються з метою вчинення злочинів, які становлять потенційну загрозу для різних охоронюваних правом інтересів.

Фактично злочинна організація є внутрішньо і зовнішньо стійким ієрархічним об'єднанням п'яти і більше осіб або двох і більше організованих груп (структурних частин), метою діяльності якого є вчинення тяжких та особливо тяжких кримінальних правопорушень чи лише одного, що вимагає ретельної довготривалої підготовки, або керівництво чи координація злочинної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп<sup>1</sup>.

Важливою формою використання спеціальних знань при розслідуванні злочинів, вчинених злочинною організацією, є проведення судових експертиз.

Одними із основних видів експертиз при розслідуванні злочинів, вчинених злочинною організацією, є почеркознавча експертиза і техніко-криміналістична експертиза документів.

Виявлення в ході розслідування рукописних документів, справжність яких викликає сумніви, є підставою для призначення почеркознавчої експертизи.

У вітчизняній юридичній літературі міститься недостатньо інформації, в якій висвітлюється стан дослідження використання спеціальних знань при розслідуванні злочинів, вчинених злочинною організацією. Враховуючи це, в статті поставлено за мету розглянути окремі положення, що стосуються ролі спеціальних знань у розслідуванні такого кримінального правопорушення, як створення злочинної організації.

Перед експертом, як правило, ставляться наступні питання: чи не виконано текст документа або його фрагмент (резольюція, підпис), зразки якого надаються, певною особою; якою з осіб, що перевіряються та

зразки почерків яких представлені, виконано текст документа; чи не виконані документи, представлені на дослідження однією особою; однією або різними особами виконані фрагменти рукописного тексту.

Очікуваний результат почеркознавчої експертизи багато в чому залежить від якості зразків, що надаються для порівняльного дослідження. Можуть бути використані тільки ті рукописні документи, які відповідають наступним вимогам: зразок повинен бути достовірним, тобто дійсно виконаним підозрюваною особою; за змістом, призначенням й часом виконання він повинен бути найбільш близький до досліджуваного документа; зразок повинен бути повним, тобто відображати почерк у всіх його можливих варіантах.

При техніко-криміналістичному дослідженні документів перед експертом, як правило, ставляться наступні питання.

Для встановлення способу виготовлення документа або використаних для цього технічних засобів: яким способом виготовлений документ або його бланк (типографським, електрографічним, від руки, з використанням частини іншого документа, що містить підпис, відбиток печатки тощо); чи одним способом виготовлені документи (або їх бланки); чи з одного кліше (або типографського набору) видруковані документи.

Для встановлення факту зміни первісного змісту документа: чи не зазнав даний документ яких-небудь змін (підчищення, травлення тощо); яким способом змінений даний документ; чи не зроблена заміна фотокартки власника в даному документі; чи не виконано підпис у даному документі з використанням технічних засобів або копіюванням на «око», копіюванням на просвіт, копіюванням через копіювальний папір.

З метою дослідження відбитків печаток і штампів: фабричним (заводським) або кустарним способом виготовлена печатка (або штамп), відбиток якої (якого) є на документі; чи не домальована яка-небудь частина відбитка печатки (штампа); чи однієї печаткою (штампом) нанесені відбитки в різних документах; який зміст тексту у відбитку печатки (штампу).

При дослідженні грошей: чи не є дана грошова купюра підробленою, якщо так, то яким способом вона виготовлена, і на якому пристрої; чи не застосовувалося при виготовленні представлених грошових купюр дане кліше.

Так, наприклад, Золотоніським міськрайонним судом Черкаської області у вчиненні злочинів, передбачених ч. 3 ст. 27, ч. 4 ст. 190, ч. 3 ст. 209, ч. 2 ст. 358, ч. 1 ст. 255, ч. 2 ст. 289 КК України були засуджені члени злочинної організації, яка протягом тривалого часу спеціалізувалася на викраденні шляхом шахрайства «цукру-піску» на ВАТ «Пальмірський цукровий завод», з використанням підроблених фінансово-бухгалтерських документів та підроблених паспортів громадян України, а також наданні законного статусу (легалізації) здобутим злочинним шляхом грошовим коштом. Вина членів злочинної організації, зокрема, доводилася дослідженими в судовому засіданні матеріалами кримінального провадження:

1) протоколом огляду накладних та перепусток, вилучених під час проведення тимчасового вилучення та огляду майна і документів на ВАТ «Пальмірський цукровий завод», та приєднанням їх до матеріалів кримінального провадження в якості речових доказів;

2) висновком судово-технічної експертизи, згідно з якою відтиски трикутного штампу виконані на накладних та перепусках на вивіз вантажу виконані (переважно) струменево-крапельним способом з використанням кольорової комп'ютерної множильної техніки;

3) висновком судово-технічної експертизи документів, згідно з якою відбитки печатки «для перепусток» ВАТ «Пальмірський цукровий завод» виконані струменево-крапельним способом за допомогою комп'ютерного обладнання. Відбитки печатки «Для перепусток» ВАТ «Пальмірський цукровий завод» на ім'я обвинувачених, виконанні печаткою «Для перепусток» ВАТ «Пальмірський цукровий завод»;

4) висновком судово-почеркознавчої експертизи, згідно з яким на 19 накладних на відпуск цукру та відповідних 19 перепусках на вивіз вантажу з ВАТ «Пальмірського цукрового заводу» підпис бухгалтера виконано іншою особою, з зовнішнім наслідуванням справжнім підписам бухгалтера<sup>2</sup>.

При розслідуванні створення злочинної організації (ст. 255 КК України) особливе значення мають судово-економічні експертизи, що дають змогу встановити на основі вивчення документів бухгалтерського обліку фактичні дані про її фінансово-господарські операції, економічні показники, наявність або відсутність коштів.

Ключовим завданням судово-економічної експертизи є встановлення фактичних обставин фінансово-господарської діяльності організації або підприємницької діяльності фізичної особи, а саме: виконання (невиконання) вимог законодавства про бухгалтерський облік при відображенні фінансово-господарської діяльності або окремих фінансово-господарських операцій у бухгалтерському обліку й звітності підприємств і організацій; відображення (не відображення) у бухгалтерському обліку й звітності підприємств і організацій фінансово-господарської діяльності або окремих фінансово-господарських операцій; виконання (невиконання) вимог законодавства про податки й збори щодо обчислення підприємствами й організаціями податків і інших обов'язкових платежів; цільовий характер використання коштів тощо.

Предметом судово-економічної експертизи є господарські операції, які стали об'єктом розслідування, і щодо яких експерт-економіст проводить економіко-експертне дослідження. Метод судово-економічної експертизи являє собою сукупність способів і прийомів, застосовуваних експертом-економістом при дослідженні господарських операцій<sup>3</sup>.

Критерієм класифікації судово-економічних експертиз є галузь економічних знань. Залежно від даного критерію економічні експертизи можна розділити на наступні види: судово-бухгалтерська експертиза, предметом якої є операції фінансово-господарської діяльності, які відображені в документах бухгалтерського

обліку й звітності; фінансово-економічна експертиза, яка включає дослідження ознак і способів фальсифікації даних про фінансові показники розрахунків, що впливають на фінансовий результат і за зобов'язаннями господарюючого суб'єкта; розрахунки участі на паях засновників (акціонерів) у майні, а також розподілу прибутку господарюючого суб'єкта; фінансово-кредитна експертиза, у ході якої проводиться дослідження ознак і способів фальсифікації даних про фінансові показники, що характеризують платоспроможність, кредитоспроможність, використання й повернення кредитів господарюючого суб'єкта; інженерно-економічна експертиза, що включає дослідження показників, що характеризують формування розміру (величини) оплати праці з метою встановлення відхилення від діючих норм; експертиза цін і ціноутворення, у ході якої здійснюється дослідження показників ціноутворення з метою встановлення викривлень при їхньому формуванні й впливу їх на фінансові результати господарюючого суб'єкта.

З урахуванням зазначених видів економіко-експертних досліджень усі питання, що вирішуються експертом-економістом, можна розподілити на наступні групи:

– питання, пов'язані з відображенням або не відображенням у бухгалтерському обліку господарських операцій;

- питання, пов'язані із правильністю відображення в бухгалтерському обліку господарських операцій;
- питання, пов'язані з повнотою й правильністю обчислення податків;
- питання, пов'язані з розрахунками грошових потоків;
- питання, пов'язані з розрахунками товарних потоків;
- питання, пов'язані із правильністю витрати отриманих коштів.

У якості об'єктів судово-економічної експертизи є надані експертів для проведення дослідження матеріали кримінального провадження, які містять відомості (вихідні дані) про предмет експертизи. У свою чергу, об'єкти дослідження судово-економічної експертизи, з погляду методики проведення експертиз, можна класифікувати за наступними видами:

- 1) первинні облікові документи;
- 2) інші первинні документи, які використані при веденні обліку (договори, складені в письмовій формі; письмова кореспонденція, що розкриває, змінює або доповнює суть операції і т.п.);
- 3) (реєстраційні книги) бухгалтерського обліку (аналітичного й синтетичного);
- 4). бухгалтерська звітність;
- 5) податкова звітність (податкові декларації, розрахунки по податках);
- 6) інші матеріали, що містять вихідні дані (висновки експертів інших спеціальностей; показання підозрюваних; показання свідків; акти документальних перевірок як юридичної (фізичної) особи, чия діяльність досліджується, так і його контрагентів по господарських операціях;
- 7) документи неофіційного обліку (чорнові записи і т.п.).

Наприклад, при розслідуванні злочину в чорнових записах, зроблених членами злочинної організації, містилися відомості про укладені цією організацією угоди, які не відбиті в обліку й звітності. Записи вилучені в ході обшуку й залучені до матеріалів кримінального провадження як речові докази. У ході податкової перевірки контрагента злочинної організації встановлено факти здійснення фінансово-господарських операцій у більшому обсязі, ніж це відображено в обліку й звітності злочинної організації. При здійсненні цих операцій первинні документи не склалися, але керівник організації у своїх показаннях визнав факт їх здійснення в більшому обсязі. Висновком експерта-криміналіста встановлено, що підпис у первинному обліковому документі виконаний не тією особою, яка зазначена в документі, і є показання свідка, який підтвердив, що документ складений ним за вказівкою керівників злочинної організації без фактичного здійснення фінансово-господарської операції.

Окремо розглянемо загальний порядок експертного дослідження залежно від наявності або відсутності бухгалтерського обліку.

У випадку повної відсутності облікових документів і офіційної звітності в організації, що перевіряється, основою дослідження виступає аналіз результатів зустрічних перевірок у зіставленні з показаннями свідків або обвинувачуваного. Однак висновки, зроблені на даній доказовій базі, тобто без зіставлення зі складовими облікового процесу й даними офіційної звітності, будуть носити, як правило, умовний характер. У такому разі доказове значення може мати категоричне встановлення окремих проміжних фактів. При відсутності в показаннях свідків точних даних про розмір отриманого доходу й понесені видатки і неможливістю провести зустрічні перевірки або інші слідчі (розшукові) дії для підтвердження цих даних, у виді недостатності матеріалів експерт повідомляє орган, що призначив експертизу, про неможливість дати висновок.

Якщо є первинний і синтетичний облік, але відсутня офіційна звітність, проводиться аналіз первинних документів у зіставленні з обліковими регістрами з метою визначення повноти відбиття в регістрах обліку фактів фінансово-господарської діяльності, закріплених первинними документами. У випадку наявності відомостей (у показаннях свідків, обвинувачуваного) про факти фінансово-господарської діяльності, що мали місце, не підтверджених первинними документами, дані факти приймаються на дослідження з урахуванням підтвердження їх результатами зустрічних перевірок або інших слідчих (розшукових) дій.

При відсутності первинного обліку методами економічного аналізу досліджуються результати зустрічних перевірок, показань свідків, насамперед осіб, відповідальних за ведення облікових регістрів, інших слідчих (розшукових) дій, визначається відповідність отриманих даних показникам наявного синтетичного обліку. Дані офіційної звітності зіставляються з даними синтетичного обліку.

У випадку відсутності синтетичного обліку дані первинного обліку підтверджуються результатами зустрічних перевірок і показаннями свідків, насамперед матеріально відповідальних осіб.

При наявності оперативного обліку (чорнових записів, неофіційної бухгалтерії), слідчими (розшуковими) діями підтверджується його приналежність до фінансово-господарської діяльності організації з метою визначення відповідності даних офіційної звітності шляхом зіставлення з первинним обліком.

У випадку повної відсутності облікової документації та наявності офіційної звітності проводиться аналіз результатів зустрічних перевірок, показань свідків, даних оперативного обліку з наступним зіставленням отриманих результатів з даними офіційної звітності. Висновки, засновані на даній доказовій базі, будуть носити, як правило, умовний характер<sup>4</sup>.

Отже, виходячи зі специфіки причетних до зазначеного виду злочинів осіб, способів вчинення злочинів, приготування та приховання наслідків злочину, інших факторів, слідчим потрібно використовувати всі процесуальні і не процесуальні форми використання спеціальних знань у практичній діяльності на основі комплексного та тактично грамотного їх застосування.

Так, наприклад, Печерським районним суд м. Києва за вчинення злочинів, передбачених ч. 1 ст. 255, ч. 4 ст. 190 КК України, були засуджені члени злочинної організації, які діяли під видом структур, що нібито надають громадянам консультаційні послуги в сфері «фондрайзінгу». Доказовою базою злочинів, що їм інкриміновано, зокрема, були дослідження в судовому засіданні матеріалами кримінального провадження: висновком спеціалістів – економістів Європейського Університету фінансів інформаційних систем, менеджменту і бізнесу, що фактична діяльність обвинувачених осіб не може бути визначена як «фондрайзінг», а класифікується як організація «фінансової піраміди» замаскованого типу, в основі якої лежить «вербувально-спонсорський» принцип залучення коштів шляхом обману та зловживання довірою громадян, під виглядом надання консультаційних послуг у сфері «фондрайзінгу». Ця діяльність має на меті заволодіти за короткий період часу коштами необмеженого кола осіб в особливо великих розмірах; висновком судово-психологічної експертизи, що в результаті проведених досліджень встановлені елементи систематичного незаконного психологічного впливу на поведінку потерпілих під час загальних зборів; висновком фахівця-музикознавця, що у ході проведеного дослідження музичних композицій встановлені ознаки систематичного незаконного психологічного впливу на поведінку потерпілих застосуванням музичного супроводу під час загальних зборів; висновком фахівця-математика, що: у обвинувачених не було і не могло бути об'єктивної можливості безперервно і нескінченно втягувати громадян у діяльність створених структур; не було та могло бути об'єктивної можливості справедливого розподілу отриманих коштів; не було та могло бути об'єктивної можливості забезпечити одержання прибутку або повернути громадянам грошові суми не менш вкладених; не було та могло бути об'єктивної можливості діяти безперервно протягом тривалого періоду часу<sup>5</sup>.

Отже, використання під час розслідування злочинів, вчинених злочинною організацією, різнопрофільних експертів (спеціалістів) істотно сприяє встановленню об'єктивної дійсності у кримінальному провадженні. Ефективність же такої допомоги залежить від належного застосування тактичних рекомендацій і прийомів щодо найбільш раціонального комплексного використання спеціальних знань спеціалістів різних профілів і застосування останніми сучасних науково-технічних засобів.

<sup>1</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д. С. Азаров, В. К. Гришук, А. В. Савченко [та ін.] : за заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка, В. В. Чернея. – К. : Юрінком Інтер, 2016. – С. 579–580.

<sup>2</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень України. Справа № 1-2/2010 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.court.gov.ua>

<sup>3</sup> Біленчук П. Д. Криміналістика : підруч. / П. Д. Біленчук, В. К. Лисиченко, Н. І. Клименко ; за ред. П. Д. Біленчука. – [2-ге вид., випр. і допов.]. – К. : Атіка, 2001. – С. 7.

<sup>4</sup> Ермолович В. Ф. Построение и проверка версий / В. Ф. Ермолович, М. В. Ермолович ; под. ред. И. И. Басецкого. – Минск : Амалфея, 2000. – С. 178.

<sup>5</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень України. Справа № 1-2/2010 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.court.gov.ua>

#### Резюме

##### **Бобрик К. Ю. Використання спеціальних знань при розслідуванні злочинів, вчинених злочинною організацією.**

У статті здійснюється дослідження використання спеціальних знань при розслідуванні злочинів, вчинених злочинною організацією. Розглядаються основні питання, що ставляться перед експертом під час розслідування злочинів, вчинених злочинною організацією.

**Ключові слова:** злочинна організація, спеціальні знання, судові експертизи, тяжкі злочини, експерт.

#### Резюме

##### **Бобрик К. Ю. Использование специальных знаний при расследовании преступлений, совершенных преступными организациями.**

В статье осуществляется исследование использования специальных знаний при расследовании преступлений, совершенных преступной организацией. Рассматриваются основные вопросы, стоящие перед экспертом при расследовании преступлений, совершенных преступной организацией.

**Ключевые слова:** преступная организация, специальные знания, судебные экспертизы, тяжкие преступления, эксперт.



Summary

**Bobryk C. Using of the special knowledge for investigation of crimes perfect by criminal organization.**

The article is researching the use of specialized knowledge in the investigation of crimes committed by a criminal organization. The main issues relate to the expert in the investigation of crimes committed by a criminal organization.

**Key words:** criminal organization, expertise, legal expertise, serious crimes expert.

УДК 343.982.9

**О. В. КАЛИНОВСЬКИЙ, В. І. ШКОЛЬНИКОВ**

*Олександр Валерійович Калиновський, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, заступник начальника відділу Національної академії внутрішніх справ*

*Владислав Ігорович Школьніков, студент магістратури Національної академії внутрішніх справ*

## **ВИКОРИСТАННЯ МЕТОДУ КРИМІНАЛЬНОГО АНАЛІЗУ ДЛЯ ПРОТИДІЇ ОРГАНІЗОВАНІЙ ЗЛОЧИННОСТІ**

На сучасному етапі головним завданням керівників правоохоронних структур України є оптимізація та вдосконалення оперативно-службової діяльності оперативних підрозділів з виявлення, документування, попередження проявів організованої злочинності. Звісно, дане реформування й удосконалення носить комплексний та поступальний характер, але застосування інноваційних методів протидії та запобіганню організованій злочинності має базуватися на досконалому дослідженні досвіду зарубіжних країн в даній сфері.

Недостатній рівень застосування методу кримінального аналізу в оперативно-службовій діяльності правоохоронних органів зумовлює потребу наукового визначення необхідності впровадження даного виду аналізу з метою посилення ефективності протидії та запобіганню організованій злочинності. Інформаційно-пошукові системи, які широко застосовуються, не мають тих інформаційно-аналітичних ресурсів, які необхідні правоохоронним органам України для успішного виконання своїх функціональних обов'язків з боротьби зі злочинністю. Організована злочинність стає дедалі більшою загрозою українському суспільству.

Ми поділяємо думку О. О. Дульського про те, що в Україні спостерігається «занепад оперативно-розшукової діяльності, яка ще і дотепер будеється на застарілих правових та організаційних і тактичних засадах, які дозволяють більш-менш успішно боротися лише із загально кримінальною та економічною злочинністю»<sup>1</sup>.

Застосування кримінального аналізу є одним із таких методів, який відрізняється від традиційного криминологічного аналізу. Це обумовлено тим, що правоохоронні органи країн ЄС та США зрозуміли, що організована злочинність за умови глобалізації економіки, безпрецедентної відкритості в торгівлі та фінансових сферах, інформатизації суспільства стала реальною загрозою для національної безпеки окремих країн, правопорядку на регіональному і глобальному рівнях.

Окремі питання застосування кримінального аналізу для протидії організованій злочинності у своїх роботах розглядали такі вчені, як: О. Ю. Бусол, В. І. Василичук, Ф. Вільямс, О. В. Власюк, О. М. Джужа, М. М. Литвин, В. В. Лунєєва, Д. Й. Никифорчук, С. С. Чернявський, О. Ю. Шостко, Як ван Дайк, М. Яніцкі та інші.

**Метою** нашої статті є визначення поняття, значення та різновидів кримінального аналізу як методу боротьби з організованою злочинністю.

У зв'язку з неможливістю правоохоронним органам ефективно протидіяти організованій злочинності виникла ідея впровадження кримінального аналізу як сучасного методу у сфері запобігання, розкриття та розслідування злочинів, які вчиняються організованими злочинними угрупованнями (далі – ОЗУ). Історично концепція кримінального аналізу полягала у порівнянні вчиненого злочину з іншими подібними випадками на основі особистого досвіду патрульних поліцейських, детективів та адміністраторів поліції тощо<sup>2</sup>. Лише в 1846 р. детективами лондонської поліції використовувалися методи, за допомогою яких здійснювалася класифікація злочинців та злочинів.

Відомий американський поліцейський Август Фольмер вперше в 1906 р. за допомогою аналізу звітів підрозділів поліції за рік визначив на карті місця концентрації злочинних угруповань, що в подальшому допомогло поліцейським ефективно нейтралізувати кримінальні елементи в конкретних місцях їхньої надмірної концентрації. А. Фольмер довів, що на підставі прогнозування повторюваності злочинних проявів, здійснивши їх

детальний аналіз, можна визначити найбільш ефективні напрями зосередження зусиль правоохоронців<sup>3</sup>. Також слід згадати про перші картографічні методи відображення злочину, які дали змогу аналітикам середини 90-х років XX ст. отримувати тривимірне зображення події<sup>4</sup>. У подальшому правоохоронна система кожної високорозвиненої зарубіжної країни створювала власні підрозділи кримінального аналізу.

В ЄС домінує новий підхід до протидії організованій злочинності, в основі якої лежить оперативна інформація – Intelligence Led Policing. Її філософія полягає в аналізі відомостей, здобутих шляхом специфічної поліцейської діяльності у сфері збирання інформації<sup>5</sup>. Традиційно термін «intelligence» у нас перекладають як «розвідка» чи «розвідувальний», хоча його реальний сенс набагато глибший, адже йдеться про здобуття первинних розвідувальних, оперативних даних у результаті аналітичної обробки та формулювання аналітичних висновків. В світі існують різні моделі та стратегії поліцейської розвідки. Наприклад, у Великобританії – «National Intelligence Model», у США – «National Criminal Intelligence Sharing Plan», є канадська модель SLEIPNIR тощо.

При активному розвитку кримінального аналізу за кордоном слід підкреслити неналежне вітчизняне наукове визначення даного поняття. Зокрема, Інтерполом було прийнято таке визначення терміна «кримінальний аналіз» – ідентифікація та забезпечення спостереження взаємозв'язків між даними щодо злочинів та іншими відомостями, потенційно пов'язаними зі злочинами, у практичній діяльності поліції та судових органів з метою надання допомоги особами, які приймають рішення щодо протидії злочинності, у подоланні невизначеності, а також забезпечення вчасного відвернення загроз й аналітична підтримка оперативної діяльності<sup>6</sup>.

На нашу думку, доцільно дати наступну дефініцію терміну «кримінальний аналіз» – це мисленнєва діяльність працівників правоохоронних органів (аналітиків), що полягає у перевірці, оцінці та інтерпретації інформації про протиправні, кримінально карані діяння окремих осіб та груп, яка отримана в ході проведення оперативно-розшукової діяльності чи під час досудового розслідування, а також у встановленні суттєвих зв'язків між вищевказаною інформацією з метою їх подальшого використання для визначення тактичних і стратегічних напрямів протидії та запобігання злочинності.

Розрізняють два основних види кримінального аналізу – оперативний і стратегічний<sup>7</sup>. У цьому контексті слід зазначити, що загальноєвропейська практика не розмежовує оперативний кримінальний аналіз від тактичного. Наприклад, в поліції Румунії та Великобританії розрізняють оперативний, тактичний та стратегічний кримінальний аналіз.

Особливість тактичного кримінального аналізу полягає в аналітичній підтримці проведення спеціальних операцій, аналізу оперативної обстановки з урахуванням місць концентрації злочинної діяльності для правильного розподілу сил та засобів правоохоронного органу тощо. Наприклад, канадська модель тактичного аналізу SLEIPNIR («Матриця вимірювання можливостей ОЗУ») здійснює оцінку характеристик складу, організаційної структури, форм та методів протиправної діяльності ОЗУ за конкретними критеріями (зв'язки з іншими ОЗУ, географічний розподіл ОЗУ, використання експертних знань ОЗУ, використання корупції та насильства, використання легальних підприємств, інформаційно-комунікаційних технологій, контррозвідка, стійкість, чисельність тощо).

Але ми підтримуємо загальноєвропейську модель згідно з якою тактичний є складовою частиною оперативного кримінального аналізу.

Оперативний кримінальний аналіз спрямований на підтримку проведення окремих слідчих (розшукових) дій або негласних слідчих (розшукових) дій, здійснення оперативно-розшукових заходів, передбачених Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність». Для України оперативний кримінальний аналіз набуває актуального значення після підписання 14 грудня 2016 р. Угоди між Україною та Європолом про оперативне співробітництво, яка визначає порядок обміну інформацією щодо конкретних кримінальних розслідувань, у тому числі – персональних даних. У свою чергу, це надасть змогу здійснювати обмін і аналіз оперативної інформації з метою проведення масштабних спільних операцій щодо боротьби з організованою злочинністю.

В оперативному кримінальному аналізі використовуються різні аналітичні методи. *Аналіз події* дає змогу виділяти суть з безлічі поєднаних між собою подій з метою:

- встановлення інформаційних прогалів, що повинні виявити певний часовий інтервал;
- встановлення «почерку» події;
- відтворення злочинних дій;
- встановлення зв'язку між особами та місцем події, з урахуванням дати та часу;
- встановлення зв'язку між особами, які брали участь у спільній зустрічі, відвідували одну адресу і т.п.;
- відтворення події до та після вчинення злочину.

*Аналіз потоків* спрямований на: розділення процесів на окремі події та дії; відслідковування переміщення товарів між суб'єктами; визначення логічних зв'язків; виявлення прогалів в інформації.

*Аналіз маршрутів* використовується для визначення найшвидшого, найкоротшого та оптимального шляху з урахуванням конкретних деталей. У правоохоронній діяльності він використовується для визначення можливих шляхів пересування підозрюваних між двома чи більше географічними точками. Інформація щодо маршруту транспортного засобу (далі – ТЗ) також використовується для створення ретроспективи (часових) рамок переміщення авто та карти для візуалізації транзитних маршрутів, місць зупинки та часу стоянки.

*Аналіз моделей / форм злочинності* визначає характер і масштаби виникаючих та поточних тенденцій злочинності, пов'язаних злочинів і подій, місць концентрації діяльності й спільні характеристики / характер правопорушників та злочинної поведінки.

*Аналіз телефонних дзвінків* проводиться з метою визначення географічного розташування особи під час здійснення телефонних дзвінків; визначення ймовірного проживання користувача телефонного номеру; встановлення карти-переміщення особи.

Щодо стратегічного кримінального аналізу, то останній забезпечує прийняття рішень, які мають довгострокові цілі, визначають пріоритетні напрями боротьби зі злочинністю тощо. Актуальним прикладом стратегічного аналізу є звіт Європолу «Оцінка загроз тяжких злочинів та організованої злочинності» (SOCTA), метою якого є аналіз характеру або типу загроз ОЗУ, сфер впливу тяжких злочинів та організованої злочинності, аспектів загроз ОЗУ тощо. Характерна особливість такого звіту полягає в меті даного документа – не боротьба з діяннями членів ОЗУ, а нейтралізація чинників і ліквідація умов, що сприяють розширенню та зміцненню її ресурсної бази.

Слід зазначити, що зміст стратегічного та оперативного кримінального аналізу відрізняється за цілями, терміном дії та масштабами протидії організованій злочинності. Якщо оперативний кримінальний аналіз визначає рекомендації для проведення окремих слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, оперативно-розшукових заходів, може встановити психологічні особливості злочинця, структуру і роль конкретного ОЗУ, то стратегічний кримінальний аналіз визначає суть, обсяг, динаміку та подальший розвиток ОЗУ на окремій території за конкретний проміжок часу (або в цілому в країні), встановлює загальні риси особи, яка вчинює один і той самий вид злочину, визначає тактику та методи ведення оперативно-розшукової справи, досудового розслідування з точки зору їх удосконалення<sup>8</sup>. Загалом стратегічний кримінальний аналіз забезпечує прийняття рішень, які мають довгострокові цілі, визначають пріоритетні напрями боротьби зі злочинністю тощо. Як правило, інформація, яка здобута від стратегічного кримінального аналізу, носить планувальний, оцінювальний, керівний або контрольний характер. Як оперативний, так і стратегічний кримінальний аналіз виступає актуальним інструментом опрацювання великої кількості інформації про діяльність ОЗУ<sup>9</sup>.

Отже, принципи діяльності правоохоронної системи України в основному орієнтовані на роботу за «реактивним» принципом (реагування на подію) замість того, щоб розвиватися у напрямі попередження, як це передбачено сучасним підходом до організації діяльності правоохоронних органів у країнах ЄС. Метою кримінального аналізу повинно стати збирання, порівняння, аналіз і розповсюдження даних стосовно злочинності, слідчо-оперативної практики з метою їх застосування для проактивної (випереджувальної) правоохоронної діяльності.

Як підсумок, слід підкреслити, що значення кримінального аналізу в протидії організованій злочинності правоохоронними органами будь-якої держави полягає в наступному:

1) кримінальний аналіз дає змогу за наявності фрагментарної інформації, здобутої як з відкритих джерел, так і негласним способом, встановити потенціал і наміри ОЗУ, відтворити дії злочинців;

2) на сучасному етапі криптоаналіз стає актуальною сферою діяльності аналітиків, оскільки злочинці дедалі частіше використовують методи забезпечення конфіденційності, цілісності й автентичності злочинної інформації;

3) кримінальний аналіз допомагає керівництву правоохоронного органу приймати правильні рішення в сфері боротьби з організованою злочинністю;

4) кримінальний аналіз надає підтримку слідчому, оперативному працівнику в здійсненні слідчо-оперативної роботи шляхом узагальнення здобутої інформації про ОЗУ та надання рекомендації з проведення конкретних слідчих (розшукових) або негласних (слідчих) розшукових дій, оперативно-розшукових заходів з урахуванням психології конкретного злочинця, особливостей та структури ОЗУ тощо;

5) транснаціональний характер ОЗУ, особливо мережного характеру, створює велику проблему для правоохоронних органів, адже значний обсяг інформації про діяльність ОЗУ, для якої характерними є як вітчизняні, так і іноземні особливості соціально-економічних, культурних, психологічних умов життя людей, створює проблему для розуміння слідчим, оперативним працівником процесів, що відбуваються в середовищі ОЗУ. Все це впливає на правильність визначення причин, намірів та способів діяльності ОЗУ.

<sup>1</sup> Дульський О. О. Першочергові заходи протидії організованій злочинності і корупції на сучасному етапі [Текст] / О. О. Дульський // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2006. – Вип. 13. – С. 35

<sup>2</sup> Власюк О. В. Використання кримінального аналізу у боротьбі зі злочинністю: виникнення та становлення / О. В. Власюк // Університетські науки й записки. – 2012. – № 4 (44). – С. 352

<sup>3</sup> Август Фольмер. Великий новатор [Електронний ресурс] Лабораторія правди, ООО “Полиграф”. – Режим доступу: [http://www.ordal.ru/august\\_vollmer.php](http://www.ordal.ru/august_vollmer.php) – Заголовок з екрана.

<sup>4</sup> Regoinal Crime Analysis GIS(RCAGIS): Environmental Systems Research Institute (ESRI) Map Objects-based system [Електронний ресурс] ICPSR. – Режим доступу: <http://www.icpsr.umich.edu/icpsrweb/NACJD/studies/3372> – Заголовок з екрана.

<sup>5</sup> Tilley N. Problem-Oriented Policing, Intelligence-Led Policing and the National Intelligence Model [Електронний ресурс] / N. Tilley // UCL Jill Dando Institute of Crime Science. – Режим доступу: <https://pdfs.semanticscholar.org/bb06/7c510c954889cd85be02890e6cb698e70ddf.pdf> – Заголовок з екрана.

<sup>6</sup> Criminal Intelligence Analysis [Електронний ресурс] // Interpol. – Режим доступу: <https://www.interpol.int/INTERPOL-expertise/Criminal-Intelligence-analysis> – Заголовок з екрана.

<sup>7</sup> Литвин М. М. Методологічні основи реформування системи охорони державного кордону України: дис. ... д-ра наук з державного управління: 21.07.05 / М. М. Литвин. – Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2010.

<sup>8</sup> Сокрут Б. В. Управління ризиками організованої злочинності в Україні / Б. В. Сокрут. – К.: ВАІТЕ, 2013. – 380 с.

<sup>9</sup> Яніцкі М. Оперативний кримінальний аналіз. Міжнародна організація з міграції / М. Яніцкі. – К., 2009.

#### Резюме

**Калиновський О. В., Школьніков В. І. Використання методу кримінального аналізу для протидії організованій злочинності.**

Стаття присвячена визначенню поняття, значення та різновидів кримінального аналізу як методу боротьби з організованою злочинністю.

**Ключові слова:** кримінальний аналіз, організована злочинність, правоохоронна система, аналітичний метод, «проактивний» метод.

#### Резюме

**Калиновський А. В., Школьніков В. И. Использование метода криминального анализа для противодействия организованной преступности.**

Статья посвящена определению понятия, значение и разновидностей криминального анализа как метода борьбы с организованной преступностью.

**Ключевые слова:** криминальный анализ, организованная преступность, правоохранительная система, аналитический метод, «проактивный» метод.

#### Summary

**Kalynovskyi A., Shkolnikov V. Using criminal analysis for combating organized crime.**

The article is dedicated to definition, significance and kinds of criminal analysis as a method of combating organized crime.

**Key words:** criminal analysis, organized crime, law enforcement system, analytical method, «pro-active» method.

УДК343.121.4(477)

### І. В. МУДРАК

*Інна Василівна Мудрак, кандидат юридичних наук,  
доцент Національного університету «Одеська  
юридична академія»*

## ПРОБЛЕМАТИКА ОСКАРЖЕННЯ ПОТЕРПІЛИМ НЕДОТРИМАННЯ РОЗУМНИХ СТРОКІВ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., ратифікована ВРУ 17.07.1997 р., у ч. 1 ст. 6 встановлює: «Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, створеним відповідно до закону». Ця вимога спрямована на швидкий захист судом порушених прав особи, оскільки будь-яке зволікання може негативно позначитися на правах, що підлягають захисту<sup>1</sup>. Крім того, у справі «Perez v. France» Європейський суд з прав людини чітко вказав, що гарантії, котрі містяться у ст. 6 Конвенції, стосуються також особи, яка звертається із заявою про відкриття кримінальної справи, наголосивши, що саме такий підхід відповідатиме меті належного забезпечення прав потерпілого у кримінальному процесі<sup>2</sup>.

Згідно зі ст. 2 КПК України «завданнями кримінального судочинства є ... забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб» до потерпілого «була застосована належна правова процедура»<sup>3</sup>, а отже засада розумності строків кримінального провадження прямо впливає із завдань кримінального провадження та є одним із елементів права на справедливий судовий розгляд. Частина 1 ст. 7 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р. також вказує на те, що кожному гарантується захист його прав, свобод та інтересів у розумні строки незалежним, безстороннім і справедливим судом, утвореним законом<sup>4</sup>. Отож, невиконання приписів Конвенції та протоколів до неї разом із неврахуванням практики ЄСПЛ означатиме виключно недотримання Україною взятих на себе зобов'язань у сфері захисту прав людини.

Актуальність теми дослідження пов'язана з проблематикою недотримання розумних строків під час досудового провадження, процесуальним регулюванням відновлення права потерпілого на розумний строк провадження, недотриманням розумного строку під час провадження в суді першої інстанції, що пов'язано з окремими проблемами та прогалинами чинного кримінального процесуального законодавства та необхідністю їх вирішення. Все це вказує на проблематику оскарження потерпілим недотримання розумних строків під час здійснення кримінального провадження.

© І. В. Мудрак, 2017



Питання, пов'язані з дотриманням розумних строків під час здійснення кримінального провадження та, зокрема, захист прав потерпілого щодо оскарження неотримання розумних строків, досліджували в своїх працях І. В. Гловюк, О. В. Капліна, О. П. Кучинська, М. І. Пашковський, В. М. Тертишник, Д. В. Ягунов та ін.

Метою та завданням статті є дослідження прогалин окремих положень КПК України 2012 р. щодо процесуального механізму реалізації права потерпілого на оскарження недотримання розумних строків кримінального провадження, відшкодування (компенсацію) збитків через необґрунтовану тривалість судочинства.

Слід зазначити, що найбільш поширеним порушенням, про які йдеться у справах проти України, ЄСПЛ називає порушення права на розгляд справи протягом розумного строку, відзначаючи системні порушення Україною Конвенції (при чому ситуація не змінилася із прийняттям КПК України 2012 р., ст. 28 якого вперше визначає критерії розумності строків).

Так, констатуючи порушення п. 1 ст. 6 Конвенції, у рішенні у справі «Котяй проти України»<sup>5</sup> ЄСПЛ зазначив, що провадження у справі щодо заявника за фактом заподіяння тілесних ушкоджень тривало близько 6 років 10 місяців. При цьому справа не була складною, адже стосувалася однієї події, не містила складних фактичних обставин та юридичних питань, заявник був єдиним підсудним. Більшість затримок мали місце під час розгляду справи судом першої інстанції, і хоча деякі з них були спричинені неявкою заявника або його адвоката, головним чином відповідальними за надмірну тривалість провадження були державні органи.

Нерідко порушення розумних строків судового провадження було пов'язано із недостатнім регулюванням відповідного питання національним законодавством. У рішенні у справі «Нікіфоренко проти України»<sup>6</sup> ЄСПЛ також зазначив про відсутність у національному законодавстві засобу юридичного захисту права на розгляд справи протягом розумного строку. У рішенні «Меріт проти України»<sup>7</sup> ЄСПЛ нагадав, що ст. 13 Конвенції гарантує ефективний засіб правового захисту у відповідному національному органі в разі порушення положень ст. 6 Конвенції щодо розгляду справи упродовж розумного строку. Засіб є «ефективним», якщо він може бути використаний або для прискорення винесення судом рішення у справі, або для забезпечення заявника відповідним відшкодуванням за затримку, яка вже допущена. Суд дійшов висновку, що в цій справі було порушено ст. 13 Конвенції через відсутність у внутрішньому законодавстві ефективного і доступного засобу правового захисту щодо скарги заявника стосовно тривалості розгляду кримінальної справи.

Найчастішими прикладами недотримання належних строків у справах громадян України проти держави Україна були: неодноразові направлення судом апеляційної інстанції справ на новий розгляд (4 рази направлена справа до суду першої інстанції – рішення у справі «Мухін проти України» від 19.10.2006 р.<sup>8</sup>; тричі направлена справа апеляційним судом і двічі судом першої інстанції – рішення у справі «Теліга та інші проти України» від 21.12.2006 р.<sup>9</sup>); не проведення судових засідань протягом тривалого періоду (4 судових засідання протягом 6 років – рішення у справі «Єфименко проти України» від 18.07.2006 р.<sup>10</sup>); незастосування заходів примусу до осіб, які не з'являються на призначене засідання (прийняття рішення про привід відповідача тільки через 2,5 роки після початку провадження – рішення у справі «Смирнова проти України» від 08.11.2005 р.<sup>11</sup>). У справі «Плешков проти України» (рішення від 10.02.2011 р.)<sup>12</sup>, відповідно до своєї практики ЄСПЛ вирішив, що строк провадження, який має розглядатись на відповідність п. 1 ст. 6 Конвенції, розпочався 29 травня 2003 р. і закінчився 24 жовтня 2007 р.; з огляду на обставини цієї справи та прецедентну практику в аналогічних справах, Суд встановив порушення п. 1 ст. 6 Конвенції у зв'язку з незабезпеченням національними судами розгляду справи в розумний строк.

Справа «Литвинюк та 9 інших проти України» (рішення у справі «Литвинюк та 9 інших проти України» від 14.01.2014 р.)<sup>13</sup> стосувалася типових скарг заявників про тривалість судових проваджень в їхніх справах. У цих справах заявники не погодилися на дружнє врегулювання справ з урядом-відповідачем, а тому останній надав односторонні декларації із пропозицією до Суду вилучити ці справи з реєстру його справ. У деклараціях уряд визнав надмірну тривалість провадження у справах заявників та запропонував їм різні суми компенсації – від 450 до 2160 євро. Хоча заявники і не погодилися з односторонніми деклараціями, Суд їх затвердив та вилучив ці справи з реєстру своїх справ, оскільки запропоновані урядом суми відповідали сумам, які за подібних обставин присуджує Суд.

У контексті проблематики даної статті підкреслимо: одним з проблемних моментів КПК України 2012 р. є дотримання розумних строків під час досудового провадження та, зокрема, відновлення права потерпілого на розумний строк провадження, а також дотримання розумного строку під час провадження в суді першої інстанції, що взагалі не обмежено часовими рамками згідно ч. 1 ст. 318 КПК.

Стаття 308 КПК передбачає можливість оскарження недотримання розумних строків під час досудового розслідування, зокрема, й потерпілим. Однак, як свідчить практика, можливість притягнення слідчого або прокурора до відповідальності та надання вказівок абсолютно не надає гарантій щодо проведення слідства в цілому або конкретних слідчих (розшукових) дій в розумні строки. Порядок та умови притягнення до відповідальності за недотримання розумних строків досудового розслідування не напрацьовано. Крім того, вважаємо, що бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає в нездійсненні процесуальних дій, які він зобов'язаний вчинити у визначений строк (п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК), має чимало спільного з недотриманням розумних строків та процедурою їх оскарження під час досудового розслідування (ст. 308 КПК), однак законодавець в даному разі вказує на різні процедури оскарження та суб'єктів розгляду скарг, що негативно впливає на єдність судової практики. Так, ухвалою Апеляційного суду м. Києва від 13.07.2015 р.<sup>14</sup> залишено без зміни ухвалу слідчого судді Печерського районного суду м. Києва від 12.06.2015 р.<sup>15</sup> про відмову у відкритті провадження за скаргою на бездіяльність уповноважених осіб прокуратури м. Києва; суд обґрунтова-

но доходить висновку, що прокурор вищого рівня, який зобов'язаний розглядати скарги на недотримання розумних строків слідчим, прокурором під час досудового розслідування, не є процесуальним суб'єктом, бездіяльність якого підлягає оскарженню в порядку, передбаченому ст. 303 КПК України.

Узагальнення практики національних судів доводить, що у випадку нереагування прокурорів на скарги щодо порушення розумних строків у кримінальному провадженні, створюється ситуація, коли потерпілий опиняється у глухому куті, оскільки при поданні скарг до слідчих суддів останні не відкривають провадження за такими скаргами, зазначаючи, що оскарження недотримання розумних строків – це виключна компетенція прокурора. Нерідко слідчі судді використовують наступну конструкцію, за допомогою якої вони відмовляють у відкритті провадження за скаргою потерпілого. Мовляв, потерпілим було подано клопотання, але за змістом це клопотання є скаргою, а відтак слідчий суддя не має компетенції розглядати скарги на порушення розумних строків<sup>16</sup>. Такі приклади, на жаль, є непоодинокими в практиці слідчих суддів. Так, в ухвалі слідчого судді Зарічного районного суду м. Суми від 03.10.2013 р. (справа № 591/8668/13-к) зазначено: «З поданого клопотання фактично вбачається, що ним оскаржується недотримання слідчим розумних строків. Розгляд таких скарг віднесений до компетенції прокурора вищого рівня»<sup>17</sup>.

Ухвалою слідчого судді Коростишівського районного суду Житомирської області від 12.04.2013 р. (справа 280/608/13-к)<sup>18</sup> за результатами розгляду заяви потерпілого щодо встановлення розумних строків вчинення процесуальних дій у задоволенні заяви відмовлено. На думку судді, у відповідності до ст. 219 КПК України, досудове розслідування повинно бути закінчено протягом двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину, а як встановлено, то по вищевказаному провадженню про підозру не повідомлялось. Тому, вважаємо, слід вказати на проблему оскарження потерпілим недотримання розумного строку досудового розслідування до повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, що є прогалиною чинного законодавства.

Ухвалою слідчого судді Любарського районного суду Житомирської області від 04.01.2013 р. (справа № 282/29/13-к)<sup>19</sup> представнику потерпілого було відмовлено у відкритті провадження за його заявою на встановлення процесуальних строків. У цій справі потерпілий скаржився на те, що півторарічне розслідування кримінальної справи не можна вважати таким, що здійснюється в межах розумних строків. З моменту внесення даних до ЄРДР по справі не вчинено жодної слідчої дії. Для забезпечення виконання сторонами кримінального провадження вимог розумного строку представник потерпілого просив встановити місячний строк для завершення кримінального провадження у даній справі, і зазначав, що даний строк буде достатнім для завершення досудового розслідування, оскільки зібрано достатньо доказів винності особи у скоєнні злочину та складення обвинувального акту. Проте судом у задоволенні заяви було відмовлено з підстав того, що бездіяльність слідчого має бути оскаржена виключно до прокуратури вищого рівня.

Звісно, подібними ухвалами слідчі судді грубо порушують вимоги ст. 6 Конвенції про захист прав людини, відповідні прецеденти ЄСПЛ та основоположні принципи кримінального процесуального законодавства України. Слід погодитися з Д. В. Ягуновим, що звернення до органів прокуратури в принципі не є ефективним та доступним засобом захисту, враховуючи те, що статус органів прокуратури за законодавством України не передбачає ефективних гарантій для незалежного та безстороннього перегляду скарг заявника («Меріт проти України», п. 63; «Невмержицький проти України», п. 116; «Салов проти України», п. 58; «Мельник проти України», п. 69)<sup>20</sup>.

Разом із тим, зазначимо, що в практиці українських судів вже існують непоодинокі приклади, коли слідчі судді належним чином реалізують свою функцію як гаранта дотримання прав та свобод учасника кримінального процесу, який встановлений ст. 3 КПК України. Так, слідчий суддя Жовтневого районного суду м. Харкова виніс законну та справедливую ухвалу від 14.03.2014 р. (справа № 639/1438/14-к)<sup>21</sup> за результатами розгляду скарги потерпілого про встановлення процесуальних строків у кримінальному провадженні, відкритому ще 14.02.2013 року. З цієї ухвали вбачається, що минув рік, за який слідчі не провели слідчих дій. У скарзі ставилося питання про встановлення строку закінчення досудового розслідування до 01.03.2014 р. через систематичну бездіяльність слідчих та прокурорів. Суддя зазначив, що, відповідно до ст. 114 КПК України, для забезпечення виконання сторонами кримінального провадження вимог розумного строку слідчий суддя має право встановлювати процесуальні строки у межах граничного строку, передбаченого КПК України, з урахуванням обставин, встановлених під час відповідного кримінального провадження.

Підсумовуючи, зазначимо, усі держави залишаються відповідальними за функціонування європейської системи захисту прав людини та «мають внести зміни у своє законодавство з урахуванням прецедентного права Європейського суду з прав людини і повинні забезпечити, щоб їх відповідні органи і, зокрема, судова система застосовували його прецедентне право шляхом приділення пріоритетної уваги постановам Європейського суду з прав людини щодо національного законодавства, яке знаходиться в суперечності з положеннями Конвенції»<sup>22</sup>. Адже метою Конвенції про захист прав людини є «захист не теоретичних та ілюзорних прав, а прав практичних та ефективних» («Кабулов проти України», п. 90)<sup>23</sup>. «Мета та наміри Конвенції як інструменту захисту людини вимагає, щоб її положення тлумачилися та застосовувалися таким чином, щоб її гарантії були практичними та ефективними» («Soering проти Сполученого Королівства», п. 87)<sup>24</sup>.

Як бачимо, закріплення на законодавчому рівні критеріїв розумності строків ще не гарантує, на жаль, дотримання цього принципу в процесі правозастосування. Відповідно має бути вирішено проблему встановлення чітких строків судового розгляду кримінального провадження та визначено підстави продовження таких строків залежно від обставин кримінального провадження; можливість оскарження недотримання

строків судового розгляду, зокрема, визначено процедуру та суб'єктів звернення з дисциплінарною скаргою щодо безпідставного затягування або невжиття суддею заходів щодо розгляду кримінального провадження протягом строку, встановленого законом (ст. 107 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р. передбачає можливість звернення будь-якої особи з дисциплінарною скаргою щодо судді); порядку та умов притягнення до відповідальності за недотримання розумних строків досудового розслідування; процесуального механізму реалізації права потерпілого на відшкодування (компенсацію) збитків через необґрунтовану тривалість судочинства.

Всі ці актуальні проблеми оскарження недотримання розумних строків під час здійснення кримінального провадження будуть досліджуватись нами й надалі.

<sup>1</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004)

<sup>2</sup> Perez v. France : Рішення Європейського суду з прав людини від 12 лютого 2004 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uristinfo.net/ugolovnoe-protseusualnoe-pravo/294-evropejska-konventsija-z-prav-ljudini-ta-kriminalni-process/9050-ix-grava-poterpilih.html>

<sup>3</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України від 13. 04. 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

<sup>4</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>

<sup>5</sup> Котяй проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 20 січня 2011 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://document.ua/sprava-kotjai-proti-ukrayini-doc46065.html>

<sup>6</sup> Нікіфоренко проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 18 лютого 2010 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pozovna.com.ua/практика-європейського-суду-з-прав-людини/118-nikiforenko-vs-ukraine>

<sup>7</sup> Меріт проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 30 березня 2004 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/SO0776.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO0776.html)

<sup>8</sup> Мухін проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 19.10.2006 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://if.arbitr.gov.ua/sud5010/900/10/1/>

<sup>9</sup> Теліга та інші проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 21.12.2006 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://if.arbitr.gov.ua/sud5010/900/10/1/>

<sup>10</sup> Єфименко проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 18.07.2006 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://if.arbitr.gov.ua/sud5010/900/10/1/>

<sup>11</sup> Смирнова проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 08.11.2005 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://if.arbitr.gov.ua/sud5010/900/10/1/>

<sup>12</sup> Плешков проти України: Рішення Європейського суду з прав людини (рішення від 10.02.2011 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://if.arbitr.gov.ua/sud5010/900/10/1/>

<sup>13</sup> Литвинюк та 9 інших проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 14.01.2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://if.arbitr.gov.ua/sud5010/900/10/1/>

<sup>14</sup> Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 13.07.2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/>

<sup>15</sup> Ухвала слідчого судді Печерського районного суду м. Києва від 12.06.2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/>

<sup>16</sup> Ягунов Д. В. Дотримання розумних строків на стадії досудового розслідування та захист прав потерпілого : окремі проблеми чинного кримінального процесуального законодавства та шляхи їх вирішення / Д. В. Ягунов// Актуальні проблеми політики. – 2014. – Вип. 53. – С. 332–341.

<sup>17</sup> Ухвала слідчого судді Зарічного районного суду м. Суми від 03.10.2013 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/>

<sup>18</sup> Ухвала слідчого судді Коростишівського районного суду Житомирської області від 12.04.2013 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/>

<sup>19</sup> Ухвала слідчого судді Любарського районного суду Житомирської області від 04.01.2013 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/>

<sup>20</sup> Ягунов Д. В. Вказана праця.

<sup>21</sup> Ухвала слідчого судді Жовтневого районного суду м. Харкова від 14.03.2014 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/>

<sup>22</sup> Ensuring the viability of the Strasbourg Court: structural deficiencies in States Parties: Report (Provisional version). Rapporteur: Mr Serhii Kivalov : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://assembly.coe.int/Communication/pressajdoc29\\_2012rev.pdf](http://assembly.coe.int/Communication/pressajdoc29_2012rev.pdf)

<sup>23</sup> Кабулов проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 19.11.2009 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://if.arbitr.gov.ua/sud5010/900/10/1/>

<sup>24</sup> Soering проти Сполученого Королівства: Рішення Європейського суду з прав людини від 7 липня 1989 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_UKR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_UKR.pdf)

### Резюме

**Мудрак І. В. Проблематика оскарження потерпілим недотримання розумних строків під час здійснення кримінального провадження.**

У статті досліджені проблемні питання, пов'язані з дотриманням розумних строків під час здійснення кримінального провадження та, зокрема, захист прав потерпілого на оскарження неотримання розумних строків, права потерпілого на відшкодування (компенсацію) збитків через необґрунтовану тривалість судочинства.

**Ключові слова:** потерпілий у кримінальному провадженні, розумні строки, відновлення права потерпілого на розумний строк провадження.

## Резюме

**Мудрак И. В. Проблематика обжалования потерпевшим несоблюдение разумных сроков во время осуществления уголовного производства.**

В статье исследованы проблемные вопросы, связанные с соблюдением разумных сроков во время осуществления уголовного производства и, в частности, защита прав потерпевшего на обжалование несоблюдения разумных сроков, права потерпевшего на возмещение (компенсацию) ущерба в силу необоснованной продолжительности производства.

**Ключевые слова:** потерпевший в уголовном производстве, разумные сроки, возобновление права потерпевшего на разумный срок производства.

## Summary

**Mudrak I. Problems appeal victims failure reasonable time during the criminal proceedings.**

The article explored issues related to compliance with the reasonable time during the criminal proceedings and, in particular, the protection of the victim to appeal the failure to obtain a reasonable time, the right of the victim to compensation losses due to unreasonable length of proceedings.

**Key words:** the victim in a criminal proceeding, reasonable time, restoration of rights of the victim in reasonable time of proceedings.

УДК 343.137.9

## О. І. НАЗРУК, Р. Я. КОВАЛЬОВА

*Олена Ігорівна Назарук, кандидат юридичних наук, доцент Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки*

*Руслана Ярославівна Ковальова, студентка магістратури Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки*

## РЕЖИМ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПЕРЕВАГИ ТА НЕДОЛІКИ

Розвиток сучасних технологій вимагає застосування інноваційних розробок і у сфері кримінального провадження. Так, під час досудового розслідування чи безпосередньо судового розгляду, у випадку неможливості особистої участі певних осіб у кримінальному процесі, може бути прийняте рішення про проведення окремих слідчих чи процесуальних дій у режимі відеоконференції. На сьогодні дистанційне провадження (режим відеоконференції) ефективно застосовується у практиці більшості європейських держав та США. Така можливість передбачена і у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві.

Режим відеоконференції активно застосовується як при проведенні окремих слідчих (розшукових) дій, так і при здійсненні процесуальних дій під час судового провадження. Проте відповідно до національного законодавства, під час досудового розслідування режим відеоконференції можливий лише при проведенні таких слідчих дій як допит та пред'явлення для впізнання. Впровадження режиму відеоконференції безумовно сприяє всебічному, повному та об'єктивному дослідженні обставин вчинення кримінального правопорушення, однак його застосування на практиці вимагає відповідного теоретичного дослідження.

Проблематику використання режиму відеоконференції у кримінальному процесі досліджували ряд вітчизняних та зарубіжних науковців, такі як: Д. Арабулі, Р. Абдуліна, П. Волосюк, Т. Гавриш, Н. Карпов, А. Кофанов, Н. Кушакова-Костицька, В. Малярєнко, В. Мурадов, М. Пашковський, Т. Полякова, А. Сизоненко, М. Смирнов, Б. Стрілець, О. Толочко, О. Тульська, І. Черниченко, С. Ширіна, В. Шепітько, Л. Щербина, М. Якимчук та інші. Разом із тим, це питання породжує ряд дискусійних моментів, які потребують теоретичного вивчення, з метою обґрунтування можливих шляхів їх вирішення.

**Мета** статті полягає в дослідженні переваг та недоліків застосування режиму відеоконференції під час досудового розслідування та судового провадження, визначенні можливих шляхів вирішення проблемних питань.

Режим відеоконференції дає можливість провести слідчу (розшукову) чи процесуальну дію, якщо окремий учасник кримінального процесу не в змозі особисто бути присутнім при цьому. Правові основи вказаного питання визначені у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України), Законі України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22 травня 2003 року, Інструкції про порядок роботи з технічними засобами відеозапису ходу і результатів процесуальних дій, проведених у режимі відеоконференції під час судового засідання (кримінального провадження)» (далі – Інструкція),



затвердженій наказом Державної судової адміністрації України від 15 листопада 2012 р., роз'ясненні Міністерства юстиції України «Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження» від 22 липня 2013 р. тощо.

У теорії правової думки відеоконференцію визначено як інформаційну технологію, що забезпечує одночасно двосторонню передачу, обробку, перетворення і візуалізацію інтерактивної інформації на відстань в режимі реального часу з допомогою апаратно-програмних засобів обчислювальної техніки<sup>1</sup>. Водночас, в Інструкції закріплено, що відеоконференція – це телекомунікаційна технологія інтерактивної взаємодії двох або більше віддалених учасників кримінального провадження з можливістю обміну аудіо-та відеоінформацією у реальному масштабі часу з урахуванням керуючих даних<sup>2</sup>. Як бачимо, і законодавча, і наукова дефініції містять наступні характерні риси відеоконференції: 1) це технологія за участю телекомунікаційних мереж; 2) просторова віддаленість учасників кримінального процесу; 3) режим реального часу; 4) одночасність взаємодії учасників шляхом обміну інформацією.

Іноді поняття «відеоконференція» ототожнюють з поняттям «відеозв'язок», під яким розуміють зв'язок, здійснюваний за допомогою передачі/прийому зображення і звуку. Проте це обґрунтовано заперечується окремими науковцями і головним аргументом є кількісний показник учасників. Відеозв'язок з технічного боку полягає головним чином у спілкуванні двох осіб та наявності двох відеоточок. Тоді як у конференції бере участь більше двох осіб (судді, сторони обвинувачення та захисту, секретар судового засідання, перекладач тощо), та й відеоточок може бути більше двох<sup>3</sup>.

Дистанційне досудове розслідування передбачено лише щодо таких слідчих (розшукових) дій як допит, пред'явлення для впізнання осіб, впізнання речей. Щодо дистанційного судового провадження, то воно може здійснюватися в судах першої, апеляційної, касаційної інстанцій, обмежуючись при цьому виключно можливістю допиту. У той же час ст.ст. 232, 336 КПК України визначають наступні підстави використання режиму відеоконференції у кримінальному провадженні: 1) неможливість безпосередньої участі певних осіб у досудовому провадженні (учасника провадження у кримінальному провадженні) за станом здоров'я або з інших поважних причин; 2) необхідності забезпечення безпеки осіб; 3) проведення допиту малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого; 4) необхідності вжиття таких заходів для забезпечення оперативності досудового розслідування (судового провадження); 5) наявності інших підстав, визначених слідчим, прокурором, слідчим суддею (у разі дистанційного досудового розслідування) або судом (у разі дистанційного судового провадження) достатніми<sup>4</sup>.

На нашу думку, такий вузький перелік слідчих та судових дій, що можуть бути проведені у режимі відеоконференції, є не виправданим та потребує законодавчого розширення. Адже правова заборона дистанційного проведення інших слідчих та судових дій немає об'єктивного обґрунтування. Цікаво, що КПК України від 28 грудня 1960 р. передбачав можливість використання відеоконференції під час допиту свідка, експерта, підозрюваного, обвинуваченого і підсудного, очної ставки, відтворення обстановки і обставин події, а також пред'явлення для впізнання без будь-яких обмежень за видом об'єкта впізнання<sup>5</sup>. Враховуючи постійний розвиток науково-технічного прогресу, вважаємо за доцільне закріпити невичерпний перелік слідчих (розшукових) та судових дій, що можуть бути проведені дистанційно.

Спільним і для досудового розслідування, і для судового провадження є правило, щодо можливості використання режиму відеоконференції залежно від відповідного волевиявлення учасників кримінального провадження, слідчого, прокурора, слідчого судді, суду. Якщо ж особа заперечує проти проведення дистанційного розслідування чи судового розгляду, то воно можливе тільки у разі прийняття вмотивованого, обґрунтованого рішення слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду. У той же час це правило не діє щодо заперечення підозрюваного (обвинуваченого), яке унеможливорює застосування режиму відеоконференції.

На жаль, у вітчизняному законодавстві немає чіткого врегулювання питання місцеперебування захисника у випадку застосування режиму відеоконференції. Звичайно, що визначати місцеперебування адвоката повинен його підзахисний. У цьому разі можливі три варіанти: 1) коли адвокат перебуває в залі судового засідання; 2) коли він знаходиться разом із своїм підзахисним за межами судової зали; 3) якщо у справі є два чи більше захисники, то один з них може знаходитися поряд з підзахисним, а другий – у судовому засіданні. Більш поширеним на практиці є перший варіант, що полегшує подання доказів, документів, клопотань, проте при цьому виникають труднощі у спілкуванні адвоката з підзахисним, надання порад з певних питань тощо. Другий варіант може обмежувати право обвинуваченого на конфіденційну розмову зі своїм захисником у разі здійснення запису їх спілкування технічними засобами. Збереження конфіденційності розмови можливе було б шляхом призупинення секретарем судового засідання фіксування відеоконференції на період такої розмови, тому доцільно дане положення закріпити у законодавстві. Найбільш результативним для підзахисного є третій варіант, проте тут слід враховувати фінансові можливості та витрати особи на декількох адвокатів.

Більше того, важливим є визначення місця перебування таких учасників кримінального провадження як педагог, психолог, лікар, законний представник, а тому потребує закріплення у відповідних правових нормах. Відсутність останніх ускладнює проведення дистанційного досудового розслідування, судового провадження. Зважаючи на функції педагога, психолога, лікаря, законного представника, доцільно, щоб ці особи перебували поруч із неповнолітніми, недієздатними чи обмежено дієздатними особами, які беруть участь у проведенні процесуальних дій під час кримінального провадження. При вирішенні цього питання варто вра-

ховувати особливості проведення процесуальних дій за участю малолітніх, неповнолітніх, недієздатних чи обмежено дієздатних осіб, що передбачені статтями 44, 59, 226, 227, 354, 491 КПК України<sup>6</sup>.

Дискусійним є питання, в якій спосіб особа, що допитується дистанційно, повинна підписати протокол, дати письмову розписку про роз'яснення їй прав, обов'язків та відповідальності за відмову давати покази і за надання завідомо неправдивих показань. Як справедливо зазначають науковці, вирішенням може стати застосування електронного протоколу допиту та електронної форми розписки, які каналами зв'язку направлятимуться безпосередньо слідчому чи в зал судового засідання. Електронний цифровий підпис, представлений на електронному бланку протоколу, засвідчується посадовими особами, уповноваженими встановлювати особу, яка бере участь у проведенні процесуальних дій у режимі відеоконференції<sup>7</sup>.

Докази, отримані у зв'язку з застосуванням режиму відеоконференції, можуть бути прийняті судом лише за умови дотримання належного порядку проведення слідчих (розшукових) і судових дій дистанційно. Спостереження за проведенням процесуальної дії, психічним, фізичним станом особи дає змогу суду переконатися у законності та можливості використання як доказів результатів, отриманих за допомогою відео конференції. До того ж, організувати відеоконференцію потрібно таким чином, щоб було видно не лише осіб, які беруть у ній участь, але і приміщення, де вони перебувають. У протилежному випадку такі докази можуть заперечуватися учасником кримінального провадження.

Застосування дистанційного провадження неоднозначно сприймається в теорії кримінального процесу. Ми підтримуємо думку В. В. Білоуса, який вважає, що використання технологій відеоконференції зв'язку в кримінальному процесі дозволяє підвищити ефективність використання часу, фінансових і людських ресурсів, збільшити кількість розглянутих проваджень за певний проміжок часу, скоротити строки розгляду тощо<sup>8</sup>.

Водночас, аналізуючи проведення допиту в режимі відеоконференції, М. В. Палатова зазначає, що психологізований характер допиту пов'язаний з особистісними особливостями допитуваного та особи, яка їх допитує, психічним впливом, який вони справляють один на одного. Елементами інформаційної системи, у ролі якої виступає допитуваний, джерелами невербальної інформації, яка надходить від нього, є зовнішність, одяг, інші супутні речі, предмети матеріального мікросередовища за місцем проживання, роботи, дозвілля; паралінгвістична поведінка (переміщення в просторі, міміка); вчинки в формальних і неформальних умовах тощо. Інформація яка сприймається слідчим чи суддею, що надходить від допитуваного, дозволяє діагностувати істинність показань. Крім того, невербальна складова спілкування, але вже з боку слідчого і судді, також надає можливості інтонацією, жестами керувати ситуацією, оскільки, наприклад, при постановці питань підвищеним тоном допитувана особа більш психологічно гостро розуміє важливість саме цієї частини інформації, більш відповідально ставиться до власних висловлювань. Таким чином, під час використання відеоконференції зв'язку відбувається дефіцит переданої інформації, який пояснюється превалюванням тільки її вербальної складової<sup>9</sup>.

Ми погоджуємося, що природне, «живе» спілкування насправді характеризується більшою емоційністю та інформативністю, проте економія часу, сил, матеріальних ресурсів під час використання режиму відеоконференції дозволяє забезпечити оперативність кримінального провадження. Не варто забувати, що дистанційне досудове розслідування, судове провадження є не загальним правилом, а швидше винятком, обґрунтованою неможливістю безпосередньої особистої участі особи у кримінальному процесі. І хоча режим відеоконференції знижує рівень комунікативного контакту з відповідною особою, але не варто вважати це перешкодою для ефективного комунікативного спілкування між учасниками кримінального провадження, судом та ін.

Досліджуючи питання використання режиму відеоконференції у кримінальному процесі, можна окреслити наступні його переваги. По-перше, вчинення слідчих (розшукових) та судових дій у режимі відеоконференції є більш економічним порівняно з іншими відповідними заходами як щодо часу, так і щодо фінансових витрат, зокрема на доставку в судові засідання осіб, що тримаються під вартою. По-друге, це дає можливість відмежувати особу, до якої застосовується відеоконференція, від небезпечного для неї учасника кримінального процесу або ж взагалі залишити таку особу невідомою.

Спроба узагальнення недоліків використання режиму відеоконференції у кримінальному провадженні була зроблена у пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо скасування відеоконференцій» від 15 лютого 2013 року. Серед них: по-перше, недостатній для нормального спілкування рівень технічного зв'язку між судом та установою виконання покарань (попереднього ув'язнення), у тому числі періодичне зникнення звуку і зображення під час відеоконференції, перешкоджання шумів та відлуння для повного розуміння висловлених учасниками процесу фраз; по-друге – неможливість подання на розгляд суду письмових клопотань, доказів та інших процесуальних документів, які є на руках у учасника процесу, що перебуває в установі виконання покарань; по-третє – неможливість для учасника процесу, що перебуває в установі виконання покарань, конфіденційно порадитись зі своїм захисником (якщо він один), який перебуває у залі суду територіально в іншому місці. Якщо ж адвокат перебуватиме разом із своїм підзахисним, він не може передати суду клопотання, докази, документи, підготовлені до засідання, але які за законодавством подаються під час судового засідання<sup>10</sup>.

На нашу думку, викладені зауваження є слушними, адже режим відеоконференції дійсно має певні недоліки, які потребують вирішення, проте слід враховувати і переваги можливості здійснення кримінального провадження дистанційно. Відтак вважаємо необґрунтованою ідею скасування відеоконференції і підтримуємо думку Головного науково-експертного управління щодо недоцільності повної відмови від використання цього режиму.

У Висновку Головного управління на проект даного Закону звертається увага не лише на переваги дистанційного досудового розслідування та судового провадження, а й на світовий досвід застосування відеоконференцій в судовому процесі (США, Канада, Австралія, Велика Британія та ін.). Необхідність застосування режиму відеоконференцій правоохоронними органами та судами передбачена низкою міжнародно-правових документів. До того ж, наявні недоліки можна вирішити підвищенням якості обладнання, коригуванням відповідних законодавчих положень тощо<sup>11</sup>.

Отже, застосування режиму відеоконференції спрямоване на забезпечення участі учасника кримінального процесу у разі неможливості його особистої присутності під час окремих слідчих (розшукових) чи судових дій. Підвищення якості правосуддя, забезпечення його доступності та реалізації права на судовий захист, скорочення строків розгляду справ, економія фінансів – ці та інші позитивні аспекти характерні для дистанційного досудового розслідування та судового провадження. Наявні недоліки застосування дистанційного провадження можуть бути усунені, зокрема, шляхом вдосконалення технічного обладнання, законодавчого вирішення питання місцеперебування захисника у разі застосування системи відеоконференції, створення за допомогою технічних засобів умов для конфіденційного спілкування учасників, застосування електронного протоколу допиту, цифрового підпису, електронної форми розписки тощо.

<sup>1</sup> Михальчук Т. В. Особливості проведення окремих слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції / Т. В. Михальчук // Криміналістика і судебна експертиза. – 2013. – Вип. 58 (1). – С. 138–144. – С. 139.

<sup>2</sup> Про затвердження Інструкції про порядок роботи з технічними засобами відеозапису ходу і результатів процесуальних дій, проведених у режимі відеоконференції під час судового засідання (кримінального провадження): Наказ Державної судової адміністрації від 15 листопада 2012 р. № 155 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dsa.court.gov.ua/dsa/14/N1552012>

<sup>3</sup> Архипова Е. А. Применение видеоконференцсвязи в уголовном судопроизводстве России и зарубежных стран (сравнительно-правовое исследование): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Архипова Екатерина Александровна. – М., 2013. – 198 с. – С. 33.

<sup>4</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. №4651-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

<sup>5</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 28.12.1960 р. №1001-05 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1001-05>

<sup>6</sup> Кучинська О. П. Окремі праксеологічні аспекти застосування режиму відеоконференції у кримінальному провадженні в Україні / О. П. Кучинська, І. В. Черниченко // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2014. – № 5. – С. 41–49. – С. 46.

<sup>7</sup> Там само. – С. 44

<sup>8</sup> Білоус В. В. Дистанційне кримінальне провадження: недоліки законодавчої регламентації і шляхи їх усунення / В. В. Білоус // Законодавство України: історія розвитку, соціальна обумовленість, якість, застосування та вдосконалення: тези доп. міжнар. наук.-практ. конф., м. Запоріжжя, 5–6 груд. 2014 р. – Запоріжжя, 2014. – С. 185–188. – С. 103.

<sup>9</sup> Палатова М. В. Критерії інформативності при дистанційному допиті задля забезпечення процесуальної рівності сторін і змагальності процесу / М. В. Палатова // Європейські стандарти кримінального судочинства: Матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Донецьк, 27 вересня 2013 року). Ред. кол.: О. О. Волобуєва, В. П. Горбачов, Д. С. Паламар. – Донецьк: ДЮІ МВС України, 2014. – С. 204–205.

<sup>10</sup> Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо скасування відеоконференцій: Пояснювальна записка до проекту Закону України від 15.02.2013 р. № 2305 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=45773](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45773)

<sup>11</sup> Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо скасування відеоконференцій: Висновок Головного науково-експертного управління на проект Закону України від 19.08.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=45773](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45773)

#### Резюме

##### **Назарук О. І., Ковальова Р. Я. Режим відеоконференції у кримінальному процесі: переваги та недоліки.**

Стаття присвячена висвітленню окремих аспектів та виокремленню позитивних та негативних моментів під час використання режиму відеоконференції при проведенні слідчих (розшукових) дій на досудовому розслідуванні та судових дій у судовому провадженні. Обґрунтовано важливе значення можливості дистанційного судового провадження в режимі відеоконференції. Проаналізовано основні недоліки та переваги застосування цієї технології у кримінальному провадженні.

**Ключові слова:** режим відеоконференції, дистанційне досудове розслідування, дистанційне судове провадження, допит, пред'явлення для впізнання, слідчі (розшукові) дії, особа, щодо якої застосовується відеоконференція.

#### Резюме

##### **Назарук Е. И., Ковалева Р. Я. Режим видеоконференции в уголовном процессе: преимущества и недостатки.**

В статье рассматривается актуальная проблема уголовного процесса о преимуществах и недостатках использования видеоконференции при проведении дистанционного судебного производства. Исследование посвящено выяснению отдельных аспектов и выделению положительных и отрицательных моментов использования режима видеоконференции при проведении следственных (розыскных) действий на предварительном расследовании и судебных действий в судебном производстве. Обоснованно важное значение возможности дистанционного судебного производства в режиме видеоконференции. Проанализированы основные недостатки и преимущества применения этой технологии в уголовном судопроизводстве.

**Ключевые слова:** режим видеоконференции, дистанционное досудебное расследование, дистанционное судебное производство, допрос, предъявление для опознания, следователи (розыскные) действия, лицо, в отношении которого применяется видеоконференция.

### Summary

*Nazaruk E., Kovalova R. Videoconference in criminal proceedings: advantages and disadvantages.*

The article is dedicated to clarifying the topical issue of the criminal process as the advantages and disadvantages of videoconferencing during the conducting a remote judicial proceeding.

Research is devoted to elucidating certain aspects and highlighting the positive and negative aspects by the using videoconference during the investigative (search) actions of remote prejudicial inquiry and judicial action in the legal proceedings.

Essential opportunities of remote proceedings by the using videoconference is proved. The main advantages and disadvantages of this technology in criminal proceedings is analyzed.

**Key words:** videoconference, remote prejudicial inquiry, remote judicial proceeding, examination, submission for identification, investigative (search) actions, the person against whom applied videoconference.

УДК 343.241+343.8

### Т. Б. НИКОЛАЄНКО

*Тетяна Богданівна Ніколаєнко, кандидат юридичних наук, доцент, докторант Національної академії Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького*

## ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ПОКАРАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ З ІЗОЛЯЦІЄЮ ОСОБИ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦЯ

Дослідження правової проблеми нормативно-правового регулювання покарань стосовно військовослужбовців, пов'язаних з їх ізоляцією, можливе у комплексі теоретичних та практичних знань особливостей їх призначення та відбування в розрізі сучасних реформувань кримінально-виконавчої системи, системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів. Нині питання стосовно виконання покарань щодо військовослужбовців відзначаються певною відсутністю цілісності підходу, починаючи від єдності системи виконання покарань та її органів до нормативно-правового їх врегулювання. Відповідно, існує об'єктивна потреба у реформуванні як кримінальних покарань, що застосовуються до військовослужбовців, так і системи їх виконання на ґрунті досягнень національного законодавства, існуючих європейських цінностей, положень міжнародних договорів.

Приступаючи до концептуального дослідження нормативно-правового регулювання покарань стосовно військовослужбовців, необхідно насамперед звернутися до розуміння суті поняття «покарання, пов'язане з ізоляцією особи військовослужбовця» та його особливих ознак.

Етимологія слова «поняття» визначає її як одну з форм мислення, результату узагальнення суттєвих ознак об'єкта дійсності; розуміння кимось чого-небудь, що склалося на основі якихось відомостей<sup>1</sup>. Визначення поняття «покарання, пов'язане з ізоляцією особи» повинно відповідати узагальненням суттєвих, істотних ознак, що дає його розуміння.

Поняття, ознаки покарання як такого неодноразово піддавались осмисленню його суті та змісту в роботах багатьох філософів, психологів, педагогів, юристів. Поява інтересу до нього щоразу формулювала авторське розуміння поняття «покарання» та виокремлення суттєвих його ознак. Зокрема, серед вчених у науці кримінального права цим аспектам чимало уваги було приділено М. І. Бажановим, В. О. Глушковим, В. К. Грищуком, М. Й. Коржанським, А. Х. Степанюком, Т. А. Денисовою, Ю. В. Шинкар'євим, І. С. Яковець та ін. Щоразу кожен із них визначав власну позицію розуміння «покарання» та його суті. Так, М. І. Бажанов вказував, що покарання – це особливий примусовий захід, поєднаний з карою і застосовуваний відповідно до кримінального закону за вчинення злочину<sup>2</sup>; захід державного примусу, що застосовується судом у вироківі до особи, котра вчинила злочин, і є за своєю суттю карою, яка виражає від імені держави негативну оцінку як злочину, так і особи, яка його вчинила<sup>3</sup>. М. Й. Коржанський зазначав як застосовану судом міру державного спонукання, яка вказує, що вона заподіює злочинцеві певні втрати, висловлюючи йому від імені держави заперечливу, докірливу, юридичну та моральну оцінку його поведінці<sup>4</sup>. На думку Ю. Л. Шевцова, це цілеспрямованість карального позбавлення чи обмеження засудженого прав і свобод відповідно до тяжкості вчиненого злочину примусовості такого заходу. Т. А. Денисова вбачає в карі, що застосовується від імені держави за вирокіом суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає у передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого<sup>5</sup>. В. К. Грищук визначав як форму реалізації кримінальної відповідальності, що як історично мінливий, найбільш суттєвий крайній засіб державного примусу, має особистісний характер, зі своїм змістом – карою – позбавленні або (і) обмеженні прав і свобод особи та породжує особливий статус для неї – судимість<sup>6</sup>. Таким чином, як ми бачимо, поняття «покарання» ніколи не втрачає своєї актуальності. Різноманітність думок підкреслює, що його розуміння постійно перебуває в колі наукових дискусій, визначаючи незавершеність процесу його одностайності та визначеності узагальнюючих ознак.



Кожен раз, визначаючи поняття «покарання», вчені намагалися вказати у ньому ті риси, що, як вони вважають, більш влучно та вдало його характеризували. На думку одних, – це характеристика шести суттєвих ознак покарання, інших – семи, третіх – восьми і т.д. Як і саме поняття, систематизація суттєвих її ознак також не знайшла своєї єдності. Зокрема, на думку В. М. Трубникова, до ознак покарання належать: 1) міра державного примусу, що встановлюється кримінальним законом, застосовується судом, примушує конкретну особу до певної законотворчої поведінки; 2) призначення особі, яка вчинила злочин, передбачений кримінальним законом; 3) застосування виключно судом; 4) кара за вчинене особою суспільно небезпечне діяння, що передбачене кримінальним законом; 5) негативна оцінка вчиненого особою діяння і особи, яка його вчинила та 6) у передбачених законом обмеженнях прав і свобод засудженого<sup>7</sup>. В. І. Зубкова, окрім того, зазначає обов'язковість наявності судимості<sup>8</sup>. В. К. Гришук до ознак покарання відносить форму кримінальної відповідальності<sup>9</sup>, Т. А. Денисова – кару, що встановлює обмеження прав і свобод засудженого, покладаючи обов'язок зазнавати втрат і обмежень, пов'язаних із застосуванням покарання, почуття ганьби, сорому перед суспільством і своїми близькими<sup>10</sup>, індивідуальність характеру щодо унеможливлення спрямування на інших осіб; його публічності у виді призначення судом від імені держави з обов'язковим виконанням усіма громадянами, посадовими особами та органами на всій території України<sup>11</sup>. Не зупиняючись на аналізі кожного з них, дослідження яких призведе до виходу за межі предмета нашого дослідження, зазначимо, що загальна позиція каральної діяльності, примушування винної особи до правомірної поведінки за наявності певних правообмежень покаранню притаманна більшості позицій вчених. Проте для ефективності подальшого проведення нашого наукового дослідження необхідно звернутися до спеціальних ознак, що характеризують групу покарань, пов'язаних з ізоляцією особи, зокрема особи засудженого військовослужбовця.

Як ми вже зазначали вище, однією із ознак, що зумовлюють виокремлення групи покарань, пов'язаних з ізоляцією особи, є саме ізоляція особи.

Ізоляція особи полягає в ізоляції засудженого від суспільства, певного оточення, з відповідними правообмеженнями.

При зовнішній фізичній ізоляції особа засудженого поміщається в ізольоване приміщення: виправну колонію, на гауптвахту, у військову частину (дисциплінарний батальйон), де їй забороняється самовільно залишати призначену для перебування ізолювану територію, приміщення або визначене місце роботи, а також перебувати без дозволу адміністрації колонії у гуртожитках та відділеннях, у яких вони не проживають, або на виробничих об'єктах, на яких вони не працюють.

При фізичній внутрішній ізоляції засуджений військовослужбовець утримується у загальних (по 3–10 осіб), одиночних (у виняткових випадках чи за порушення встановленого порядку відбування покарання) та спеціальних палатах диференційовано залежно від статі, виду військової служби та складу.

Територія та приміщення, які призначені для розміщення та обслуговування засуджених військовослужбовців, надійно відокремлюються парканом (гратами) від адміністративної території дисциплінарного батальйону; двері (вхідні ворота) в розташування (на території) змінного складу обладнуються звуковою сигналізацією та відчиняються тільки з дозволу чергового дисциплінарного батальйону; вікна і двері приміщень, в яких розміщують засуджених військовослужбовців, обладнують металевими ґратами, а двері також обладнують механічними та, за можливості, додатково – електромеханічними замками. Для забезпечення надійної охорони засуджених та належного контролю за ними визначена наявність озброєного конвою. Останні стежать за забезпеченням спілкування засуджених зі сторонніми особами<sup>12</sup>. Обладнання камер здійснюється відповідно до норм Інструкції про порядок і умови утримання засуджених, узятих під варту та затриманих військовослужбовців

Духовна (інтелектуальна) ізоляція засуджених військовослужбовців полягає в обмеженні спілкування з родичами, можливості отримувати культурну, політичну інформацію в повному обсязі, в тому числі з використанням засобів масової інформації, отримання та тримання відповідної літератури, книг, журналів тощо. Проте її наявність має доволі прогресивний характер. Відповідно до Закону України «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів» від 8 квітня 2014 р. № 1186-VII розширено діапазон реалізації права засудженого військовослужбовця на здійснення свободи сповідувати будь-яку релігію або виражати переконання, пов'язані зі ставленням до релігії; можливості одержувати і відправляти листи та телеграми без обмеження їх кількості; користуватися настільними іграми; слухати радіо, точка облаштування якого передбачена у кожній камері; користуватися книгами, журналами і газетами, які є в наявності; зустрічатися з родичами та іншими особами; одержувати і відправляти посилки, бандеролі, грошові перекази, одержувати передачі; палити під час прогулянок; вести телефонні розмови з особами, які знаходяться поза межами гауптвахти, користуватися глобальною мережею Інтернет; одержувати освіту відповідно до законодавства про освіту; розпоряджатися вільним часом, який відведений розпорядком дня, не порушуючи при цьому правил поведінки тощо<sup>13</sup>. Хоча обмеження щодо побачень з родичами, близькими, колегами по службі, користування літературою, перегляду телепередач, користування мережею Інтернет є в наявності. Порівнюючи становище засуджених до арешту, що не є військовослужбовцями, із засудженими військовослужбовцями, які тримаються на гауптвахті, можна стверджувати, що становище останніх є доволі лояльним. Регламентування 21 пункту прав засудженого військовослужбовця, який тримається на гауптвахті Інструкцією про порядок і умови утримання засуджених, узятих під варту та затриманих військовослужбовців на протипагу п'яти, передбачених ч. 3 ст. 51 Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК України) стосовно засудженим до арешту або чотирьох

в Правилах внутрішнього розпорядку установ виконання покарань Особливостях тримання засуджених в арештних домах говорить само за себе.

Ізоляція для позбавлення волі (на певний строк та довічне позбавлення) як виду покарання говорить само за себе. Диспозиція ст. 63 Кримінального кодексу України (далі – КК України) зазначає, що покарання у виді позбавлення волі полягає в ізоляції засудженого та поміщенні його на певний строк до кримінально-виконавчої установи закритого типу. Зрозуміло, що як і на гауптвахті, дисциплінарному батальйоні, засуджені до позбавлення волі не відриваються повністю від суспільства, сім'ї, родичів. Їх ізолювання полягає в певному відстороненні від суспільного середовища, вільного життя, можливості розпоряджатися собою, користуватися правами, свободами, можливостями тощо та своїми права. Але перебуваючи у кримінально-виконавчих установах закритого типу, особи зазнають більших обмежень порівняно з іншими засудженими до арешту чи тримання у дисциплінарному батальйоні. Залежно від рівня безпеки колонії рівень ізоляції засуджених змінюється з відповідним обсягом їх правообмежень. Як зазначав М. О. Стручков, ізоляція засуджених в тюрмах є таким її типом, який щодо вітчизняних виправно-трудовак закладів можна назвати максимальним<sup>14</sup>. Зокрема, у виправних колоніях максимального рівня безпеки тримання засуджених здійснюється в умовах суворої ізоляції; щодо них обмежена кількість короткострокових та тривалих побачень; отримання посилок, бандеролей; визначена сума витрат коштів на місяць тощо. Хоча міжнародні документи і рекомендують максимально зводити ізоляцію засуджених до мінімуму, зі зміцненням зв'язків із родиною, можливостей здобуття подальшої освіти, культурної діяльності, сучасні реалії ступеня ізоляції засуджених, необхідність адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів потребують більш дієвих кроків щодо їх реалізації. Одним із них можна назвати покращення правового статусу засуджених, які відбувають покарання у виправних колоніях максимального рівня безпеки, де право останніх на обмеження витрат для придбання продуктів харчування, одягу, взуття, білизни та предметів першої потреби гроші, зароблені у виправній колонії, одержані за переказами, за рахунок пенсії та іншого доходу, їх обсягу було знято. Аналогічна дія такого положення стосувалась і виправних колоній мінімального та середнього рівня безпеки<sup>15</sup>.

Важливою ознакою, що характеризує покарання, пов'язані з ізоляцією особи, є наявність режиму. Це поняття неодноразово пов'язують із покаранням у виді позбавлення волі. Чинне законодавство визначає поняття режиму встановленого порядку виконання та відбування покарання, що забезпечує ізоляцію засуджених; постійний нагляд за ними; виконання покладених на них обов'язків; реалізацію їхніх прав і законних інтересів; безпеку засуджених та персоналу; роздільне тримання різних категорій засуджених; різні умови тримання засуджених залежно від виду колонії та зміну умов тримання засуджених. Проте таке положення стосується лише виправних та виховних колоній<sup>16</sup>. Як такого поняття «режим» законодавством не встановлено. За роз'ясненнями тлумачного словника, режим є суворо встановлений розпорядок життя, праці, відпочинку тощо<sup>17</sup>. Вченими пропонується як сукупність правил поведінки<sup>18</sup>, порядок (виконання покарання, життя і праці засуджених, тримання в установах виконання покарань, виконання-відбування покарання, реалізації кримінально-правової кари)<sup>19</sup>; діяльність адміністрації установі виконання покарань<sup>20</sup>; правопорядок<sup>21</sup>. Як зазначає А. Х. Степанюк, режим як система правил, заходів, необхідних для досягнення мети, дає можливість виокремити визначення режиму покарання (позбавлення волі) як встановлену кримінально-виконавчим законодавством сукупність правил поведінки засуджених (режим відбування покарання) та заходів, що здійснюються органами й установами виконання покарань, спрямованими для досягнення цілей покарання (режим виконання покарання) у вузькому значенні – інститут позбавлення волі та у широкому – режим виконання-відбування покарання інших видів покарань<sup>22</sup>. Положення КВК України під режимом розуміє основний засіб виправлення та ресоціалізації засуджених, що визначає порядок виконання та відбування покарання для досягнення цілей покарання. При чому в одних випадках визначається як порядок виконання та відбування покарання, як такий (при виконанні покарання у виді позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, службовому обмеженні для військовослужбовців, конфіскації майна та ін.), в інших, – як сутність конкретного виду покарання («режим у дисциплінарному батальйоні», «режим у колоніях», «режим особливих умов у колоніях»). Не заперечуючи логічність існування кожного з них, все ж варто зазначити, що чинним КВК України режим покарань, пов'язаних з ізоляцією особи, розуміється як для здійснення забезпечення ізоляції засуджених, охорони та постійного нагляду за ними, роздільного утримання різних категорій осіб за відповідними критеріями, неухильного та точного виконання засудженими своїх обов'язків; створення умов для успішного застосування різних основних засобів виправлення особи. Таке тлумачення безпосередньо впливає з розуміння диспозиції ст. 102 КВК України як «Режим у колоніях та його основні вимоги», посилення на неї «режиму у дисциплінарному батальйоні» (ст. 72 КВК України) та «Порядку та умов виконання покарання у виді арешту» (ст. 51 КВК України). За винятком диференційованих умов тримання засуджених, їх зміни залежно від виду установи виконання покарань, режим покарань, пов'язаних з ізоляцією засуджених військовослужбовців, є аналогічними з індивідуальними особливостями реалізації стосовно кожного.

Наступна спільна ознака для покарань, пов'язаних з ізоляцією особи, це тривалість покарання.

Як відомо, «тривалість покарання» має каральний вплив, що здійснюється на засудженого протягом строку, визначеного судом. І чим триваліший строк, тим сильніший вплив покарання. Строк покарання є показником впливу ізоляції на особу засудженого. Навіть за рівності всіх інших умов при збільшенні строку покарання підвищується його каральний вплив. Як зазначав С. І. Дементьєв, суть покарання поряд з іншим полягає у тривалості його строку. Саме останнє є мірилом суспільної небезпеки засудженого і вчиненого ним

злочину<sup>23</sup>. Відповідно і чинне законодавство диференційовано підходить до його визначення. Відносно невеликої строки ізоляції встановлено для арешту. Згідно з ч. 1 ст. 60 КК України арешт призначається у межах від одного до шести місяців для повнолітніх осіб та ст. 101 КК України – від 15 до 45 діб – для осіб віком від 16 до 18 років. Тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців передбачає наступне покарання, яке за ступенем суворості підхоплює естафету тривалості ізоляції. Це покарання строком від шести місяців до двох років. На відміну від осіб, які не є військовослужбовцями, застосування покарання, пов'язаного з ізоляцією особи строком від шести місяців до одного року, зазнає прогалин. Арешт, як вид покарання, межує шістьма місяцями ізоляції особи від суспільства, а позбавлення волі розпочинає свій відлік від одного року. Тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців є єдиною ланкою між арештом та позбавленням волі, що цілісно поєднує поступове збільшення строку ізоляції особи між ними.

Водночас покарання, пов'язані з ізоляцією особи військовослужбовця, мають особливості, що пояснюються його статусом. Покарання у виді арешту з триманням на гауптвахті, тримання в дисциплінарному батальйоні призначається лише щодо визначеної категорії осіб як особи військовослужбовців. Під час відбування покарання особи військовослужбовців, окрім набуття статусу засудженої особи, залишаються у своєму попередньому статусі – статусі військовослужбовця. Правове регулювання такого становища визначається подвійністю нормативного визначення: щодо першого статусу, воно здійснюється відповідно до норм кримінально-виконавчого законодавства з питань відбування та виконання конкретного виду покарання, стосовно другого – відповідно до норм Військових Статутів та законодавства у сфері проходження та несення військової служби. Після відбування покарання засуджені військовослужбовці продовжують проходити військову службу з подальшим службовим їх використанням. Проте військовослужбовці, засуджені до позбавлення волі, у разі вступу в законну силу рішення суду щодо призначення даного покарання, втрачають такий статус. Хоча можливість повернення їх до виконання своїх службових обов'язків автором не виключається.

Ще однією особливістю, пов'язаною зі статусом засудженого військовослужбовця, є відсутність судимості в особи військовослужбовця після відбування покарання у виді тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців (чи його дострокового звільнення) та тримання на гауптвахті. Відповідно до п. 4 ст. 89 КК України особи, які відбули покарання у виді тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців чи тримання на гауптвахті, замість арешту визнаються такими, що не мають судимості. Хоча питання віднесення судимості як ознаки будь-якого покарання неодноразово порушувалося науковцями. Зокрема, Ю. В. Трубников вказує, що не можна відривати судимість від характеристики ознак покарання, оскільки стан судимості породжується виключно кримінальним покаранням, а не, наприклад, адміністративним стягненням<sup>24</sup>. Але, як ми бачимо, це не завжди так. Разом із тим, відповідно до положень Концепції реформування кримінальної юстиції України, у випадку впровадження кримінального проступку існування судимості виключатиметься стосовно останніх.

На останок зазначимо, що фінальною особливістю ознакою, що характеризує покарання, пов'язані з ізоляцією особи військовослужбовця, є наявність спеціального органу, який забезпечує їх виконання.

Відповідно до Закону України «Про Військову службу правопорядку у Збройних Силах України» Військова служба правопорядку забезпечує виконання кримінального покарання стосовно військовослужбовців, які за вироком суду засуджені до тримання у дисциплінарному батальйоні та виконує рішення про тримання військовослужбовців на гауптвахті<sup>25</sup>. Засуджені військовослужбовці до арешту з триманням на гауптвахті відбувають покарання на гауптвахті – спеціальному приміщенні, обладнаному в органах управління Військової служби правопорядку з метою виконання покарання для військовослужбовців, засуджених до арешту. Відбування покарання у виді тримання у дисциплінарному батальйоні реалізується у військовій частині (дисциплінарному батальйоні), що утримується на окремому штаті під загальним керівництвом Міністра оборони через начальника Військової служби правопорядку. Особливістю правового статусу Військової служби правопорядку є те, що він як спеціальне правоохоронне формування не є ані органом, ані установою виконання покарань, хоча за основним своїм завданням забезпечує реалізацію пенітенціарних функцій.

Стосовно відбування покарання у виді позбавлення волі засудженими військовослужбовцями, законодавство не визначає особливостей їх перебування у спеціальному місці. Проте автором з урахуванням особливостей правового статусу засуджених військовослужбовців буде розглянуто необхідність впровадження особливостей нормативного врегулювання відбування покарання у виді позбавлення волі засудженими військовослужбовцями в межах органів військовою юстиції.

Таким чином, підсумовуючи вищевикладене, можна зробити наступні висновки.

Покарання, пов'язані з ізоляцією особи військовослужбовця, окрім загальних ознак, що характеризують їх як покарання взагалі, мають спеціальні ознаки, пов'язані з ізоляцією особи (фізична та духовна ізоляція засудженого, відбування покарання у спеціальному місці, режим, строковість відбування покарання) та специфічні – з особливістю особи засудженого (подвійність правового статусу особи, наявність спеціального органу, який забезпечує виконання даних покарань).

Покарання, пов'язані з ізоляцією особи військовослужбовця, можна визначити як групу покарань, що призначаються щодо військовослужбовців, які під час відбування покарання перебувають у подвійному правовому статусі, пов'язані з певною ізоляцією особи від суспільства у спеціальному місці та виконуються спеціальним органом.



- <sup>1</sup> Куньч З. Й. Універсальний словник української мови / З. Й. Куньч. – Тернопіль : Навчальна книга – Богдан, 2007. – С. 597.
- <sup>2</sup> Багрий-Шахматов Л. В. Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть общая / Л. В. Багрий-Шахматов, М. И. Бажанов и др. ; отв. ред. Ф. Г. Бурчак. – К. : Наукова думка, 1985. – С. 335.
- <sup>3</sup> Бажанов М. І. Кримінальне право України: Загальна частина : підруч. / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін. ; за ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. 2-ге вид., переробл. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 336 с.
- <sup>4</sup> Коржанський М. Й. Уголовное право Украины. Частина загальна / М. Й. Коржанський. – К. : Наукова думка, 1996. – 336 с.
- <sup>5</sup> Денисова Т. А. Покарання: кримінально-правовий, кримінологічний та кримінально-виконавчий аспект : моногр. / Т. А. Денисова. – Запоріжжя : КПУ, 2007. – С. 64.
- <sup>6</sup> Гришук В. К. Кримінальне право України: Загальна частина: навч. посіб. для студентів юрид. фак. вищ. навч. закл. / В. К. Гришук. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. – С. 441.
- <sup>7</sup> Трубников В. М. Понятие наказания / В. М. Трубников // Право і безпека. – 2002. – № 2. – С. 122–123.
- <sup>8</sup> Зубкова В. И. Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика / В. И. Зубкова. – М. : НОРМА, 2002. – С. 34.
- <sup>9</sup> Гришук В. К. Кримінальне право України: Загальна частина : навч. посіб. для студентів юрид. фак. вищ. навч. закл. – С. 441.
- <sup>10</sup> Українське кримінальне право. Загальна частина: підруч. / за ред. В. О. Навроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – С. 478.
- <sup>11</sup> Денисова Т. А. Вказана праця. – С. 65–66.
- <sup>12</sup> Інструкція про порядок відбування покарання засуджених військовослужбовців у виді тримання в дисциплінарному батальйоні : наказ Міністерства оборони України від 18 травня 2015 р. № 215 // Офіційний вісник України. – 2015. – № 53. – С. 178. – Ст. 1726.
- <sup>13</sup> Зміни до Інструкції про порядок і умови утримання засуджених, узятих під варту та затриманих військовослужбовців : наказ Міністерства оборони України від 22 серпня 2014 р. № 563 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 77. – С. 342. – Ст. 2204.
- <sup>14</sup> Стручков Н. А. Курс исправительно-трудового права. Проблемы Особенной части. – С. 86.
- <sup>15</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення виконання кримінальних покарань та реалізації прав засуджених : Закон України від 7 вересня 2016 р. № 1492-VIII // Відомості Верховної Ради. – 2016. – № 43. – Ст. 736.
- <sup>16</sup> Кримінально-виконавчий кодекс України : Закон України від 11 липня 2003 р. № 1129-IV / URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1129-15> (дата звернення: 10.12.2017). – Ч. 1. – Ст. 102.
- <sup>17</sup> Куньч З. Й. Універсальний словник української мови. – С. 645.
- <sup>18</sup> Кримінально-виконавче право : підруч. / В. В. Голіна., А. Х. Степанюк, О. В. Лисодед та ін. ; за ред. В. В. Голіни і А. Х. Степанюка. – Х. : Право, 2015. – С. 223.
- <sup>19</sup> Стручков В. А. Советская исправительно-трудовая политика и ее роль в борьбе с преступностью / В. А. Стручков. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1970. – С. 228; Азаров Н. И. Краткий словарь по философии / Н. И. Азаров, А. С. Айзикович, Н. П. Анисеев. и др. ; под. ред. И. В. Блауберга, И. К. Пантина. – 4-е изд. – М. : Политиздат, 1982. – С. 91; Советское исправительно-уголовное право : учеб. / под общ. ред. Б. С. Утевского. – М. : Юрид. лит., 1960. – С. 178; Джужа О. М. Кримінально-виконавче право України: Загальна та Особлива частини : навч. посіб. / О. М. Джужа, С. Я. Фаренюк, В. О. Корчинський та ін. ; за заг. ред. О. М. Джужа. – 2-ге вид., перероб. та допов. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 201; Трубников В. М. Арешт як вид кримінального покарання та особливості його застосування : моногр. / В. М. Трубников, Ю. В. Шинкарьов. – Х. : Харків юридичний, 2007. – С. 202–203.
- <sup>20</sup> Беляев Н. А. Цели наказания и средства их достижения в исправительно-трудовых учреждениях. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1963. – С. 114–115.
- <sup>21</sup> Курс советского уголовного права: в 6 т. / ред. А. А. Пионтковского. – М.: Наука, 1970. Т. 3: Часть общая. Наказание. – С. 74.
- <sup>22</sup> Кримінально-виконавче право : підруч. – С. 223.
- <sup>23</sup> Стручков Н. А. Курс исправительно-трудового права. Проблемы Особенной части. – М. : Юрид. лит., 1985. – С. 39.
- <sup>24</sup> Трубников В. М. Арешт як вид кримінального покарання та особливості його застосування : моногр. – С. 58.
- <sup>25</sup> Про військову службу правопорядку: Закон України від 7 березня 2002 р. № 3099-III / URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3099-14> (дата звернення: 10.12.2017). – П. 10, 11. – Абз. 1. – Ст. 3.

## Резюме

### **Ніколаєнко Т. Б. Поняття, ознаки покарань, пов'язаних з ізоляцією особи військовослужбовця.**

У статті розглядаються поняття та суть покарань, пов'язаних з ізоляцією особи військовослужбовця. Автор визначив особливі ознаки покарань, пов'язаних з ізоляцією особи військовослужбовця.

Проаналізовано специфіку ізоляції особи військовослужбовця як ознаку покарань, пов'язаних з ізоляцією особи військовослужбовця, його режим, строковість, судимість.

Особлива увага звертається на подвійність правового статусу засудженої особи, його нормативно-правове регулювання, наявність можливості після відбування покарання продовження виконання своїх службових обов'язків.

Визначено специфіку правового регулювання органу, що забезпечує виконання покарань, пов'язаних з ізоляцією особи військовослужбовця.

Пропонується авторське бачення поняття «покарання, пов'язані з ізоляцією особи військовослужбовця».

**Ключові слова:** покарання, пов'язані з ізоляцією, військовослужбовець, ознаки, ізоляція, правовий статус, судимість, Військова служба правопорядку.

## Резюме

### **Николаенко Т. Б. Понятие, признаки наказаний, связанных с изоляцией личности военнослужащего.**

В статье рассматриваются понятие и сущность наказаний, связанных с изоляцией личности военнослужащего. Автор определил особые признаки наказаний, связанных с изоляцией личности военнослужащего. Проанализирована специфика изоляции личности военнослужащего как: признаки наказаний, связанных с изоляцией личности военнослужащего, его режим, срочность, судимость.



Особое внимание обращается на двойственность правового статуса осужденного, его нормативно-правовое регулирование, наличие возможности после отбывания наказания продолжения выполнения своих служебных обязанностей.

Определена специфика правового регулирования органа, обеспечивающего исполнения наказаний, связанных с изоляцией личности военнослужащего.

Предлагается авторское видение понятия «наказания, связанные с изоляцией личности военнослужащего».

**Ключевые слова:** наказания, связанные с изоляцией, военнослужащий, признаки, изоляция, правовой статус, судимость, Военная служба правопорядка.

#### Summary

**Nikolaienko T. Notion, indicators of punishments related to isolation of military.**

The article deals with the notion and the essence of punishments related to isolation of military. The author has defined special indicators of punishments related to isolation of military.

The specific character of the military isolation as the indicators of punishments related to isolation of military, his security, term of imprisonment, criminal record has been analyzed.

Special attention has been paid to the convicted legal status ambiguity, its standard regulation, potential opportunity to continue performing duties after enduring the punishment.

The specific character of the standard regulation of the body ensuring punishments related to isolation of military execution has been defined.

The author has suggested her own vision of 'the punishments related to isolation of military' notion.

**Key words:** related to isolation punishments, military, indicator, isolation, security, legal status, criminal record, Military Public Order Service.

УДК 343.2 (477)

**О. А. ЧУВАКОВ**

*Олег Анатолійович Чуваков, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова*

### **ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЩОДО ВИДОВИХ ОБ'ЄКТІВ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ**

Встановлення видових об'єктів злочинів, розміщених у Розділі I Кримінального кодексу (далі – КК) України, безпосередньо пов'язано з вирішенням різних проблем. Оскільки такі елементи розглянутих злочинів, як об'єктивна сторона, суб'єктивна сторона чи суб'єкт, безпосередньо знаходять свій прояв в ознаках суспільно небезпечного діяння, об'єкт таких злочинів виявляється в більшості випадків не відокремлено, не ізольовано від інших елементів, а в процесі детального аналізу таких ознак у їх безпосередньому прояві. Подібні складності у визначенні об'єкта посягання досліджуваних діянь пояснюються відсутністю однакового розуміння в теорії кримінального права характеристики видових об'єктів низки діянь, закріплених Розділом I КК України.

Закон України «Про основи національної безпеки України» визначає об'єкти, які таким нормативним приписом узяті під свою охорону. До таких об'єктів належать: людина і громадянин, суспільство і держава. Отже, захищаючи інтереси людини і громадянина, національна безпека бере під свою охорону їхні конституційні права і свободи (п. 1 ст. 3). Захищаючи інтереси суспільства, національна безпека має на увазі захист його духовних, морально-етичних, культурних, історичних, інтелектуальних і матеріальних цінностей, інформаційне і навколишнє природне середовище та природні ресурси (п. 2 ст. 3), а захищаючи інтереси держави (п. 3 ст. 3 Закону), національна безпека бере під свою охорону її конституційний лад, суверенітет, територіальну цілісність та недоторканність.

При цьому в п. 1 ч. 1 ст. 8 Закону «Основні напрями державної політики з питань національної безпеки» йдеться про те, що з урахуванням геополітичної і внутрішньої обстановки в Україні діяльність усіх державних органів має бути зосереджена на прогнозуванні, своєчасному виявленні, запобіганні та нейтралізації зовнішніх і внутрішніх загроз національній безпеці.

Відповідно законодавець залежно від внутрішніх чи зовнішніх джерел небезпеки використовує значенне пов'язування «зовнішні-внутрішні» загрози в контексті з реальною чи потенційною загрозою елементам безпеки держави: конституційному ладу, суверенітету, територіальній цілісності чи недоторканності (п. 3 ст. 3 Закону)<sup>1</sup>.

На підтвердження розглянутого положення дуже корисним є формулювання національної безпеки, що його запропонували О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань і М. І. Панов. Так, відповідно до думки дослідників, під національною безпекою варто розуміти стан захищеності життєво важливих інтересів особистості, суспільства і держави, людства в цілому від внутрішніх і зовнішніх загроз<sup>2</sup>.

Отже, в об'єктивній дійсності джерела загроз можуть бути сконцентровані як усередині держави (вчинення нелегітимної зміни влади – державного перевороту), так і за її межами (фотозйомка військових об'єктів за допомогою космічного супутника іноземної держави). Означена обставина вказує на те, що наявність таких різнобічних джерел загроз тим чи іншим способом, тією чи іншою мірою може вплинути в остаточному підсумку на заподіяння збитку державі й, відповідно, перебуватиме в безпосередньому зв'язку із заподіянням такого збитку національним інтересам.

У даному разі законодавець, визнаючи наявність внутрішніх і зовнішніх загроз національній безпеці в цілому, побічно чи навіть безпосередньо припускає захист національної безпеки як усередині самої держави, так і за її межами, тобто йдеться про внутрішню і зовнішню безпеку держави.

Таким чином, як правило, загроза, що існує в зовнішній безпеці, здатна посягати одночасно і на внутрішню безпеку, також як і внутрішня загроза може призвести до ослаблення зовнішньої безпеки. Відповідно розподіл на такі види безпеки, безумовно, є дуже і дуже умовним.

Отже, припустимо: якщо в діях винної особи, які характеризуються ознаками злочинів, передбачених ст.ст. 111 чи 114 КК, буде встановлено заподіяння збитку тільки внутрішній безпеці, а зовнішня безпека при цьому не постраждає, то така особа не мусить відповідати за вчинений злочин?!

І навпаки, важко уявити, що подібний збиток може бути заподіяний виключно тільки зовнішній безпеці. Незважаючи на те що видовим об'єктом таких злочинів, як зазначалося вище, є зовнішня безпека, такими діями одночасно може бути заподіяний збиток і внутрішній безпеці. Так, наприклад, громадянин України, здійснюючи збір і передачу секретної інформації іноземному громадянину, своїми діями може заподіяти шкоду не тільки зовнішній, а й внутрішній безпеці.

Тому корисною є позиція, яку обстоює А. А. Ігнат'єв. Так, відповідно до тверджень дослідника, доцільно не вказувати на те, що ворожа діяльність, яку здійснив адресат зради, спрямована на шкоду зовнішній безпеці держави. А якщо вона вчиняється на шкоду внутрішній безпеці (наприклад, усунення неугодних державних діячів)? Отже, не буде зради з боку громадянина, котрий виконував завдання іноземних організацій?!<sup>3</sup>

У даному разі необхідно звернути увагу на таке. Якщо винна особа посягала на зазначених діячів не за завданням представників іноземних організацій (тобто, загроза б не мала іноземного адресата), а відокремлено (без зв'язку з іноземними представниками), то такі дії треба кваліфікувати за ст. 112 КК. У даному разі має місце злочин, що посягає на внутрішню безпеку держави.

Однак якщо громадянин України вчинив замах на державного діяча за завданням іноземної організації, то йдеться про посягання на суверенітет держави – один із елементів зовнішньої безпеки України. При цьому загроза виходила ззовні (завдання здійснював іноземний адресат), де громадянин України діяв на виконання отриманого завдання (мав місце зв'язок з іноземним адресатом). У такому разі дії громадянина України підлягають кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ст. 111 КК (державна зрада у формі надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України) і ст. 112 КК.

Чи якщо ж посягання на життя державного діяча вчинить іноземний найманець, то це не означає, що такий злочин посягає тільки на внутрішню безпеку, з огляду на ту обставину, що загроза в такому разі виникла ззовні.

Отже, розглянуті положення Закону свідчать про те, що загрози можуть виходити як ззовні, так і виникати всередині держави, а національна безпека – єдина і неподільна. Тому для законодавця не має особливого значення, які види безпеки держави піддаються більшій небезпеці: внутрішня чи зовнішня, – головне тут те, що основній небезпеці піддаються її фундаментальні інтереси.

Така обставина також дає можливість у певному сенсі встановити коло елементів, що сприяють пізнанню природи, структури безпеки держави як об'єкта національної безпеки. Так, наприклад, якби безпеку держави можливо було б зобразити структурно, то вона мала би такий вигляд: по вертикалі розташовувалися б її елементи (безпека конституційного ладу, суверенітету, територіальної цілісності й недоторканності), а по горизонталі відповідно були б розташовані її внутрішня і зовнішня безпека як різновекторні, але при цьому однорівневі об'єкти кримінально-правової охорони<sup>4</sup>.

Отже, Закон «Про основи національної безпеки», не використовуючи терміни «внутрішня» – «зовнішня» безпека, визначає сутність діяльності держави із запобігання та нейтралізації внутрішніх і зовнішніх загроз, указуючи на наявність протилежних боків того самого явища, тим самим доводячи взаємозв'язок і єдність як внутрішньої, так і зовнішньої безпеки як різних аспектів єдиної сфери – сфери національної безпеки.

Така обставина вимагає проведення більш глибокого теоретичного аналізу елементів, що становлять такі поняття, як «зовнішня» і «внутрішня» безпека держави.

Дуже логічно, що докладний опис таких термінів, як «внутрішня» і «зовнішня» безпека в Законі «Про основи національної безпеки», дав змогу усунути всі сумніви в частині існуючих наукових дискусій про розглянуті поняття. Хоч такий стан речей, як нам здається, не задовільний ні для теорії, ані для практичної сфери діяльності.

Що стосується поняття зовнішньої безпеки, то наука кримінального права не дає однакового її розуміння як суспільних відносин або правоохоронюваних інтересів, яким може бути заподіяна шкода внаслідок учинення, наприклад, державної зради чи шпигунства. Так само відсутнє будь-яке визначення внутрішньої безпеки держави. Проте більшість дослідників уважають, що державна зрада і шпигунство є посяганнями проти зовнішньої безпеки держави. Причому український законодавець термін «зовнішня безпека» в диспозиції даних статей не використовує, але вказує на те, що державна зрада – це діяння, що посягає на сувере-

нітет, територіальну цілісність і недоторканність, обороноздатність, державну, економічну чи інформаційну безпеку України. Однак можна припустити, що зазначені елементи можуть бути складовими не тільки зовнішньої безпеки, але й внутрішньої безпеки в тому числі.

Таким чином, для встановлення сутності поняття зовнішньої безпеки виникає необхідність у дослідженні низки авторитетних думок у частині вирішення існуючих суперечностей.

Так, наприклад, В. Я. Тацій під зовнішньою безпекою держави розуміє її суверенітет, територіальну цілісність і недоторканність, обороноздатність, державну, економічну чи інформаційну безпеку<sup>5</sup>.

В. В. Сверчков вважає, що зовнішня безпека держави – це суверенітет, територіальна недоторканність і обороноздатність країни<sup>6</sup>.

П. С. Матишевський убачає основними складовими зовнішньої безпеки держави її суверенітет, територіальну цілісність, обороноздатність або державну безпеку<sup>7</sup>.

На думку О. І. Рарога, зовнішня безпека – це стан захищеності суверенітету, територіальній цілісності й обороноздатності держави від зовнішнього ворожого впливу<sup>8</sup>.

Відповідно до думки А. Є. Беляєва, зовнішня безпека – це стан захищеності конституційного ладу, суверенітету, цілісності й недоторканності території, обороноздатності та інших життєво важливих інтересів держави від зовнішніх загроз<sup>9</sup>.

Зовнішню безпеку України, відповідно до суджень С. С. Яценка, становлять її суверенітет, територіальна недоторканність, обороноздатність або державна економічна чи інформаційна безпека<sup>10</sup>.

В. М. Лебедева включає в дане поняття суверенітет держави, недоторканність її території й обороноздатність<sup>11</sup>.

С. В. Дьяков вважає, що при заподіянні збитку зовнішній безпеці дії винного створюють загрозу суверенітету, територіальній недоторканності, державній безпеці й обороноздатності держави<sup>12</sup>.

В. А. Ліпкан розглядає зовнішню безпеку держави як невід'ємну частину державної безпеки, що становлять суверенітет, територіальна цілісність і недоторканність, обороноздатність держави<sup>13</sup>.

А. А. Ігнат'єв і О. П. Кузнецов до основних складових зовнішньої безпеки вважають належними: а) суверенітет; б) територіальну недоторканність; в) обороноздатність<sup>14,15</sup>.

Ю. О. Шумілов пише про те, що зовнішня безпека складається з: а) суверенітету; б) цілісності території; в) недоторканності території; г) оборони країни<sup>16</sup>.

А. В. Наумов у зміст зовнішньої безпеки включає: а) конституційний лад; б) суверенітет; в) обороноздатність; г) територіальну недоторканність<sup>17</sup>. З цього випливає, що зазначені автори в зміст поняття «зовнішня безпека» також включають і такий об'єкт охорони, як обороноздатність.

На підтвердження свого погляду А. В. Наумов указує на те, що оскільки обороноздатність є одним із основних об'єктів безпеки, то стан її захищеності також має входити в поняття безпеки<sup>18</sup>. Однак відповідно до положень того самого Закону «Про основи національної безпеки» обороноздатність таким об'єктом не є.

Існують і іншого роду формулювання. Так, Г. Г. Криволапов стверджує, що зовнішня безпека – це стан захищеності особистості, суспільства і держави від внутрішніх і зовнішніх загроз<sup>19</sup>.

Розгорнуте визначення зовнішньої безпеки пропонує О. С. Горелик, під якою розуміє «стан захищеності від посягань на суверенітет і територіальну недоторканність з боку інших держав чи громадян, які надають їм допомогу»<sup>20</sup>.

Досить докладне, хоч і перенасичене визначення зовнішньої безпеки, дає В. М. Рябчук: «Під зовнішньою безпекою... варто розуміти підсистему, що обумовлена змінами обстановки всередині країни і на міжнародній арені та постійно розвивається, яка забезпечує стан такої захищеності від вихідних ззовні посягань на життєво важливі інтереси держави в політичній, економічній, соціальній, воєнній, інформаційній, екологічній і інших сферах, а також від зовнішніх загроз цим інтересам, що характеризується відсутністю неприпустимого ризику, пов'язаного з можливістю заподіяння збитку зазначеним інтересам»<sup>21</sup>.

Як раніше вже підкреслювалося, іншим видовим об'єктом розглянутих злочинів є «внутрішня безпека» держави. Дане поняття, також як і поняття «зовнішня безпека», не знаходить свого однакового розуміння в науці кримінального права як суспільні відносини, яким може бути заподіяна шкода відповідними суспільно небезпечними діями.

Слід зазначити, що дане поняття у вітчизняній науці кримінального права подано набагато стисліше, ніж поняття «зовнішня» безпека.

Так, подібну спробу зробив П. С. Матишевський у процесі формулювання безпосереднього об'єкта ст. 56<sup>1</sup> КК (ст. 109 чинного КК), де внутрішню безпеку він розглядав у двох її сферах: у сфері функціонування конституційного ладу й у сфері діяльності державної влади. При встановленні безпосереднього об'єкта державної зради – ст. 56 КК (ст. 111 чинного КК) – зазначений автор розглядає його у двох аспектах: зовнішньої і внутрішньої безпеки, де під внутрішньою безпекою вчений розуміє систему заходів, спрямованих на охорону державних інтересів у суспільно-політичній і економічній сферах<sup>22</sup>.

Не менш цікавою і корисною є позиція П. С. Матишевського при формулюванні об'єкта диверсії – ст. 60 КК (ст. 113 чинного КК України), де об'єктом є також внутрішня безпека держави, що полягає в безпеці життя і здоров'я громадян, у безпеці державних комунікацій, промислового потенціалу, а також у безпеці тваринного і рослинного світу<sup>23</sup>.

В. Я. Тацій під внутрішньою безпекою має на увазі захист конституційного ладу і державної влади в державі<sup>24</sup>.

Трохи іншою є позиція С. О. Воронцова, відповідно до якої внутрішня безпека – це стан захищеності від негативних соціальних процесів, сил і явищ, що створюють небезпеку для функціонування державної влади, гармонічного розвитку суспільства, самореалізації особистості, екології<sup>25</sup>.

Автори коментарю за редакцією В. В. Сташиса і В. Я. Тація при формулюванні безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 109 КК, під внутрішньою безпекою України мають на увазі конституційний порядок і державну владу<sup>26</sup>.

Ю. В. Нікітін вважає, що внутрішню безпеку суспільства потрібно розглядати як сукупність достатніх факторів, які забезпечують необхідні умови для існування і розвитку людини, суспільства й держави України, цілеспрямований розвиток і збереження його фундаментальних цінностей та традицій, здатність ефективно протистояти будь-яким внутрішнім та зовнішнім загрозам, керуючись і забезпечуючи національні інтереси у всезагальній національній безпеці<sup>27</sup>.

На думку В. А. Ліпкана, внутрішня безпека може являти собою систему заходів, спрямованих на охорону економічної й інформаційної сфери<sup>28</sup>.

Дуже цікавим є формулювання внутрішньої безпеки, яке надали О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань і М. І. Панов, котрі розглядають її в контексті з політичною безпекою. Так, відповідно до формулювання зазначених дослідників, внутрішня політична безпека держави – це такий стан її політичної системи, який гарантує стабільний розвиток суспільства, відображає інтереси всіх його соціальних груп, сприяє консолідації нації і дає змогу ефективно розв'язувати завдання економічного, соціального і культурного розвитку<sup>29</sup>.

Не менш цікавою є позиція законодавця США, котрий після подій 11 вересня 2001 р. вперше трактує поняття «внутрішня безпека» як узгоджені національні зусилля із запобігання терористичним діям на території Сполучених Штатів із зниження вразливості Америки від тероризму, з мінімізації збитку і ліквідації наслідків можливих терактів<sup>30</sup>.

Незважаючи на подібну розмаїтість формулювань внутрішньої безпеки, більшість дослідників – представників зазначених наукових поглядів – унаслідок різних причин, також як і в разі з формулюванням зовнішньої безпеки, утримуються від аргументації своїх припущень. Можливо, це пов'язано з тим, що подібні аргументації розглядалися поза сферою законодавчого розуміння таких положень (наприклад, положень Закону «Про основи національної безпеки України»), що визначає конституційний лад, суверенітет, територіальну цілісність і недоторканність держави вичерпними об'єктами охорони, що характеризують зміст діяльності із забезпечення внутрішньої і зовнішньої безпеки держави).

Саме дослідження сутності «зовнішньої» чи «внутрішньої» безпеки в контексті з чинним законодавством, як складовими єдиного родового поняття – національна безпека (відповідно до визначення, яке надав законодавець), дає змогу, на нашу думку, припустити, що *зовнішня безпека* – це стан захищеності конституційного ладу, суверенітету, територіальної цілісності й недоторканності державних кордонів України від зовнішніх загроз. Отже, *внутрішня безпека* – це стан захищеності конституційного ладу, суверенітету, територіальної цілісності й недоторканності державних кордонів України від внутрішніх загроз.

У кожному конкретному разі перераховані елементи такої охорони (конституційний лад, суверенітет, територіальна цілісність і недоторканність) є основними відповідно до тексту Закону «Про основи національної безпеки України», оскільки перебувають на одному рівні й зазначаються в порядку перерахування. Тому при кваліфікації, наприклад, державної зради як злочину проти зовнішньої безпеки в усіх випадках необхідно встановити, що вона була спрямована на заподіяння збитку або конституційному ладу, або суверенітету, або територіальній цілісності й недоторканності державних кордонів України чи ж на будь-яке сполучення таких об'єктів.

Надані положення дають підставу вважати, що відсутність однакового тлумачення понять «зовнішня» і «внутрішня» безпека не сприяє встановленню сутності елементів, зазначених у Законі «Про основи національної безпеки України», що може призвести до дезорієнтації практичних працівників, спрямувавши їхні зусилля на пошук непотрібних доказів. Так, наприклад, злочин, який вони кваліфікували як шпигунство, заподіяв шкоду не конституційному ладу, суверенітету, територіальній цілісності чи недоторканності, а політичній або економічній безпеці чи обороноздатності України. Така обставина може викликати розширювальне тлумачення безпосереднього об'єкта такого злочину, що, у свою чергу, зумовить розширення і самого обсягу даного складу злочину.

Таким чином, зазначене положення дає можливість підкреслити, що елементи, які законодавець виклав у Законі, є достатніми для повного та всебічного розуміння зовнішньої і внутрішньої безпеки держави як видових об'єктів злочинів проти основ національної безпеки України. Отже, конституційний лад, суверенітет, територіальна цілісність і недоторканність є не тільки основними елементами, що становлять поняття «національна безпека», а, відповідно, можуть розглядатися як основні елементи понять «зовнішня» і «внутрішня» безпека в цілому.

<sup>1</sup> Про основи національної безпеки України : Закон України від 19 червня 2003 р. № 964-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 351.

<sup>2</sup> Данильян О. Г. Національна безпека України: структура та напрямки реалізації : навч. посіб. / О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань, М. І. Панов. – Х. : Фоліо, 2002. – С. 9.

<sup>3</sup> Игнатьев А. А. Статьи 275 и 276 УК РФ нуждаются в совершенствовании / А. А. Игнатьев // Уголовное право. – М. : Интел-Синтез, 2002. – № 1. – С. 16–17.



- <sup>4</sup> Чуваков О. А. К вопросу о видах преступлений против основ национальной безопасности Украины / О. А. Чуваков // Часопис Київського ун-ту права. – 2015. – № 3. – С. 306.
- <sup>5</sup> Кримінальне право України. Особлива частина : підруч. / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. В. Сташис [та ін.] ; за ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К. ; Х. : Юрінком Інтер : Право, 2001. – С. 22.
- <sup>6</sup> Сверчков В. В. Уголовное право: Особенная часть : краткий курс лекций / В. В. Сверчков. – М. : Юриздиздат, 2004. – С. 250.
- <sup>7</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України : спец. вип. / П. П. Андрушко, М. Й. Коржанський, П. С. Матишевський [та ін.] ; наук. ред. С. С. Яценко. – К. : Юрінком Інтер, 1994. – С. 190.
- <sup>8</sup> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Ю. В. Грачев, Л. Д. Ермакова [и др.] ; отв. ред. А. И. Рарог. – М. : Проспект, 2004. – С. 475.
- <sup>9</sup> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Х. М. Ахметшин, А. Е. Беляев, Г. Н. Борзенков [и др.] ; отв. ред. В. И. Радченко ; науч. ред. А. С. Михлин. – М. : Спарк, 2000. – С. 660.
- <sup>10</sup> Ліпкан В. А. Національна безпека України: кримінально-правова охорона : навч. посіб. / В. А. Ліпкан, І. В. Діордіца. – К. : КНТ, 2007. – С. 109.
- <sup>11</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации : науч.-практ. комм. / отв. ред. В. М. Лебедев. – М. : Юрид. лит., 1998. – С. 590.
- <sup>12</sup> Дьяков С. В. Преступления против основ конституционного строя и безопасности государства: уголовно-правовое и криминологическое исследование / С. В. Дьяков. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2009. – С. 36.
- <sup>13</sup> Ліпкан В. А. Національна безпека України: кримінально-правова охорона : навч. посіб. / В. А. Ліпкан, І. В. Діордіца. – К. : КНТ, 2007. – С. 111.
- <sup>14</sup> Игнатъев А. Серьезная угроза безопасности государства / А. Игнатъев // Человек и закон. – 2001. – № 7. – С. 40.
- <sup>15</sup> Кузнецов А. П. Преступления против государственной власти: Комментарии к разделу X Уголовного кодекса РФ / А. П. Кузнецов. – М. : Рос. акад. юрид. наук : Вектор-ТиС, 2005. – С. 27.
- <sup>16</sup> Правовое регулирование деятельности федеральной службы безопасности по обеспечению национальной безопасности Российской Федерации : науч.-практ. комм. / под общ. ред. В. Н. Ушакова ; науч. ред. И. Л. Трунов ; предисл. Н. П. Патрушевой. – М. : Эксмо, 2006. – С. 536.
- <sup>17</sup> Уголовное право: Общая часть : учеб. / под ред. А. И. Рарога, А. И. Чучаева. – 2-е изд., перераб. – М. : Юрид. фирма «КОНТРАКТ»-ИНФРА, 2008. – С. 337.
- <sup>18</sup> Уголовное право: Особенная часть : учеб. / под ред. А. И. Рарога. – М. : Ин-т междунар. права и экономики : Триада, Лтд, 1996. – С. 328.
- <sup>19</sup> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / А. В. Арндаренко, Н. Н. Афанасьев, В. Е. Батюкова [и др.]. – М. : Проспект, 1997. – С. 603.
- <sup>20</sup> Преступления и наказания в Российской Федерации : Популярный комментарий к Уголовному кодексу РФ / Б. В. Волженкин, А. С. Горелик, Э. Н. Жевлаков [и др.] ; отв. ред. А. Л. Цветинович, А. С. Горелик. – М. : БЕК, 1997. – С. 121.
- <sup>21</sup> Дьяков С. В. Преступления против основ конституционного строя и безопасности государства: уголовно-правовое и криминологическое исследование / С. В. Дьяков. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2009. – С. 37.
- <sup>22</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України : спец. вип. / П. П. Андрушко, М. Й. Коржанський, П. С. Матишевський [та ін.] ; наук. ред. С. С. Яценко. – К. : Юрінком Інтер, 1994. – С. 190.
- <sup>23</sup> Там само. – С. 199.
- <sup>24</sup> Кримінальне право України. Особлива частина : підруч. / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. В. Сташис [та ін.] / за ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К. ; Х. : Юрінком Інтер : Право, 2001. – С. 20.
- <sup>25</sup> Дьяков С. В. Преступления против основ конституционного строя и безопасности государства: уголовно-правовое и криминологическое исследование / С. В. Дьяков. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2009. – С. 65.
- <sup>26</sup> Кримінальний кодекс України : наук.-практ. ком. / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш [та ін.] ; за заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К. : Видав. Дім «Ін Юре», 2003. – С. 325.
- <sup>27</sup> Нікітін Ю. В. Протидія злочинності в системі забезпечення внутрішньої безпеки українського суспільства : моногр. – К. : ВНЗ «Національна академія управління», 2009. – С. 29.
- <sup>28</sup> Ліпкан В. А. Національна безпека України: кримінально-правова охорона : навч. посіб. / В. А. Ліпкан, І. В. Діордіца. – К. : КНТ, 2007. – С. 111.
- <sup>29</sup> Данільян О. Г. Національна безпека України: структура та напрямки реалізації : навч. посіб. / О. Г. Данільян, О. П. Дзьобань, М. І. Панов. – Х. : Фоліо, 2002. – С. 23.
- <sup>30</sup> National Strategy for Homeland Security. Juli 2002. – P. 2.

### Резюме

#### **Чуваков О. А. Деякі питання щодо видових об'єктів злочинів проти основ національної безпеки України.**

У статті досліджується проблема встановлення видових об'єктів злочинів проти основ національної безпеки України в контексті з чинним кримінальним законодавством і з урахуванням положень Закону України «Про основи національної безпеки України». Вивчається роль видового об'єкта в диференціації таких злочинів. Аналізуються авторитетні думки відомих дослідників в частині поділу таких злочинів на окремі види.

**Ключові слова:** видовий об'єкт, внутрішня безпека, зовнішня безпека, джерела загроз, національна безпека, злочини, класифікація.

### Резюме

#### **Чуваков О. А. Некоторые вопросы видовых объектов преступлений против основ национальной безопасности Украины.**

В статье исследуется проблема установления видовых объектов преступлений против основ национальной безопасности Украины в контексте с действующим уголовным законодательством и с учетом положений Закона Украины «Об основах национальной безопасности Украины». Изучается роль видового объекта в дифференциации таких преступлений. Анализируются авторитетные мнения известных исследователей в части деления таких преступлений на отдельные виды.

**Ключевые слова:** видовой объект, внутренняя безопасность, внешняя безопасность, источники угроз, национальная безопасность, преступления, классификация.

## Summary

**Chuvakov O. Some issues of specific objects of crimes against the bases of national security of Ukraine.**

The article explores the problem of establishing specific objects of crimes against the bases of national security of Ukraine in the context of the current criminal legislation and taking into account the provisions of the Law of Ukraine "On the Fundamentals of National Security of Ukraine". The role of the species object in the differentiation of such crimes is studied. Analyzed authoritative opinions of famous researchers in the division of such crimes into separate species.

**Key words:** species object, internal security, external security, sources of threats, national security, crimes, classification.

УДК 343.9.018

**Р. А. ЗАПОРОЖЕЦЬ**

*Руслана Андріївна Запорожець, аспірант Національної академії внутрішніх справ*

## ЗАГАЛЬНОСОЦІАЛЬНІ ЗАХОДИ ЗАПОБІГАННЯ ВЧИНЕННЮ ШАХРАЙСТВ У СФЕРІ ІПОТЕЧНОГО КРЕДИТУВАННЯ

Відповідно до Конституції України перед державою стоїть завдання із забезпечення громадської безпеки суспільства, належного правопорядку, гарантованого захисту правовими засобами конституційних прав та інтересів громадян, державних організацій та установ, громадських формувань, усіх приватних структур<sup>1</sup>. Серйозну загрозу для розвитку держави створює злочинність як негативне явище, що складається із сукупності передбачених кримінальними законами вчинків, здійснених на тій чи іншій території протягом певного часу<sup>2</sup>. Проблема протидії злочинності посідає особливе місце у становленні правової держави, створення якої неможливе без забезпечення активної наступальної протидії злочинності та досягнення уповільнення темпів її зростання на основі чітко визначених пріоритетів, поступового нарощування зусиль держави і громадськості, вдосконалення законодавства, організації засобів і методів запобігання й розкриття злочинів<sup>3</sup>. А тому одним із найважливіших її обов'язків є захист особи від протиправних посягань. Водночас розв'язання пов'язаних із цим завдань не зводиться виключно до дій, спрямованих на знешкодження злочинців і зниження рівня злочинності. Реалізація вказаного неможлива без цілеспрямованої роботи з метою впливу на різні об'єктивні й суб'єктивні обставини, які так чи інакше зумовлюють вчинення злочинів, тобто кропіткою діяльності держави щодо упередження порушень й обмежень прав і свобод людини, розробки системи випереджаючої протидії та забезпечення безпеки.

Питанням протидії злочинності, у тому числі й запобігання злочинам у системі протидії злочинності, присвячені роботи Г. А. Аванесова, А. І. Алексеева, Ю. М. Антоняна, О. М. Бандурки, С. С. Галахова, В. В. Голіни, В. О. Глушкова, Л. М. Давиденка, І. М. Даньшина, О. М. Джужи, Е. А. Дідоренка, А. І. Долгової, А. Е. Жалінського, А. П. Закалюка, О. Г. Кальмана, І. І. Карпеця, Я. Ю. Кондратьєва, Н. Ф. Кузнєцової, О. М. Литвака, О. М. Литвинова, А. Г. Лекаря, В. В. Лунєєва, С. Г. Міщенко, П. П. Михайленка, В. С. Овчинського, С. С. Овчинського, О. М. Яковлева та ін. Однак, разом із тим, комплексний аналіз попередження шахрайства в сфері іпотечного кредитування у вітчизняній кримінологічній літературі не проведився.

**Метою статті** є вивчення та розробка заходів загальносоціального запобігання вчинення шахрайства у сфері іпотечного кредитування.

У кримінологічній науці приділено значну увагу такому важливому питанню, як попередження злочинності. Однак, не зважаючи на проведені дослідження з цього питання, існує низка проблем, пов'язаних передусім із відсутністю однозначності щодо термінологічного визначення такої діяльності.

Слід звернути увагу на думку О. М. Ігнатова, який зазначає, що термінологічна багатоманітність, яка склалась навколо діяльності з впливу на злочинність, ускладнює правильне розуміння цього явища, поглиблює понятійну плутанину, а у зв'язку з цим – і розробку ефективних запобіжних заходів. У зарубіжній та вітчизняній законодавчій практиці, науках кримінально-правового циклу використовуються такі терміни: «попередження злочинності», «профілактика злочинності», «соціальна профілактика», «боротьба зі злочинністю», «війна зі злочинністю», «протидія злочинності», «протистояння злочинності», «контроль злочинності», «регулювання злочинності», «управління злочинністю», «запобігання злочинності», «превенція злочинності», «припинення злочинів» тощо<sup>4</sup>.

Варто підкреслити, що відсутність єдності в понятійному розумінні змісту та співвідношення кримінологічного попередження спричиняє ряд дискусійних питань з цього приводу. Наведемо деякі міркування провідних вчених-кримінологів.

Так, наприклад, А. І. Долгова зазначає, що «потрібно проводити саме «боротьбу зі злочинністю». Під боротьбою зі злочинністю вона пропонує розуміти складну системну діяльність, що являє собою єдність трьох підсистем: загальної організації боротьби; попередження злочинності та правоохоронної діяльності<sup>5</sup>.

Іншої думки дотримується О. Г. Кальман, який вважає, що найбільш вживаним у криминологічній літературі є термін «попередження», який охоплює собою й усі інші напрями протидії економічній злочинності<sup>6</sup>.

На думку О. М. Бандурки та Л. М. Давиденко, основними та нерозривними складовими поняття «протидія злочинності» є: 1) кримінально-правовий аспект боротьби зі злочинністю; 2) криминологічний аспект попередження злочинів на підставі усунення, ослаблення та нейтралізації криминогенних факторів<sup>7</sup>.

В. В. Голіна використовує категорію «запобігання злочинності» та визначає її як соціальну політику держави, спрямовану на подолання криминогенно небезпечних протиріч у суспільних відносинах з метою їх позитивного вирішення та поступового витіснення (так зване загальносоціальне запобігання), а також спеціальну випереджальну практику протидії формуванню та реалізації на різних стадіях злочинних проявів (спеціально-криминологічне запобігання)<sup>8</sup>.

Вказані вище позиції вчених не є вичерпним переліком думок з цього приводу, а скоріше – відображення складності та багатоманітності діяльності з впливу на злочинність.

На нашу думку, узагальнюючим, родовим поняттям є попередження злочинності, яке можна визначити як систему (комплекс) заходів, що вживаються державними органами, їх посадовими та службовими особами, інститутами громадянського суспільства й іншими суб'єктами, спрямованих на виявлення, усунення, нейтралізацію й обмеження детермінантів злочинності. Тому в межах власного дослідження в якості основного поняття вважаємо обґрунтованим використання терміна «попередження злочинності».

Необхідно зазначити, що в сучасних реаліях відсутня сама концепція попередження злочинності, яка характеризується повною відмовою від розробок стратегій, спрямованих на ліквідацію злочинності як негативного соціального явища.

Про перспективність заходів непрямого впливу на злочинність наголошують багато дослідників. Складна соціально-економічна ситуація, яка характеризується затяжною економічною кризою, політичною нестабільністю, збройним конфліктом, що триває уже декілька років на сході України, сприяє поширенню злочинності та криміналізації окремих галузей економіки.

Слід звернути увагу на думку В. Я. Тація, який розглядає попередження злочинності, як обов'язковий елемент соціальної політики держави<sup>9</sup>.

Використання превентивних заходів соціально-економічного характеру переносить акцент із заходів кримінальної репресії на соціальну профілактику, що позитивно впливає на економічну ситуацію в країні. Необхідною умовою соціально-економічного попередження шахрайства у сфері іпотечного кредитування є створення сприятливих умов ведення бізнесу та залучення інвестицій, заохочення підприємницької активності, що зробило би звернення до злочинної діяльності нерентабельним порівняно із легальною господарською діяльністю.

Можливість вчинення шахрайства у сфері іпотечного кредитування зростає, коли поєднуються тиск зовнішніх факторів, можливість вчинити злочин та наявність самовиправдання<sup>10</sup>. Враховуючи це, вплив на криміналізацію кредитних іпотечних відносин повинен мати системний характер. Попередження шахрайства в цій сфері являє собою багаторівневу систему заходів, спрямованих на:

- 1) виявлення, мінімізацію, усунення криминогенних факторів;
- 2) виявлення та нейтралізацію криминогенних ситуацій;
- 3) зменшення латентності проявів шахрайства та забезпечення принципу невідворотності відповідальності.

Досягнення мети попередження шахрайств у сфері іпотечного кредитування конкретизується у розв'язанні ряду завдань, а саме:

- усунення та нейтралізація детермінант фінансового шахрайства;
- зменшення рівня латентності проявів шахрайської діяльності;
- підвищення ефективності, покращення координації діяльності правоохоронних органів, контролюючих суб'єктів, аудиторів у попередженні вчинення шахрайств;
- захист інтересів потерпілих інвесторів та забезпечення відшкодування збитків, завданих шахрайською злочинною діяльністю.

Як вказує Б. М. Головін, об'єкт запобіжного впливу поділяється на макросередовищний, мікросередовищний та індивідуальний<sup>11</sup> і включає детермінанти злочинної діяльності, криминогенне середовище формування особистості, криминогенні ситуації на вказаних рівнях.

Таким чином, загальносоціальні заходи попередження шахрайств у сфері іпотечного кредитування є основним та першочерговим етапом детінізації іпотечних кредитних відносин. Така позиція логічно кореспондується із концепцією розгляду шахрайства як злочинної діяльності, тобто як системи усвідомлених, мотивованих, об'єднаних спільним мотивом дій, як легальних, так і нелегальних, задля задоволення певних потреб, досягнення поставленої мети.

Поява нових способів шахрайського обману, збільшення масштабів шахрайства, його організованість та професіоналізація обумовлюють необхідність підвищення ефективності попереджувальних заходів. Класичною у криминологічній теорії є система попередження злочинності, що включає в себе три основних рівні: загальносоціальне попередження, спеціально-криминологічна протидія та заходи індивідуального попередження. Такий методологічний підхід відображений у багатьох сучасних джерелах з криминології.

Як слушно зазначає О. Г. Карпович, у попередженні фінансового шахрайства пріоритетне місце слід відводити заходам загальносоціальної профілактики. У своїй роботі автор підкреслює, що «соціальна профілак-

тика правопорушень дає можливість вирішувати завдання боротьби з шахрайством найбільш гуманними способами, з найменшими витратами для суспільства, зокрема без включення в повну силу складного механізму кримінальної юстиції і без використання такої форми державного примусу, як кримінальне покарання».

До заходів загальносоціального попередження злочинності в кредитно-фінансовій сфері О. Г. Карпович відносить наступні:

1. Створення і підтримка у суспільстві атмосфери розумної довіри населення і підприємств до фінансово-кредитної системи шляхом висвітлення всіх сторін її діяльності.
2. Створення та вдосконалення системи державних гарантій кредиторів та інвесторів.
3. Встановлення державою жорсткої процедури обслуговування бюджетних коштів недержавними суб'єктами фінансово-кредитної системи.
4. Стимулювання державою розвитку процесів саморегуляції ділових відносин суб'єктів фінансово-кредитної системи, що перешкоджають здійсненню протиправних посягань.
5. Створення надійного механізму формування державного апарату, що перешкоджає проникненню в нього корумпованих представників, які відстоюють економічні та політичні інтереси окремих фінансово-промислових груп.
6. Залучення суб'єктів фінансово-кредитної сфери та їх громадських об'єднань до процесу підготовки і прийняття нормативних актів.
7. Створення законодавчої бази функціонування системи недержавної безпеки й управління ризиками та її взаємодії із заінтересованими державними органами, включаючи правоохоронні.
8. Створення організаційно-правових основ взаємодії державних, у тому числі правоохоронних органів, з суб'єктами фінансово-кредитної системи, включаючи їх служби безпеки<sup>12</sup>.

Необхідно зазначити, що в Нацбанку на 2017 р. визначено ключове завдання для органів державної влади – посилити захист прав кредиторів, що необхідно для відновлення кредитування. Пропонується, що Верховна Рада допоможе банкам зменшити ризики та почати кредитувати, якомога швидше ухваливши законопроекти про кредитний реєстр, про реструктуризацію валютних іпотечних кредитів та закон, що захищає права кредиторів<sup>13</sup>.

На наше глибоке переконання, в основі загальносоціальних заходів попередження шахрайств у сфері іпотечного кредитування слід провести реформу банківської та будівельної галузі, яка має сприяти детінізації інвестиційно-іпотечних кредитних відносин, а також зниження проявів корупції у вказаній сфері.

Основні заходи загальносоціального характеру попередження вчинення шахрайств у сфері іпотечного кредитування повинні проводитись в комплексі у таких напрямках:

- 1) економічного спрямування;
- 2) політичного спрямування;
- 3) культурологічного та ідеологічного характеру;
- 4) науково-практичне забезпечення попередження фінансового шахрайства в інвестиційно-будівельній сфері.

Заходи економічного спрямування є основою, що впливає на зменшення ризиків вчинення шахрайств, адже доступність та прозорість надання послуг на ринку іпотечного кредитування усуває необхідність вчинення шахрайства як такого. Належний соціальний захист та відповідне фінансове забезпечення кожного громадянина країни створюють передумови для зниження рівня ризику вчинення шахрайства у сфері іпотечного кредитування.

Як з цього приводу слушно зазначає О. Г. Кальман, економічні заходи попередження економічної злочинності мають бути спрямовані на:

- подолання внутрішніх та зовнішніх загроз економічній безпеці, як сукупності чинників, що створюють небезпеку життєво важливим інтересам людини, суспільства і держави;
- визначення груп показників (індикаторів), за якими має здійснюватись моніторинг загроз стану національної економіки та її параметрів, які відповідають вимогам економічної безпеки;
- створення економічних механізмів забезпечення попереджувальної діяльності та захисту економіки усіма інституціями державної влади із застосуванням правових, економічних та адміністративних заходів<sup>14</sup>.

Загальносоціальні заходи з боку держави повинні бути спрямовані на забезпечення нерентабельності та «непрестижності» злочинної, шахрайської поведінки. Поряд із соціальним захистом найбільш вразливих верств населення зусилля мають бути спрямовані на становлення справжнього середнього класу в країні, на підтримку й заохочення інтелектуальної еліти, оптимізацію та стимулювання законної підприємницької діяльності тощо.

Наступним передумовами загальносоціального забезпечення є політична воля на детінізацію економічних процесів, що відбуваються в державі, та зменшення рівня злочинності. Владою країни повинна бути сформована загальна політична стратегія, що включатиме в себе систему як законодавчих, так і управлінських рішень, спрямованих на забезпечення розвитку легального сектору, як кредитної, так і будівельної галузі, на усунення факторів, що гальмують розвиток іпотечного кредитування та будівництва нерухомості, а також на мінімізацію правопорушень у цій сфері тощо. Вдала політична стратегія при наявності відповідних результатів матиме підтримку серед населення, тим самим залучаючи громадянське суспільство до вирішення конкретних проблем.

У ході проведеного вивчення наукових праць та практичних проблем, що існують у суспільстві, ми дійшли висновку, що ключовим моментом із виведення іпотечних кредитних відносин є створення сильного громадянського суспільства з високим рівнем моральності та правової культури. Важливе місце у формуван-



ні суспільства займають правове просвітництво та правове виховання. Роль засобів масової інформації у такій сфері є очевидною. Прозора та незалежна робота ЗМІ, поширення достовірної інформації, формування думки про неперспективність злочинної діяльності слугують інформаційною основою формування «здорового» громадянського суспільства.

Д. М. Цехан звертає увагу на те, що одним із факторів ефективної боротьби зі злочинністю у сфері економіки є впровадження в оперативно-розшукову практику інноваційних засобів і методів пошуково-аналітичної роботи з інформацією. На думку автора, такий підхід допоможе отримувати керівникам оперативних підрозділів достовірну та своєчасну інформацію щодо стану і тенденцій розвитку окремих процесів у сфері економіки, для прийняття більш виважених та ефективних управлінських рішень з метою забезпечення економічної безпеки; зменшити навантаження на оперативних працівників, щодо збору загальновідомої інформації та її аналізу при проведенні оперативного пошуку; знизити матеріальні витрати на обслуговування організаційно-технічної інфраструктури інформаційно-аналітичного забезпечення; забезпечити перетворення значного масиву первинних даних у сприятливий для вивчення вигляд; сформувати належні умови для розвитку інтелектуального потенціалу вузькоспеціалізованих фахівців-аналітиків; перетворити систему інформаційного забезпечення розкриття злочинів з інформаційно-довідковою на інформаційно-аналітичну<sup>15</sup>.

Вказані вище обставини зумовлюють необхідність підвищення ролі криминологічної науки, якості та теоретичного рівня криминологічних досліджень, впровадження систематичного аналізу криминогенної ситуації в іпотеко-кредитній сфері, експертизи законодавства, криминологічного аналізу ризиків інвестиційної діяльності тощо.

Підсумовуючи зазначене вище, можна зробити ряд висновків, які полягають у наступному: у зв'язку зі зміною соціально-політичних та економічних настроїв у суспільстві змінюється та деформується консервативне розуміння самого поняття «злочинність», тому вважаємо за необхідне змінення та переосмислення підходу до протидії й попередження даного негативного явища. Зокрема, необхідно змінювати стратегію попередження вчинення шахрайств у сфері іпотечного кредитування на рівні зміни свідомості громадян та їхнього ставлення до злочинності як такої. У контексті вказаного один із перспективних напрямів запобігання вчиненню шахрайств у сфері іпотечного кредиту вбачається у запровадженні різноманітних соціальних заходів, які є масштабною довготривалою стратегією, спрямованою на оптимізацію функціонування соціальних інститутів, створення сприятливих умов для ведення бізнесу, розвитку будівельної сфери та покращення інвестиційного клімату.

<sup>1</sup> Конституція України // ВВР. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>2</sup> Литвак О. М. Державний вплив на злочинність: Криминологічно-правове дослідження / О. М. Литвак. – К., 2000. – С. 8.

<sup>3</sup> Куц В. М. Неправдиве повідомлення про загрозу громадській безпеці (кримінально-правова характеристика та заходи протидії): моногр. / В. М. Куц, О. В. Кириченко. – К. – Х., 2006. – С. 149.

<sup>4</sup> Ігнатів О. Протидія злочинності: поняття та сутність / О. Ігнатів // Юридична Україна. – 2009. – № 3. – С. 92.

<sup>5</sup> Криминологія: учеб. для вузов / под общ. ред. д. ю. н., проф. А. И. Долговой. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2005. – С. 380–390.

<sup>6</sup> Кальман А. Г. Словарь криминологических и статистических терминов / А. Г. Кальман, И. А. Христинич. – Х.: Гимназия, 2001. – С. 66.

<sup>7</sup> Бандурка А. М. Преступность в Украине: причины и противодействие: моногр. / А. М. Бандурка, Л. М. Давыденко. – Х.: Основа, 2003. – С. 89.

<sup>8</sup> Голина В. В. Запобігання злочинності (теорія і практика): навч. посіб. / В. В. Голина. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2011. – С. 16.

<sup>9</sup> Тацій В. Я. Боротьба зі злочинністю на межі XXI століття – проблема сьогодення / В. Я. Тацій // Проблеми законності: зб. наук. пр. – Х., 2008. – Вип. 99. – С. 14.

<sup>10</sup> Альбрехт С. Мошенничество. Луч света на темные стороны бизнеса / У. Стив Альбрехт, Джеральд У. Венц, Тимоти Л. Уильямс; пер. с англ. А. Рапопорт. – СПб.: Питер, 1995. – С. 358.

<sup>11</sup> Головкин Б. М. Корислива насильницька злочинність в Україні: феномен, детермінація, запобігання: моногр. / Б. М. Головкин. – Х.: Право, 2011. – С. 296.

<sup>12</sup> Карпович О. Г. Предупреждение финансового мошенничества. Актуальные проблемы / О. Г. Карпович // Российская юстиция. – 2010. – № 9. – С. 45.

<sup>13</sup> НБУ готує реформу держбанків: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.ukrinform.ua/rubric-economics/2138905-nbu-gotue-reformu-derzbankiv.html>

<sup>14</sup> Кальман О. Г. Злочинність у сфері економіки України: теоретичні та прикладні проблеми попередження: дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.08 / Олександр Григорович Кальман; Нац. юрид. академія України ім. Я. Мудрого. Х., 2004. – 430 с. – С. 258.

<sup>15</sup> Цехан Д. М. Інформаційно-аналітичне забезпечення запобігання злочинам у сфері господарської діяльності оперативними підрозділами ОВС / Д. М. Цехан, П. С. Луцюк // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр. – Одеса, 2012. – Вип. 67. – С. 531–538. – С. 537–538.

## Резюме

### **Запорожець Р. А. Загальносоціальні заходи запобігання вчиненню шахрайств у сфері іпотечного кредитування.**

У статті висвітлено заходи загальносоціального запобігання вчиненню шахрайств у сфері іпотечного кредитування. Визначено основні напрями такої діяльності та виділено проблеми, що впливають на вчинення вказаних злочинів. Зазначається

ся, що основним та першочерговим етапом детінізації іпотечних кредитних відносин є загальносоціальні заходи попередження. Поява нових способів шахрайського обману, збільшення масштабів шахрайства, його організованість та професіоналізація обумовлюють необхідність підвищення ефективності попереджувальних заходів. Обґрунтовується, що заходи економічного спрямування є основою, що впливає на зменшення ризиків вчинення шахрайств, адже доступність та прозорість надання послуг на ринку іпотечного кредитування усуває необхідність вчинення шахрайства як такого. Належний соціальний захист та відповідне фінансове забезпечення кожного громадянина країни створюють передумови для зниження рівня ризику вчинення шахрайства у сфері іпотечного кредитування.

**Ключові слова:** шахрайство, запобігання, профілактика, загальносоціальні заходи, іпотеко-кредитна сфера.

#### Резюме

**Запорожець Р. А. Общесоциальные мероприятия предотвращения совершения мошенничеств в сфере ипотечного кредитования.**

В статье освещены мероприятия общесоциального предотвращения совершения мошенничеств в сфере ипотечного кредитования. Определены основные направления такой деятельности и выделены проблемы, влияющие на совершение указанных преступлений. Отмечено, что основным и первоочередным этапом детенизации ипотечных кредитных отношений являются общесоциальные мероприятия предотвращения. Появление новых способов мошеннического обмана, увеличение масштабов мошенничества, его организованность и профессионализация обуславливают необходимость повышения эффективности предупредительных мероприятий. Обосновывается, что меры экономического направления являются основой, влияют на уменьшение рисков совершения мошенничества, ведь доступность и прозрачность предоставления услуг на рынке ипотечного кредитования устраняет необходимость совершения мошенничества как такового. Надлежащую социальную защиту и соответствующее финансовое обеспечение каждого гражданина страны создают предпосылки для снижения уровня риска совершения мошенничества в сфере ипотечного кредитования.

**Ключевые слова:** мошенничество, предупреждение, профилактика, общесоциальные мероприятия, ипотеко-кредитная сфера.

#### Summary

**Zaporozhets R. General social measures prevention of fraud in mortgage lending.**

The article highlights the measures of general social prevention of fraud in the sphere of mortgage lending. The main directions of such activities are identified and the problems affecting the commission of these crimes are highlighted. It was noted that the main and the first stage of detenization of mortgage lending. The emergence of new ways of fraudulent fraud, increasing the scale of fraud, its organization and professionalization make it necessary to increase the effectiveness of preventive measures. It is substantiated that the measures of the economic direction are the basis, it affects the reduction of the risks of fraud, because the accessibility and transparency of the provision of services in the mortgage lending market eliminates the need for fraud per se. Appropriate social protection and adequate financial support for every citizen of the country create prerequisites for reducing the level of risk of fraud in the sphere of mortgage lending.

**Key words:** fraud, prevention, prevention, social activities, mortgage and credit sphere.

УДК 343.36

**Н. Ю. КАРПОВА**

*Наталія Юрїївна Карпова, аспірант Академії адвокатури України*

## СУДДА ЯК СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО Ч. 1 СТ. 374 КК УКРАЇНИ

Відповідно до ст. 59 Конституції України<sup>1</sup> однією з найважливіших правових гарантій прав і свобод людини і громадянина є право кожного на правову допомогу. Право на правову допомогу – це гарантована конституцією України можливість фізичної особи одержати юридичні (правові) послуги. Одним із найважливіших видів правових послуг є захист затриманих, заарештованих, підозрюваних, обвинувачених, підсудних осіб. Згідно з ч. 2 ст. 63<sup>2</sup> Конституції України підозрюваному, обвинуваченому чи підсудному гарантується право на захист. Відповідно до ч. 1 ст. 59 Конституції України<sup>3</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>4</sup> конституційне право кожного на правову допомогу у жодному випадку не може бути обмежено.

Конституційний суд України<sup>5</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>6</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>7</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».

Також необхідно зазначити, що гарантування кожному права на правову допомогу в контексті основних положень Конституції України покладає на державу відповідні обов'язки щодо забезпечення особи правовою допомогою належного рівня. Такі обов'язки зумовлюють необхідність визначення в законах України та інших правових актах порядку, умов і способів надання цієї допомоги.

Стаття 374 КК України<sup>8</sup> (далі – КК) охороняє суспільні відносини, що забезпечують дотримання при здійсненні правосуддя конституційного принципу права на захист службовими особами, які повинні забезпечити дотримання при здійсненні правосуддя конституційного принципу права на захист – слідчим, прокурором, суддею стосовно окремих категорій осіб – підозрюваного, обвинуваченого у вигляді надання у встановленому законом порядку можливості реалізації права на захист у формі правомірної діяльності захисника чи представника особи щодо надання правової допомоги чи у формі самозахисту.

Сучасний стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні, однією з найважливіших частин якого є дотримання права на захист, обумовлює актуальність розгляду порушення права на захист як шляху до дотримання прав і свобод людини і громадянина під час судового розгляду. Проблема порушення права на захист останнім часом займалися такі українські автори, як С. Є. Дідик<sup>9</sup>, але його дослідження судді як суб'єкту порушення права на захист застаріло в зв'язку з прийняттям в 2012 р. нового КПК України<sup>10</sup> і нового Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>11</sup>.

Стаття 374 КК<sup>12</sup> містить в своїй першій частині основний склад злочину, який передбачено цією статтею<sup>13</sup> і кваліфікований склад цього ж злочину в своїй другій частині.

**Метою** цієї статті є детальна та повна характеристика судді як спеціального суб'єкту злочину, що передбачено ч. 1 ст. 374 КК<sup>14</sup>. Суддя як спеціальний суб'єкт злочину може нести відповідальність за ряд злочинних діянь, передбачених розділом XVIII КК<sup>15</sup>. Суддя має спеціальну правосуб'єктність, яку визначає здатність конкретної людини бути носієм спеціального правового статусу – здійснювати судову владу в державі. Криміналізація діянь судді як спеціального суб'єкта злочину зумовлена характером його правового статусу. Правовий статус професійних суддів законодавець розкриває в Конституції України<sup>16</sup>, Законі України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII<sup>17</sup> та деяких інших правових актах. Згідно з ч. 1 ст. 52 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>18</sup> суддею є громадянин України, який відповідно до Конституції України та цього Закону призначений суддею, займає штатну суддівську посаду в одному з судів України і здійснює правосуддя на професійній основі. Стаття 126 Конституції України<sup>19</sup> гарантує незалежність і недоторканність суддів, які виражаються в тому, що без згоди Вищої ради правосуддя суддю не може бути затримано або утримано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину і не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене ним судові рішення, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку.

Варто зазначити, що судді-порушники права на захист порушують право на захист підозрюваного чи обвинуваченого шляхом зловживання владою, що й робить порушення суддею права на захист схожим зі службовими злочинами. Деякі автори вважають, що усі злочини проти правосуддя, які вчиняються суддями, і порушення права на захист у тому числі, є спеціальними випадками службових злочинів – зловживання службовим становищем. Так, на думку С. А. Денисова, службові зловживання в сфері здійснення правосуддя – це порушення кримінально-процесуальних та кримінально-правових заборон одночасно, чим порушуються права особи, яка бере участь у судочинстві<sup>20</sup>. При з'ясуванні того, чи є порушення суддею права на захист зловживанням службовим становищем, слід згадати постанову ВСУ від 24 жовтня 2013 р. № 5-34кп13<sup>21</sup>, згідно з якою, коли службова особа, визначення якої дається у ст. 18 КК України і в примітці до ст. 364 КК України (під яке підпадає слідчий, прокурор чи суддя), зловживає службовим становищем і посягає на правовідносини у сфері правосуддя, які охороняються групою самостійних норм закону про кримінальну відповідальність, то таке зловживання має розцінюватися як один із різновидів посягання на правосуддя і кваліфікуватися за однією з відповідних статей за такі злочини і не потребує окремої кваліфікації за ст. 364 КК України. З цієї постанови випливає, що ВСУ вважає порушення права на захист особливим видом зловживання службовим становищем, що містить окрему, самостійну кримінально-правову заборону на вчинення дій, визначених цією нормою, а саме: не допускати чи не надавати своєчасно захисника, а також іншим чином грубо порушувати права підозрюваного, обвинуваченого на захист. Автор вважає, що порушення суддею права на захист особи, яка має права на захист, є зловживанням суддею службовим становищем у вигляді використання ним свого спеціального правового статусу носія судової влади і своїх службових повноважень для порушення права на захист особи, яка має право на захист.

Отже, виходячи із наведеного, суддя як спеціальний суб'єкт злочину, передбаченого ст. 374 КК України<sup>22</sup> – це фізична осудна особа, яка є носієм спеціального правового статусу – законних повноважень здійснювати правосуддя і виконувати свої обов'язки на професійній основі в Верховному Суді України, Вищих спеціалізованих судах, судах апеляційної і першої інстанції, яка, користуючись службовим становищем, знехтувала своїм визначенням в ч. 5 ст. 129 Конституції України<sup>23</sup>, ст. 206 КПК України<sup>24</sup> конституційним службовим обов'язком з захисту прав людини, вчинила злочин, передбачений ст. 374 КК України<sup>25</sup>.

Особливості мотивації суддів-порушників права на захист ми визначимо через аналіз емпіричних даних польових досліджень криминологів. Проведене Проектом ЄС «Підтримка реформ у сфері емпіричних даних в Україні» в 2015 р. опитування суддів<sup>26</sup> допомагає визначити мотиви порушення права на захист суддями вже після проведення реформи з перетворення міліції на поліцію. Так, 96 % опитаних суддів вважають, що адвокати вдаються до маніпулювань процесуальними правилами задля просування інтересів своїх клієнтів, 47 % суд-

дів стикались з випадками, коли адвокати намагаються мати односторонню комунікацію із суддями задля здійснення впливу на вирішення справи. Близько половини (48 %) суддів у своїй практиці були у ситуації, коли втручання адвоката створювало ризик для об'єктивного та неупередженого розгляду справи. Втручання адвокатів полягало: у затягуванні розгляду справи (заява необґрунтованих клопотань; заява необґрунтованих відводів суддями тощо) – за відповідями 5 % опитаних суддів, поданні скарг до ВККС України чи погроз люстрацією – за відповідями 3 % опитаних, заохочуванні обвинувачених/свідків до дачі неправдивих свідчень – за відповідями 3 % опитаних, тиску і залякуванні свідків, потерпілих – за відповідями 2 % опитаних<sup>27</sup>. Переважна більшість – 86 % опитаних суддів вважають, що необхідно впровадити заходи для захисту суддів від незаконного втручання у їх діяльність з боку адвокатів, 95 % суддів зазначили, що існують зловживання механізмом подання дисциплінарної скарги, коли оскарження дій судді використовується як засіб тиску на нього. Задля захисту суддів від неправомірного втручання у їхню роботу з боку адвокатів, за словами 13 % опитаних суддів, необхідно впровадити можливість притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, впровадження штрафів чи позбавлення права займатися адвокатською діяльністю у разі грубих порушень чи необґрунтованих скарг до Вищої кваліфікаційної комісії суддів. Також 4 % опитаних суддів вважають необхідним заборонити писати скарги та відкривати провадження стосовно судді, доки не буде остаточного рішення вищих судових інстанцій<sup>28</sup>. Отже, мотивами порушення суддями права на захист є погляд суддів на надання чи допуск захисника як на фактор, що призведе до незаконного або небажаного втручання в діяльність суддів переважно у вигляді безпідставних скарг і затягування розгляду справи.

Але слід зазначити, що незважаючи на побоювання суддів перед впливом з боку адвокатів і їх вживанням механізму дисциплінарної скарги, насправді ймовірність притягнення суддів до кримінальної відповідальності за ст. 374 КК України «Порушення права на захист»<sup>29</sup> є набагато меншою, ніж у випадку зі слідчими та прокурорами, і тому є законодавче пояснення. Відповідно до ст. 126 Конституції України<sup>30</sup> суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене ним судові рішення, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку. Згідно з тією ж статтею однією з підстав звільнення судді з посади без припинення повноважень є вчинення істотного дисциплінарного проступку, але вчинення суддею злочину, що підтверджено обвинувальним вироком суду, тягне за собою припинення повноважень судді, тобто Конституція України чітко розрізняє істотний дисциплінарний проступок судді і злочин судді. Стаття 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>31</sup> визначає підстави для дисциплінарної відповідальності судді в порядку дисциплінарного провадження і підпункт г п. 1 ч. 1 цієї статті визначає незабезпечення права обвинуваченого на захист як одну з підстав дисциплінарної відповідальності судді в порядку дисциплінарного провадження. Адже незабезпечення права обвинуваченого на захист на практиці виражається в ненаданні або недопуску до обвинуваченого захисника чи іншому грубому порушенні його права на захист. З чого випливає, що Закон України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>32</sup> трактує порушення суддею права обвинуваченого на захист як дисциплінарний проступок, який тягне за собою дисциплінарну відповідальність судді в порядку дисциплінарного провадження, що суперечить КК України<sup>33</sup>, який трактує вчинення суддею цього ж діяння як злочин, що тягне за собою кримінальну відповідальність судді в порядку кримінального провадження. Така правова колізія є дуже серйозною правовою проблемою, що ставить під загрозу усю встановлену в КК кримінально-правову охорону права обвинуваченого на захист. Застосування цієї норми Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>34</sup> призведе до непередбаченої законодавцем декриміналізації порушення суддею права обвинуваченого на захист шляхом переведення порушення суддею права обвинуваченого на захист у розряд дисциплінарних проступків. Стаття 155-1 КПК України<sup>35</sup> визначає механізм тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності, але вона не застосовується у випадку дисциплінарного проступку. Тому автор пропонує для запобігання декриміналізації порушення суддею права обвинуваченого на захист виключити підпункт г п. 1 ч. 1 ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>36</sup> із складу Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>37</sup>.

<sup>1</sup> Конституція України. – К. : Велес, 2015. – Ч. 1. – Ст. 59.

<sup>2</sup> Там само. – Ст. 63.

<sup>3</sup> Конституція України. – К. : Велес, 2015. – Ч. 1. – Ст. 59.

<sup>4</sup> Там само. – Ст. 64.

<sup>5</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 веб-сайт Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>

<sup>6</sup> Там само. – П. 3.1.

<sup>7</sup> Там само. – П. 3.1.

<sup>8</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. / Офіц. видання. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2015. – Ст. 374.

<sup>9</sup> Дідик С. Є. Кримінально-правова охорона правосуддя від незаконних діянь судді як спеціального суб'єкта злочину : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Дідик Сергій Євгенович. – К., 2008. – 210 с.

<sup>10</sup> Кримінальний Процесуальний Кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/main/4651-17>

<sup>11</sup> Про судоустрій і статус суддів : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>

<sup>12</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. / Офіц. видання. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2015. – Ст. 374.



- <sup>13</sup> Там само.  
<sup>14</sup> Там само.  
<sup>15</sup> Там само.  
<sup>16</sup> Конституція України. – К.: Велес, 2015.  
<sup>17</sup> Про судоустрій і статус суддів : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>  
<sup>18</sup> Там само.  
<sup>19</sup> Конституція України. – К.: Велес, 2015. – Ст. 126.  
<sup>20</sup> Денисов С. А. Актуальные вопросы уголовной ответственности за преступления против правосудия : дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.08 / Денисов Сергей Анатольевич. – СПб., 2002. – 310 с. – С. 187.  
<sup>21</sup> Постанова ВСУ від 24 жовтня 2013 р. № 5-34к13 // Закон и Бизнес. – 2013. – № 50 (1140).  
<sup>22</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. / Офіц. видання. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2015. – Ст. 374.  
<sup>23</sup> Конституція України. – К.: Велес, 2015. – Ст. 129.  
<sup>24</sup> Кримінальний Процесуальний Кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/main/4651-17>  
<sup>25</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. / Офіц. видання. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2015. – Ст. 374.  
<sup>26</sup> Реформування кримінальної юстиції в Україні: погляди учасників кримінального процесу результати всеукраїнського суддів, слідчих та прокурорів. – К., 2015. – 112 с. – С. 67–93.  
<sup>27</sup> Там само. – С. 80.  
<sup>28</sup> Там само. – С. 70.  
<sup>29</sup> Кримінальний Процесуальний Кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/main/4651-17>  
<sup>30</sup> Конституція України. – К.: Велес, 2015. – Ст. 126.  
<sup>31</sup> Про судоустрій і статус суддів : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>  
<sup>32</sup> Там само.  
<sup>33</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. / Офіц. видання. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2015. – Ст. 374.  
<sup>34</sup> Про судоустрій і статус суддів : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>  
<sup>35</sup> Кримінальний Процесуальний Кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/main/4651-17>  
<sup>36</sup> Про судоустрій і статус суддів : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>  
<sup>37</sup> Там само.

#### Резюме

**Карпова Н. Ю. Суддя як суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 374 КК України.**

У статті досліджується проблема порушення права підозрюваного і обвинуваченого на захист у кримінальному провадженні. Основну увагу приділено мотивам порушення суддею права підозрюваного і обвинуваченого на захист. Основна ідея статті стосується такого питання, як визначення судді – порушника права підозрюваного і обвинуваченого на захист.

**Ключові слова:** суддя, мотив, підозрюваний, обвинувачений, право підозрюваного і обвинуваченого на захист.

#### Резюме

**Карпова Н. Ю. Судья как субъект преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 374 УК Украины.**

В статье исследуется проблема нарушения права подозреваемого и обвиняемого на защиту в криминальном процессе. Главное внимание уделяется мотивам нарушения судьей права подозреваемого и обвиняемого на защиту. Основная идея статьи касается такого вопроса, как определение судьи – нарушителя права подозреваемого и обвиняемого на защиту.

**Ключевые слова:** судья, мотив, подозреваемый, обвиняемый, нарушение права подозреваемого и обвиняемого на защиту.

#### Summary

**Karpova N. The judge as the subject of the offence, which is provided by the part 1 of the article 374.**

The published article is determined for studying such a question as the judge as the subject of the offence against a right of the suspect and the accused to be defended. The suggested article includes observing such a question as the offence against a right of the suspect and the accused to be defended in the criminal proceedings. The main attention is given to the judges' reason for the breach of a right of a suspected and a accused to be defended. The key note concerns such issue as the definitions of the judge as the subject of the offence against a right of the suspect and the accused to be defended.

**Key words:** the judge, the reason, the suspect, the accused, a right of the suspect and the accused to be defended.

**Д. О. ОЛІЙНИК**

*Дмитро Олександрович Олійник, аспірант  
Національного юридичного університету імені  
Ярослава Мудрого*

## **ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ КОРУПЦІЙНИХ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ МИТНИХ ПРОЦЕДУР**

Конституція України проголошує захист суверенітету й територіальної цілісності України, забезпечення її економічної безпеки найважливішими функціями держави, справою всього українського народу<sup>1</sup>. Пріоритетним напрямом діяльності держави у сфері забезпечення економічної безпеки є митна справа. Саме через неї реалізується державна митна політика України. Оскільки митна справа виступає інструментом управління національною економікою та джерелом наповнення Державного бюджету України, то у процесі її здійснення виникають потужні корупціогенні фактори, множинні корупційні ризики й серйозні кримінальні загрози для економічної безпеки й митних інтересів держави. Явище корупції та її злочинні прояви у сфері митної справи мають свої особливості. Вони пов'язані зі специфікою митно-процедурних правовідносин та діяльністю митних органів ДФС щодо забезпечення переміщення товарів і транспортних засобів комерційного призначення через митний кордон України.

Проблеми вивчення корупційних злочинів у сфері митної справи досліджували Л. І. Аркуша, Б. І. Бабенко, В. В. Бавін, О. Ю. Бусол, І. Г. Бережнюк, Л. Т. Головійчук, Б. М. Головкін, В. І. Данелюк, С. І. Денисенко, Ю. В. Коваленко, С. В. Ківалов, В. М. Киричко, А. М. Копистира, Г. В. Маляр, В. Я. Настюк, П. В. Пашко, І. М. Резнік, О. М. Тараненко, С. А. Трофімов, С. С. Терещенко, В. В. Федосєєв, І. М. Хавронюк, А. А. Шершун та ін.

**Метою** цієї статті є визначення поняття та окреслення видів корупційних злочинів, що вчиняються при здійсненні митних процедур.

Зміст явища корупції полягає у використанні влади як засобу одержання вигоди. Однак форми прояву корупції мають свої особливості. Останні визначаються сферою поширення корупції, суб'єктами корупційних діянь, спрямованістю корупційних правопорушень і злочинів проти певної групи суспільних інтересів, а також характером заподіяної шкоди.

Митні процедури здійснюються в межах митних правовідносин, є їх структурним елементом однак до них не зводяться. Як правова категорія, митні процедури становлять сукупність вимог і порядок їх виконання суб'єктами митно-процедурних відносин. Їх предметом є порядок діяльності суб'єктів цих правовідносин при переміщенні товарів і транспортних засобів через митний кордон. Митні процедури і митно-процедурні правовідносини, в межах яких вони реалізуються, передбачають двосторонню взаємодію суб'єктів здійснення митних процедур і суб'єктів проходження митних процедур. Однак між ними існує принципова різниця, оскільки суб'єктами здійснення митних процедур від імені держави виступають митні органи ДФС та їх посадові особи, а також уповноважені митними органами особи (митні брокери) та інші державні органи контролю в межах їх компетенції у сфері митної справи. Суб'єктами проходження митних процедур може бути будь-яка особа, яка реалізувала право на свободу переміщення товарів через митний кордон. Здійснення митних процедур має на меті забезпечення додержання законодавства з питань митної справи під час переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон. Це досягається застосуванням митно-процедурних норм, а також заходів контролю, примусу та відповідальності за порушення митних правил. Проходження митних процедур переслідує ціль отримання дозволу на пропуск товарів і транспортних засобів на митну територію України або за її межі, та їх випуск у вільний обіг. Результатом здійснення митних процедур буде вирішення питання щодо пропуску або відмови у пропуску на митну територію або за її межі товарів і транспортних засобів. Обидві сторони митно-процедурних правовідносин діють у встановленому законом порядку. Для митних органів ДФС – це регламентований порядок реалізації службових повноважень при здійсненні митних процедур, а для осіб, які переміщують товари через митний кордон – зобов'язуючі правила поведінки під час проходження митних процедур (дотримання приписів митних правил, заборон і обмежень, сплати митних платежів).

На монографічному рівні робилися спроби встановити ознаки митних процедур: а) це елемент митних правовідносин; б) через митні процедури законодавець встановлює порядок правозастосовчої діяльності митних органів ДФС за такими основними напрямками, як митний контроль і митне оформлення; в) вони мають цілісний характер, бо є певною послідовністю дій суб'єктів державної митної справи; г) їх метою є забезпечення дотримання митних правил; д) митним процедурам властивий системний характер, бо кожен акт поведінки викликає локальні наслідки, що впливають на зміст та результативні операції в цілому; е) митні процедури здійснюються шляхом правозастосовчої діяльності посадових осіб митних органів ДФС

та уповноважених ними осіб у сфері митної справи; є) результати виконання митних процедур документально закріплюються в актах правозастосування; ж) у підсумку здійснення митних процедур вирішується питання щодо пропуску або заборони на переміщення через митний кордон конкретного товару або транспортного засобу в межах обраного декларантом митного режиму<sup>2</sup>.

І. М. Резнік вважає, що митна процедура поєднує в собі конкретні акти правозастосування митних органів. Митний контроль і митне оформлення становлять основні напрями діяльності митних органів, що здійснюються шляхом виконання митних формальностей, які є складовими митних процедур. Підсумовуючи автор зазначає, що «митні процедури – це урегульована нормами митного права правозастосовна діяльність митних органів та їх посадових осіб, спрямована на реалізацію їх повноважень щодо організації переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон України, забезпечення додержання митних правил і підтримання режиму законності у процесі такого переміщення»<sup>3</sup>. Запропоноване визначення за змістом і обсягом найбільш точно розкриває правову природу цього поняття, а тому нами повністю поділяється.

Отже, митно-процедурна діяльність митних органів ДФС та інших державних органів контролю належить до сфери митної діяльності у галузі митної справи. Вона спрямована на виконання завдань митної служби, пов'язаних із правильним застосуванням, неухильним дотриманням та запобіганням невиконання вимог законодавства України з питань державної митної справи.

Митні процедури здійснюються в межах виключних повноважень митних органів ДФС та уповноважених ними осіб. Реалізація виключних повноважень під час здійснення митних процедур передбачає прийняття низки важливих управлінських рішень та актів правозастосування. Йдеться про застосування митних режимів, здійснення митного контролю та митного оформлення товарів і транспортних засобів, поміщених у відповідні митні режими; застосування обмежень і заборон на переміщення окремих груп товарів, їх затримання і передачу на відомчі склади для зберігання; перевірку правильності визначення митної вартості товарів; нарахування митних платежів та застосування митних пільг та тарифних преференцій. Окрім цього, уповноваженими особами приймаються наступні рішення: про пропуск або відмову у пропуску товарів і транспортних засобів на митну територію та за її межі; про випуск цих об'єктів у вільний обіг на митній території України; про притягнення до відповідальності порушників митних правил, запобігання контрабанді та ін.

Коло суб'єктів здійснення митних процедур обмежене. До них належать митні органи ДФС та їх посадові особи, уповноважені митними органами особи на надання посередницьких послуг з декларування товарів (митні брокери, утримувачі вантажних митних комплексів), а також інші органи державного контролю та їх посадові особи. Зокрема, це посадові особи Державної служби України з безпеки на транспорті, Державної авіаційної служби України Міністерства інфраструктури України, Державної служби контролю за переміщенням культурних цінностей через державний кордон України, Державної екологічної інспекції Міністерства охорони навколишнього середовища і ядерної безпеки України, Державної санітарно-епідеміологічної служби Міністерства охорони здоров'я та ін.

Таким чином, предмет нашого дослідження окреслюється сферою митної діяльності органів ДФС та уповноважених ними особами щодо здійснення митних процедур. Митно-процедурна діяльність передбачає владний вплив на поведінку осіб, які переміщують товари і транспортні засоби через митний кордон шляхом застосування державного примусу, а також реалізації правомочностей щодо притягнення порушників митних правил до встановленої законом відповідальності. Зміст явища корупції на митницях та митних постах полягає у зловживанні суб'єктами здійснення митних процедур владою та службовими повноваженнями та можливостями з метою одержання неправомірної вигоди.

Під корупційними злочинами у літературі розуміють сукупність злочинів, які місять ознаки корупції<sup>4,5,6</sup>. Як зазначає В. М. Киричко, суспільна небезпечність корупційних злочинів полягає в тому, що виконання службових обов'язків та повноважень, яке повинно здійснюватись відповідно до закону, фактично ставиться в залежність від одержання неправомірної вигоди від інших осіб, чим заподіюється істотна шкода суспільним відносинам в сфері службової діяльності<sup>7</sup>.

Корупційні злочини у сфері здійснення митних процедур становлять окрему групу злочинів, об'єднаних характерними для них ознаками корупції<sup>8</sup>.

По-перше, зазначена група злочинів *посягає на встановлений порядок здійснення* митного контролю, митного оформлення та справляння митних платежів при переміщенні товарів і транспортних засобів через митний кордон. Корупційні злочини вчиняються під час взаємодії митних органів ДФС і суб'єктів ЗЕД, митних органів та інших державних органів між собою з приводу здійснення та проходження митних процедур, запобігання контрабанді та порушенню митних правил.

По-друге, даний вид злочинів вчиняється *шляхом зловживання владою, службовими повноваженнями і пов'язаними з ними можливостями*. Це можуть бути дії або бездіяльність, що суперечать інтересам митної служби. В. І. Тютюгін наполягає на застосуванні для всіх корупційних злочинів родового терміна «зловживання владою», що передбачає умисне психічне ставлення до вчинюваного злочину і може включати як умисне, так і необережне ставлення до його наслідків<sup>9</sup>. Вважаємо такий підхід доцільним та обґрунтованим. При здійсненні митних процедур йдеться про зловживання виключними службовими повноваженнями в особистих інтересах та корпоративних інтересах суб'єктів ЗЕД.

По-третє, *предметом* вчинення досліджуваних корупційних злочинів здебільшого виступає неправомірна вигода. Згідно з приміткою до ст. 364-1 КК України під неправомірною вигодою слід розуміти грошові

кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які вигоди нематеріального чи не грошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав<sup>10</sup>. Як правило, в основі вчинення корупційних злочинів при здійсненні митних процедур лежать корисливі мотиви щодо одержання матеріальної вигоди.

По-четверте, *суб'єктами вчинення корупційних злочинів* виступають посадові особи митних органів ДФС, які несуть митну службу. Відповідно до ст. 569 МКУ посадовими особами органу доходів і зборів України є працівники, на яких покладено виконання завдань митної служби щодо правильного застосування законодавства України з питань державної митної справи, у тому числі під час здійснення митних процедур. Посадові особи органів доходів і зборів є державними службовцями<sup>11</sup>. На таких суб'єктів поширюється дія Законів України «Про запобігання корупції» і «Про державну службу». Поряд із цим, суб'єктами вчинення корупційних злочинів можуть бути уповноважені митними органами посадові особи на надання посередницьких функцій із декларування товарів (митні брокери, утримувачі митних вантажних комплексів). До кола таких суб'єктів належать також посадові особи інших органів державного контролю, перелік яких наводився раніше.

По-п'яте, характерною особливістю розглядуваної групи злочинів є *заподіяння істотної шкоди охоронюваним державним інтересам*. Йдеться про дві взаємопов'язані групи інтересів: митні або економічні інтереси держави та інтереси митної служби ДФС України<sup>12</sup>.

По-шосте, *корупційні злочини у сфері митно-процедурної діяльності органів ДФС мають економічну спрямованість*, оскільки супроводжують вчинення економічних злочинів у сфері економічного захисту державного кордону. Вказана група злочинів пов'язана із вчиненням або приховуванням інших злочинів, що вчиняються при незаконному переміщенні товарів через державний кордон. Через це вони можуть бути ознакою транскордонної або транснаціональної організованої злочинності<sup>13</sup>.

По-сьоме, *місцем і часом вчинення* корупційних злочинів є пункти пропуску через державний кордон, у тому числі спеціальні: зони митного контролю та місця розташування митних органів. Корупційні злочини вчиняються у встановлені строки здійснення митних процедур протягом терміну дії митного режиму, під який поміщено товари або транспортні засоби.

По-восьме, корупційні злочини вчиняються *за основними напрямками діяльності митних органів ДФС* у сфері здійснення митних процедур: 1) здійснення контролю за рухом товарів і транспортних засобів через митний кордон; 2) адміністрування митних платежів до дохідної частини Державного бюджету України; 3) запобігання та протидія контрабанді, боротьба з порушенням митних правил при здійсненні митно-процедурної діяльності.

По-дев'яте, *корупційні злочини у сфері здійснення митних процедур спрямовані на досягнення таких цілей*: сприяння незаконній діяльності з переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон; незаконне спрощення (пришвидщення) митних процедур і невиконання необхідних митних формальностей; незаконне зменшення митних зобов'язань при легальному переміщенні товарів на митну територію України та за її межі; перешкоджання законній діяльності суб'єктів ЗЕД в корисливих цілях.

Визначившись з характерними ознаками групи корупційних злочинів, що вчиняються при здійсненні митних процедур необхідно окреслити їх коло. У літературі пропонується поділ корупційних злочинів на безумовно корупційні та умовно корупційні. Безумовно корупційними визнаються злочини, всі ознаки яких вказують на їх корупційний характер і визначені в законі чи випливають з його змісту. До умовно корупційних належать злочини, склад яких має не всі ознаки корупційності, зокрема суб'єктивна сторона не передбачає корисливі мотиви і цілі<sup>14</sup>. Особливістю досліджуваної нами групи злочинів є те, що вони здебільшого належать до безумовно корупційних за таких підстав: вчиняються службовою особою митних органів ДФС (частина з яких є працівником правоохоронного органу), під час виконання службових обов'язків і реалізації владних повноважень щодо здійснення митних процедур, передбачають умисну форму вини, вчиняються шляхом зловживання службовими повноваженнями в різні способи, мають корисливі мотиви та спрямовані на одержання незаконної вигоди, заподіюють шкоду економічним інтересам держави, а також інтересам митної служби. До таких злочинів належать: зловживання владою та службовим становищем (ст. 364 КК), перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронних органів (ст. 365 КК), прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою (ст. 368 КК), незаконне збагачення (ст. 368-2 КК), пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК), зловживання впливом (ст. 369-2 КК).

Водночас, деякі корупційні злочини, що вчиняються при здійсненні митних процедур, одночасно створюють необхідні умови для вчинення, сприяння або приховування інших злочинів, пов'язаних із контрабандою, контрафакцією, несплатою податків та іншими видами економічної організованої злочинності. Умовно корупційні злочини включають службове підроблення (ст. 366 КК) і службову недбалість (ст. 367 КК).

Також слід враховувати, що корупційні злочини можуть вчинятися у сукупності із злочинами, пов'язаними з незаконним переміщенням товарів і транспортних засобів через державний (митний) кордон. Зокрема, йдеться про контрабанду (ст. 201 КК), контрабанду наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів або фальсифікованих лікарських засобів (ст. 305 КК), ввезення в Україну підроблених грошей (ст. 199 КК), імпорт, експорт дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва (ст. 203-1 КК), ввезення товарів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну та релігійну нетерпимість та дискримінацію (ст. 300 КК), порушення порядку здійснення міжнарод-



них передач товарів, що підлягають державному експортному контролю (ст. 333 КК), ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) (ст. 212 КК). Корупційні злочини, що вчиняються при здійсненні митних процедур можуть мати на меті також сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинно діяльності (ст. 256 КК). Як правило, останні спеціалізуються на контрабанді і контрафакції.

<sup>1</sup> Конституція України (із змін. і доп.) від 28.06.1996 // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>2</sup> Концептуалізація оцінювання митних процедур в умовах активізації зовнішньоекономічної діяльності: монограф. / за заг. ред. І. Г. Бережнюка. – Хмельницький: ПП Мельник А. А., 2015. – С. 93–94.

<sup>3</sup> Резнік І. М. Правове регулювання переміщення товарів через митний кордон України: монографія / І. М. Резнік; за ред. М. Г. Шульги. – Х. : Оберіг, 2015. – С. 68–69.

<sup>4</sup> Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В. М. Киричко. – Х.: Право, 2013. – С. 25–26.

<sup>5</sup> Савченко А. В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика) : навч. посіб / А. В. Савченко. – К. : Центр учб. літ-ри, 2016. – С. 16.

<sup>6</sup> Філіппов С. О. Криминологічні аспекти реалізації антикорупційної політики у державній прикордонній службі України / С. О. Філіппов // Митна справа. – 2010. – № 4 (70). – С. 46.

<sup>7</sup> Киричко В. М. Там само. – С. 20.

<sup>8</sup> Головкін Б. М. Види злочинності / Б. М. Головкін // Журнал східноєвропейського права. – 2015. – Вип. 18. – С. 15.

<sup>9</sup> Тютюгін В. І. Поняття та ознаки корупційних злочинів / Тютюгін В. І., Косінова К. С. // Вісн. Асоціац. крим. права України. – 2015. – № 1 (4). – С. 394–395.

<sup>10</sup> Кримінальний кодекс України (із змін. і доп.) від 05 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

<sup>11</sup> Митний кодекс України (із змін. і доп.) від 13 березня 2012 р. // Відомості Верховної Ради. – 2012. – № 44–45, № 46–47, № 48, Ст. 552

<sup>12</sup> Головкін Б. М. Поняття злочинності у сфері економіки / Б. М. Головкін // Форум права. Електронне видання. – 2013. – № 3. – С. 130.

<sup>13</sup> Головкін Б. М. Антикорупційний менеджмент у митній справі / Б. М. Головкін // Фіскальна політика в Україні в кримінально-правовому вимірі: зб. тез. доп. Всеукр. наук-практ. інтернет-конф. (26 квітня, м. Ірпінь). – Вінниця: ТОВ «Нілан-ЛТД», 2016. – С. 62–63.

<sup>14</sup> Бусол О. Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні в контексті сучасної антикорупційної стратегії: дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08 / Бусол Олена Юріївна. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького, 2015. – С. 119–121.

#### Резюме

##### **Олійник Д. О. Поняття та види корупційних злочинів, що вчиняються при здійсненні митних процедур.**

У статті досліджено правову природу митних процедур, визначено зони корупційних ризиків у митній діяльності органів ДФС при здійсненні контролю за переміщенням товарів через митний кордон України. Стверджується, що корупційні злочини у сфері здійснення митних процедур становлять окрему групу злочинів, об'єднаних характерними для них ознаками корупції. Серед ознак цієї групи корупційних злочинів називаються такі: спрямованість злочинних посягань проти встановленого порядку здійснення митних процедур; вчинення шляхом зловживання владою, службовими повноваженнями та пов'язаними з ними можливостями; предметом злочинних посягань виступає неправомірна вигода; суб'єктами злочинних дій є посадові особи митних органів ДФС України; місцем вчинення злочинів виступають пункти пропуску через державний кордон України у спеціально відведених митних зонах; цілями вчинення вказаних злочинів є сприяння незаконній діяльності з переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон; незаконне спрощення митних процедур і невиконання необхідних митних формальностей, незаконне зменшення митних зобов'язань при легальному переміщенні товарів на митну територію України та за її межі, перешкоджання законній діяльності суб'єктів ЗЕД з корисливих спонукань; заподіяння істотної шкоди економічній та митним інтересам держави.

**Ключові слова:** митна справа, митні процедури, митний контроль, митні органи ДФС України, корупційні злочини.

#### Резюме

##### **Олейник Д. А. Понятие и виды коррупционных преступлений, которые совершаются при проведении таможенных процедур.**

В статье исследована правовая природа таможенных процедур, определены зоны коррупционных рисков в таможенной деятельности органов ГФС Украины при осуществлении контроля за перемещением товаров через таможенную границу Украины. Утверждается, что коррупционные преступления в сфере проведения таможенных процедур составляют отдельную группу преступлений, объединенных характерными признаками коррупции. К признакам коррупционных преступлений относятся следующие: направленность преступлений против установленного порядка проведения таможенных процедур; совершение путем злоупотребления властью, служебными полномочиями и связанными с ними возможностями; предмет – неправомысленная выгода; субъектами выступают должностные лица ГФС Украины; местом совершения преступлений являются пункты пропуска через государственную границу Украины и специально отведенные зоны таможенного контроля; цели коррупционных преступлений – содействие незаконной деятельности по перемещению товаров и транспортных средств через таможенную границу, незаконное упрощение таможенных процедур и невыполнение всех необходимых таможенных формальностей, незаконное уменьшение таможенных обязательств при легальном перемещении товаров на таможенную территорию Украины и за ее пределы, препятствование законной деятельности субъектов ВЭД по корыстным мотивам; причинение существенного вреда экономическим и таможенным интересам государства.

**Ключевые слова:** таможенное дело, таможенные процедуры, таможенный контроль, таможенные органы ГФС Украины, коррупционные преступления.

## Summary

### ***Oliynyk D. Concept and types of corruption crimes committed in the implementation of customs procedures.***

This article explores the legal nature of customs procedures, identified areas of corruption risks in customs activities of SFS at controlling the movement of goods across the customs border of Ukraine. It is alleged that corruption offenses in the field of customs procedures are a separate group of crimes, what combined their characteristic signs of corruption. Among the features of this group are those corruption offenses: crimes direction against the established order customs procedures; committed by abuse of power, official authority and related opportunities; subject to criminal offenses acts undue advantage; subjects of criminal acts are officials of customs authorities SFS Ukraine; the scene of crime act checkpoints across the state border of Ukraine customs in designated areas; purposes of committing these crimes is to promote illegal activities on the movement of goods and vehicles across the customs border; illegal simplification of customs procedures and the failure of the required customs formalities, the unlawful reduction of customs obligations in the legal movement of goods into Ukraine and beyond its borders, impeding the legitimate activities of FEA selfish motives; causing substantial damage to the economic and customs interests.

**Key words:** customs business, customs procedures, customs control, customs authorities DFS Ukraine, corruption offenses.

УДК 344.13

## **А. М. ОНИСЬКІВ**

*Андрій Михайлович Ониськів, заступник начальника першого відділу управління процесуального керівництва у кримінальних провадженнях слідчих регіональної прокуратури прокуратури Київської області*

## **КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПОРЯДКУ ПРОХОДЖЕННЯ ВІЙСЬКОВОЇ СЛУЖБИ ЗА ВІЙСЬКОВО-КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ НІМЕЧЧИНИ ТА ФРАНЦІЇ**

Одним із важливих методів наукового пізнання є порівняльний, який найчастіше й використовується у кримінально-правових дослідженнях. Більше того, використання порівняльно-правового методу є вкрай важливим, зважаючи на прагнення нашої держави до євроінтеграції та повноправного членства в Європейському Союзі. На думку дореволюційного правознавця М. М. Ковалевського, існує дві умови для правильного застосування порівняльно-правового методу: 1) порівняння не повинно обмежуватися народами однієї раси або народами, які розмовляють однією мовою чи сповідують одну і ту ж релігію; 2) порівнювати можна лише такі законодавства або правові системи, які перебувають на одному і тому ж рівні суспільного розвитку<sup>1</sup>. Ю. С. Шемшученко вважає, що порівняльно-правові дослідження можуть вказати на важливі варіанти рішень, застерегти від прийняття застарілих або неефективних рішень<sup>2</sup>.

Використання порівняльно-правового методу, на нашу думку, має враховувати те, що у кримінальному законодавстві будь-якої держави є як позитивні, так і негативні моменти кримінально-правового регулювання, а тому запозичувати щось у національне законодавство слід обдуманно, ґрунтуючись на науковому пізнанні відповідного явища.

Ю. В. Баулін вважає, що, кримінальне законодавство держав, що належать до різних правових систем, є різноманітним, що пов'язане не із сутністю того чи іншого кримінально-правового явища, а з його юридичною формою, правовими традиціями, правовою культурою, законодавчою технікою тощо<sup>3</sup>. Зважаючи на сучасні процеси євроінтеграції, важливого значення набуває порівняння кримінального законодавства України із законодавством європейських держав. Відтак у цій праці у порівняльно-правовому аспекті будуть проаналізовані кримінально-правові норми Німеччини та Франції у частині криміналізації злочинів проти порядку проходження військової служби.

Кримінальна відповідальність за військові злочини передбачена у європейських країнах зазвичай в окремому військово-кримінальному законодавстві, під яким будемо розуміти відокремлену у правовій системі практично кожної держави сукупність спеціальних кримінально-правових норм, призначених для охорони військового правопорядку від злочинних посягань. Залежно від військової доктрини та нормотворчих технологій, що використовуються в тій або іншій країні, а також становища армії у політичній системі суспільства, таке відокремлення оформлюється по-різному. У Німеччині діє самостійний військово-кримінальний закон. У Франції, як і в США, військово-кримінальне законодавство представлено у виді розділу (глави) в законодавстві про воєнну юстицію, у Великобританії – в законодавстві про дисципліну у збройних силах<sup>4</sup>.

У Німеччині діє Воєнно-кримінальний закон від 30 березня 1957 р. («Wehrstrafgesetz», WStG) у редакції від 5 травня 1974 р., який належить до основних кримінальних законів цієї держави. У Розділі I Особливої частини WStG «Злочинні діяння проти обов'язків військової служби» передбачено кримінальну відповідаль-

ність за самовільну відсутність (§ 15), дезертирство (§ 16), самокалічення (§ 17), ухилення від військової служби шляхом обману (§ 18)<sup>5</sup>.

Ознаки складу самовільної відсутності передбачають залишення військовослужбовцем без дозволу командира військової частини або нез'явлення до неї умисно або з необережності на строк більше трьох календарних днів (ч. 1). Суб'єктом цього злочину є лише військовослужбовець бундесверу. Згідно з ч. 2 § 15 військовослужбовець бундесверу, який невинно або через необережність опинився за межами місця служби, але протягом трьох календарних днів не повідомив про себе у свій підрозділ, в іншу військову частину або в будь-яку установу Німеччини, підлягає кримінальній відповідальності. На відміну від дезертирства, за замах на самовільну відсутність кримінальна відповідальність не передбачена.

Дезертирство описано у § 16 як самовільне залишення військової служби або самовільна відсутність по місцю військової служби з метою: а) ухилення від несення військової служби назавжди, б) тимчасового ухилення від несення військової служби в період підготовки або проведення бойової операції, в) юридичного ухилення від несення військової служби. без дозволу командира з метою постійного ухилення від виконання військового обов'язку у період збройного конфлікту. Окрім того, як передбачено у ч. 2, караним є і замах на дезертирство. У ч. 3 передбачено підставу для пом'якшення покарання за дезертирство: дійове каяття (якщо протягом місяця військовослужбовець повернувся до місця служби і заявив про готовність до подальшого несення військового обов'язку).

Самокалічення (§ 17) передбачає заподіяння каліцтва або приведення у непридатний до військової служби стан себе або іншого військовослужбовця з метою ухилитися від проходження військової служби постійно. Кримінально-караним вважається й часткове самокалічення або непридатність до військової служби на певний час (тимчасово) (ч. 2), а також замах на самокалічення. Таким чином, особливістю відповідного складу злочину є, насамперед, суб'єкт його вчинення. Ним може бути як військовослужбовець, який сам собі спричиняє шкоду здоров'ю, так і інший військовослужбовець, який скоює відповідні дії по відношенню до іншого. Окрім того, кримінальна відповідальність за § 17 WStG настає не за самокалічення військовослужбовця, а за вчинення його та ухилення в результаті цього від проходження військової служби. Таким чином, за законодавством цієї держави самокалічення вважається закінченим злочиним з моменту фактичного ухилення військовослужбовця від несення обов'язків військової служби.

Ухилення від військової служби шляхом обману (§ 18) передбачає ухилення від військової служби шляхом обману постійно або тимчасово. Такі діяння можуть вчинятися особою, яка безпосередньо ухиляється від несення обов'язків військової служби. Окрім того, кримінально караним є сприяння ухиленню від несення обов'язків військової служби іншим військовослужбовцем. Як і щодо попередніх складів злочинів, караним визнається й замах на вчинення цього злочину.

На відміну від КК України, в якому в окремому розділі передбачено відповідальність за військові злочини, та Військово-кримінального закону Німеччини (спеціального нормативного акта), у Франції відповідальність за вчинення злочинів проти порядку проходження військової служби передбачена у Кодексі воєнної юстиції (КВЮ), який затверджений у новій редакції ордонансом від 01 червня 2006 р.<sup>6</sup> Як вказує Н. О. Шулепов, раніше чинний КВЮ приймався парламентом Франції. Парламентські слухання щодо нового КВЮ у 2002 р. затягнулися і цей нормативний акт затверджений не був. Національна асамблея та Сенат Франції надав право на «перетворення» КВЮ уряду (Міністерству оборони). Таке рішення продемонструвало, з одного боку, прагнення держави більш оперативно реагувати на нові явища у сфері відповідальності воєнної юстиції, а з іншого – відійти від безкінечних парламентських дебатів зі спірного питання про доцільність збереження у країні воєнної юстиції та про необхідність функціонування спеціального воєнно-кримінального законодавства<sup>7</sup>. Оновленим кодексом не було внесено принципових змін у порядок здійснення правосуддя у воєнній сфері. Однак новели у цьому нормативному акті все ж відбулися. Зокрема, була змінена нумерація статей. У КВЮ 1965 р. статті позначалися цифрами від 1 до 476. У КВЮ 2006 р. кожна стаття має свій шифр. Так, книга III відкривається ст. L.311-1 та закінчується ст. L.333-7. Літера «L.» ідентифікує статтю як таку, що належить до воєнно-кримінального права; уніфікована конструкція статей Особливої частини КВЮ. Тим із них, у яких раніше санкція передувала диспозиції, надано класичного вигляду, а розмір покарання в них визначався після викладення диспозиції<sup>8</sup>.

Як і раніше, КВЮ складався з чотирьох книг: 1) організація і компетенція військових судів; 2) воєнно-кримінальне судочинство; 3) покарання, які застосовуються судами збройних сил, та порушення військового порядку; 4) воєнна жандармерія та воєнно-польові суди. Кримінальна відповідальність за військові злочини передбачена у Книзі III. У Розділі II міститься 4 Глави, серед яких – діяння, пов'язані з ухиленням від обов'язків (ст.ст. L.321-1–L.321-24).

На відміну від Німеччини, у КВЮ Франції не передбачено кримінальної відповідальності за самовільне залишення військової частини або місця служби. Відповідні діяння охоплюються складом дезертирства.

У КВЮ Франції кримінальна відповідальність за дезертирство диференційована законодавцем та передбачена у 23 статтях. Так, у них встановлено відповідальність за дезертирство, вчинене у межах країни, поєднане з втечею за кордон, у складі організованої групи, поєднане з переходом на бік ворога, під час ворожої загрози, коли існує реальна загроза потрапити в полон, або коли особа вже перебуває у полоні, або під час ведення бою, зі зброєю. Окрім того, КВЮ визначає, що кримінально-караним визнається підбурювання до дезертирства та його приховування.

Дезертирством всередині країни, що вчиняється у мирний час, визнається:

1) відсутність будь-якого військовослужбовця без дозволу командування у підрозділі, на базі, на кораблі, у військовому або цивільному госпіталі, або в пенітенціарній (тюремній) установі, в якій він був попередньо заарештований після шести днів зафіксованої відсутності;

2) нез'явлення будь-якого військовослужбовця, який діяв самостійно, у частину або у підрозділ, в якого завдання, відпустка або звільнення закінчаються через два тижні;

3) відсутність військовослужбовця без дозволу на момент відправлення військового корабля або повітряного судна, до якого він приписаний або на борту якого він перебуває, якщо він не з'явиться до місця служби по закінченні відстрочки.

Окрім того, у КВІО Франції передбачено особливості кваліфікації дезертирства, вчиненого молодим солдатом, яким визнається особа, яка перебуває на службі менше трьох місяців. Він може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за дезертирство лише у випадку, якщо перебував поза місцем служби понад 1 місяць.

Відповідно до КВІО Франції кримінально-карним є такий спосіб ухилення від проходження військової служби, як самокалічення, яким визнається приведення себе в непридатний стан для проходження військової служби. На відміну від українського та німецького законодавства, відповідно до якого самокалічення визнається способом ухилення від військової служби, що передбачає закінчення цього злочину з моменту припинення виконання обов'язків військової служби, за КВІО Франції карним визнається викриття військовослужбовця, який приводив себе у стан, непридатний для проходження військової служби, з метою тимчасово або назавжди ухилитися від проходження військової служби. Таким чином, відповідне діяння вважається закінченим з моменту спричинення військовослужбовцем шкоди здоров'ю самому собі.

Виконавцем цього злочину, як і за ст. 419 КК України, є військовослужбовець, який спричиняє шкоду здоров'ю самому собі. Інші особи, які умисно заподіяли таку її для військовослужбовця, як і за КК України, визнаються співучасниками цього злочину. Водночас, більш сувору відповідальність передбачена для співучасників – медичних працівників. Відповідно до КВІО Франції покарання в такому випадку подвоюється порівняно з розміром покарання, передбаченим для військовослужбовця, а також застосовується додаткове покарання – штраф.

Диференціація кримінальної відповідальності за ухилення від проходження військової служби за КВІО Франції здійснена залежно від того, в який час (мирний або військовий) було вчинено відповідні діяння. Зокрема, ці кваліфікуючі ознаки передбачені за вчинення самокалічення у воєнний час. Так, за самокалічення, вчинене у мирний час, передбачено покарання у виді тюремного ув'язнення на строк від 1 до 5 років, а у воєнний час – на строк від 5 до 10 років, якщо ж такі дії вчинені під час загрози воєнних дій (при зіткненні з супротивником) або в ході їх ведення – пожиттєвим ув'язненням з обов'язковим залученням до праці.

Окрім того, за КВІО Франції передбачено різну мінімальну кількість днів, коли самовільна відсутність у військовій частині дає підставу кваліфікувати дії особи як дезертирство. Так, у мирний час самовільна відсутність є кримінально караною у випадку, коли це продовжувалося понад 6 діб (або понад 15 діб), а у воєнний час такі строки скорочені на 2/3. Однак за останнє діяння передбачено більш суворе покарання (за дезертирство в мирний час – позбавлення волі на строк до 3 років, а у військовий час чи на територіях, на яких оголошено надзвичайний стан – позбавлення волі – до 10 років, а у випадку загрози військових дій чи їх ведення – до 20 років з обов'язковою працею). Також більш суворі покарання передбачені у КВІО Франції за вчинення дезертирства за наявності кваліфікуючих ознак у воєнний час.

Таким чином, військово-кримінальне законодавство Німеччини та Франції містить спеціальні норми, в яких передбачається кримінальна відповідальність за злочини проти порядку проходження військової служби (самовільне залишення військової служби – Німеччина, дезертирство – Франція, Німеччина, ухилення від несення обов'язків військової служби шляхом самокалічення або іншого обману – Франція, Німеччина).

На нашу думку, у кримінальне законодавство України доцільно було б запозичити найбільш вдалі законодавчі рішення проаналізованих кодексів. У КК України недоцільно передбачати диференційовані підходи до кримінальної відповідальності за самовільне залишення військової частини або місця служби залежно від суб'єкта та від строку, протягом якого вони ухилилися від проходження військової служби. У КК України у різних частинах ст. 417 передбачена відповідальність за самовільне залишення військової служби військовослужбовцем строкової служби (ч. 1), та військовослужбовцем (крім строкової служби) (ч. 2). Окрім того, у відповідних частинах ст. 417 КК України передбачено відповідальність за різні строки самовільного залишення військової частини цими суб'єктами (тривалістю понад три доби, але не більше місяця – ч. 1, тривалістю понад десять діб, але не більше місяця, або хоч і менше десяти діб, але більше трьох діб, вчинені повторно протягом року – ч. 2). Така диференціація кримінальної відповідальності вбачається недоцільною. Самовільне залишення військової частини або місця служби, на нашу думку, є однаково суспільно небезпечним діянням незалежно від виду військовослужбовця. Важливого значення набуває ця обставина, зважаючи на сучасні умови, в яких опинилася Україна з огляду на збройну агресію РФ та проведенням антитерористичної операції на окремих територіях Донецької та Луганської областей. Ще у Концепції переходу Збройних Сил України до комплектування військовослужбовцями контрактної служби на період до 2015 р., затвердженій Указом Президента України від 7 квітня 2001 р., вказано, що перехід Збройних Сил України до комплектування солдатами і матросами, сержантами і старшинами – військовослужбовцями контрактної служби зумовлено необхідністю підтримання бойової готовності військ (сил) на належному рівні за рахунок забезпечення військових частин і підрозділів поповненням, спроможним протягом тривалого часу якісно



виконувати поставлені завдання. Здійснення цього заходу надасть змогу, зокрема, підвищити бойову готовність Збройних Сил України та вимоги до їх особового складу<sup>9</sup>. Голова підкомітету № 5 Комітету реформ Міністерства Оборони України та Збройних Сил України С. Кропивченко вказав, що на сьогоднішній день до Збройних Сил України прийнято більше 67 тис. на військову службу за контрактом. У тому числі, більше 7,5 тис. офіцерів. Це більше, ніж за останні 15 років. Окрім того, «до 2020 року в нас є перспектива перейти на 100-відсоткове військо за контрактом»<sup>10</sup>. Таким чином, суспільна небезпека самовільного залишення військової служби або місця служби, на нашу думку, є однаковою незалежно від суб'єкта вчинення злочину (виду військовослужбовця). Окрім того, у жодній іншій статті розділу XIX Особливої частини КК України не передбачено диференціацію кримінальної відповідальності за вчинення військових злочинів залежно від такого виду суб'єкта. Зважаючи на формулювання мінімальних строків самовільного залишення військової частини або місця служби у проаналізованих нормативних актах, а також на підставі традицій криміналізації діянь, передбачених ст. 417 КК України, вважаємо за доцільне передбачити ознакою основного складу цього злочину тривалість самовільного залишення понад три доби, але не більше місяця.

На нашу думку, вважаємо виваженим підхід французького законодавця, який визначає різний ступінь суспільної небезпеки дезертирства, вчиненого у військовий час та у випадку загрози військових дій чи їх ведення. У другому випадку передбачено більш суворе покарання. У статтях, що передбачають відповідальність за злочини проти порядку проходження військової служби, законодавець за суспільною небезпекою прирівнює вчинення відповідних діянь в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці. На нашу думку, більш небезпечним все ж є самовільне залишення військової частини або місця служби в бойовій обстановці, яка передбачає безпосереднє ведення загальновійськового, вогневого, протиповітряного, повітряного й морського бою, у виді організованих та узгоджених ударів, вогню і маневрів (бойових дій) з'єднань, частин і підрозділів з метою знищення (розгрому) противника, відбиття його ударів і виконання інших бойових завдань, що здійснюється в обмеженому місці та протягом короткого проміжку часу<sup>11</sup>. Відтак вчинення будь-яких форм ухилення від військової служби, передбачених ст.ст. 417–419 КК України, буде більш відчутним для інших осіб, які беруть участь у безпосередньому веденні бою, а також для військового правопорядку загалом, оскільки створює суттєвий дисбаланс між військовослужбовцями, які беруть участь у веденні бою та військовими силами супротивника, що може спричинити поразку перших та зайняття нових територій ворожими військами, захоплення військовополонених та інших наслідків. Ураховуючи викладене вище, вважаємо за доцільне передбачити у різних частинах ст.ст. 417–419 КК України вчинення злочинів проти порядку проходження військової служби в умовах воєнного стану та в бойовій обстановці, передбачивши за вчинення відповідних діянь в останньому випадку більш суворе покарання.

Таким чином, порівняльно-правове дослідження кримінальної відповідальності за вчинення злочинів проти порядку проходження військової служби за законодавством України, Німеччини та Франції показали, що у КК України є багато вдалих законодавчих рішень у цій частині. Однак, існують законодавчі положення, які потребують коригування. Відтак запропоновано окремі зміни у ст.ст. 417–419 КК України на підставі позитивного досвіду Німеччини та Франції.

<sup>1</sup> Ковалевский М. М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права / М. М. Ковалевский. – М.: Типограф. Ф. Б. Миллера, 1880. – С. 26–27.

<sup>2</sup> Шемшученко Ю. С. Місія порівняльного правознавства / Ю. С. Шемшученко // Порівняльне правознавство: сучасний стан та перспективи розвитку: збірн. наук. праць / За ред. Ю. С. Шемшученка, В. П. Тихого, М. М. Цимбалюка, І. С. Гриценка. – Л.: Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2012. – С. 29.

<sup>3</sup> Баулін Ю. В. Сучасне кримінальне право України: підсумки, тенденції, перспективи розвитку / Ю. В. Баулін // Питання боротьби зі злочинністю: [зб. наук. пр.] / Редкол.: Борисов В. І. (голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2012. – Вип. 23. – С. 33.

<sup>4</sup> Сидорин В. В. Сравнительно-правовой анализ национальных систем современного военно-уголовного законодательства России, Франции, Германии: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Сидорин Виктор Васильевич; Московская академия МВД РФ. – М., 2000. – С. 7.

<sup>5</sup> Wehrstrafgesetz, (WStG) vom. 30 Marz 1957 (BGBlIS.298). Grundriß des Wehrstrafrechts von Herbert Arndt [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gesetze-im-internet.de/wstrg/BJNR002980957.html>

<sup>6</sup> Code de justice militaire (nouveau), 21.08.2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://codes.droit.org/cod/justice\\_militaire.pdf](http://codes.droit.org/cod/justice_militaire.pdf) – Заголовок з екрана.

<sup>7</sup> Шулепов Н. А. Кодекс военной юстиции 2006 г. – новый шаг в развитии военно-уголовного законодательства Франции / Н. А. Шулепов // Военно-уголовное право. – 2006. – № 6. – С. 108.

<sup>8</sup> Шулепов Н. А. Там само. – С. 109.

<sup>9</sup> Концепція переходу Збройних Сил України до комплектування військовослужбовцями контрактної служби на період до 2015 р., затвердженої Указом Президента України від 7 квітня 2001 р. № 239/2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/239/2001> – Заголовок з екрана.

<sup>10</sup> У Міноборони анонсували повний перехід на контрактне військо до 2020 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://tyzhden.ua/News/182019> – Заголовок з екрана.

<sup>11</sup> Ониськів А. М. Бойова обстановка як кваліфікуюча ознака військових злочинів / А. М. Ониськів // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. – 2016. – № 3. – С. 185–195 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.chasopysnapu.gp.gov.ua/chasopys/ua/pdf/11-2016/oniskiv.pdf>

#### Резюме

**Ониськів А. М. Кримінальна відповідальність за злочини проти порядку проходження військової служби за військово-кримінальним законодавством Німеччини та Франції.**

Із використанням порівняльно-правового методу досліджено військово-кримінальне законодавство у частині криміналізації злочинів проти порядку проходження військової служби Німеччини та Франції. Враховуючи позитивний досвід цих держав, запропоновано зміни у статті 417–419 КК України.

**Ключові слова:** військово-кримінальне законодавство, злочини проти порядку проходження військової служби, дезертирство, самовільне залишення військової частини або місця служби, дезертирство, самокалічення.

#### Резюме

**Ониськів А. М. Уголовная ответственность за преступления против порядка прохождения военной службы за военно-уголовным законодательством Германии и Франции.**

С использованием сравнительно-правового метода исследовано военно-уголовное законодательство в части криминализации преступлений против порядка прохождения военной службы Германии и Франции. Учитывая положительный опыт этих государств, предложены изменения в статьи 417–419 УК Украины.

**Ключевые слова:** военно-уголовное законодательство, преступления против порядка прохождения военной службы, дезертирство, самовольное оставление воинской части или места службы, дезертирство, членовредительство.

#### Summary

**Oniskiv A. Criminal liability for crimes against the order of military service for the military criminal legislation of Germany and France.**

Using a comparative legal method studied military criminal legislation regarding the criminalization of offenses against the order of military service in Germany and France. Given the positive experience of these countries, proposed amendments to Articles 417–419 of the Criminal Code of Ukraine.

**Key words:** military criminal law, crimes against the order of military service, desertion, unauthorized abandonment of a military unit or place of service, desertion, self-mutilation.

УДК 343.544

### Т. І. УСАТОВА

*Тетяна Ігорівна Усатова, здобувач Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Статуса НАПрН України*

## ОСНОВНІ СТРАТЕГІЧНІ НАПРЯМИ ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНАМ, ПОВ'ЯЗАНИМ ЗІ СТВОРЕННЯМ АБО УТРИМАННЯМ МІСЦЬ РОЗПУСТИ ТА ЗВІДНИЦТВОМ

Заключним етапом кримінологічного вивчення будь-якого криміногенного явища, як правило, є запропонування стратегії запобігання цьому явищу. Такий підхід у кримінології уявляється цілком логічним, адже аналіз злочинності, окремого її виду або так званого фонового явища злочинності тому й робиться, щоб розробити якомога ефективніші шляхи нейтралізації або, принаймні, обмеження тієї чи іншої проблемної ділянки соціального життя.

Традиційно теорією кримінологічної науки в запобіганні злочинності виділяються об'єкти запобіжного впливу, суб'єкти запобіжної діяльності, завдання, цілі та методи такої діяльності, конкретні заходи, рівні та принципи їх реалізації, критерії вимірювання ефективності тощо<sup>1</sup>. Але в конкретних кримінологічних дослідженнях, як уявляється, важливим є насамперед концептуальний підхід, тобто певне бачення сутності проблеми як такої та певна ідея про її розв'язання, що покладається в організацію здійснення визначених заходів. Такий підхід у практичній площині отримує значення стратегії запобігання злочинним проявам. У нашому дослідженні головне питання, на яке перш за все слід звертати увагу, є те, як розв'язуватиметься в цілому проблема ставлення суспільства до проституції. Саме від розв'язання цієї проблеми будуватиметься й стратегія подолання злочинів, передбачених ст. 302 КК. Іншими словами, коли ми дамо відповідь на запитання «що робити з проституцією?», то зможемо визначитися і з головними напрямками цієї стратегії запобігання.

З окремих питань запобігання злочинам проти моральності працювали такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як І. О. Бандурка, О. О. Дудоров, Л. С. Кучанська, О. Г. Манич, Д. О. Назаренко, А. А. Небитов, С. Л. Панов, О. О. Петряніна, В. Ю. Савін, Ю. П. Смирнов, Н. В. Уханова, М. І. Хавронюк, Т. А. Шевчук, А. Є. Шпаков та ін. Але запропоновані чисельні запобіжні заходи, що пропонуються фахівцями, здебільшого стосуються удосконалення норм кримінального права або мають характер простого перелічення без визна-

чення черговості їх реалізації та конкретних перспектив, що досягатимуться внаслідок їх успішного здійснення. Тому є сенс знову повернутися до проблематики стратегії запобігання саме звідництву, створенню або утриманню місць розпусти.

**Метою статті** є виокремлення кількох стратегічних напрямів, реалізація яких складатиме своєрідне ядро всього процесу запобігання як у цілому злочинам проти моральності, передбаченим розділом XII КК України, так і діянням, кримінальна відповідальність за які установа у ст. 302 КК, зокрема.

Нині українське суспільство не є монолітним у плані абсолютної заборони або, навпаки, тотального дозволу заняття проституцією. Однак у побудові стратегії запобігання аналізованим злочинам ми виходимо з того, що наше суспільство ще не готове до такого радикального кроку, як легалізація проституції. Коли не вирішені інші соціально-економічні й морально-етичні проблеми, торкатися проблеми дозволу проституції уявляється вельми небезпечною справою. Тому заходи загальносоціального та спеціально-криминологічного характеру, які складають сутність стратегії, слід будувати з урахування того факту, що питання про легалізацію проституції найближчим часом не може ставати на порядку денному та вважатися пріоритетним державним завданням.

Традиційно у криминології заходи запобігання злочинності поділяються на загальносоціальні та спеціально-криминологічні. Цю схему можна взяти за основу й при розробці стратегії запобігання злочинам, пов'язаним зі звідництвом або створюванням місць розпусти. Конкретний набір запобіжних заходів, здатний якомога ефективніше впливати на ті чи інші криминогенні чинники, створює певну стратегію подолання певного виду злочинності у цілому. У зв'язку з цим останніми роками все частіше говорять про стратегії розв'язання проблеми запобігання злочинам як про сукупність науково обґрунтованих способів руйнівного запобіжного впливу на криминогенні явища<sup>2</sup>. Таким чином, стратегія уявляється більш предметним, конкретизованим шляхом досягнення певного результату, ніж констатація простого набору можливих заходів запобігання. Адже такі стратегії орієнтовані на досягнення конкретної мети та очікуваного результату – як найближчого, так і в перспективі. Вважаємо, що такий підхід має рацію, адже не можна намагатися охопити все, особливо в умовах фінансово-економічної кризи. Тому треба сфокусуватися на тих окремих ланках, що мають першорядне значення. До речі, такий підхід стратегічного мислення вже знаходить своє відображення на практиці (наприклад, Стратегія національної безпеки України, затверджена Указом Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015; Стратегія реформування системи звітності у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2016 р. 608-р; Стратегія кібербезпеки України, затверджена Указом Президента України від 15 березня 2016 р. № 96/2016; Національна стратегія у сфері прав людини, затверджена Указом Президента України від 25 серпня 2015 р. № 501/2015; Закон України «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки» від 14 жовтня 2014 р.; та ін.).

Окрім спеціальних стратегій, тобто таких, що спрямовані на обмеження явищ, які мають, образно кажучи, прямий, або безпосередній, криминогенний потенціал, в Україні існують і стратегії загальносоціального плану (наприклад, Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020», схвалена Указом Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015; Стратегія подолання бідності, затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 16 березня 2016 р. № 161-р; Довгострокова стратегія розвитку української культури – стратегія реформ; Стратегія національно-патріотичного виховання дітей та молоді на 2016–2020 роки, затверджена Указом Президента України від 13 жовтня 2015 р. № 580/2015; Стратегія розвитку державної молодіжної політики на період до 2020 року, затверджена Указом Президента України від 27 вересня 2013 р. № 532/2013; та ін.). Загалом сьогодні в Україні діє понад 100 (!) документів стратегічного характеру. Їх завданням є модернізація суспільного життя з урахуванням європейських стандартів і викликів часу, удосконалення основних сфер життєдіяльності суспільства як такого, підвищення ефективності чисельних соціальних інституцій з тим, щоб кожна людина почувала себе в безпеці від внутрішніх та зовнішніх впливів негативного характеру. Проте для забезпечення стратегічного впливу на той чи інший вид злочинності відповідні заходи загальносоціального спрямування виявляються базовими, засадничими, стратегічними.

На наш погляд, стратегія запобігання звідництву та створенню або утриманню місць розпусти має охоплювати три великі стратегічні напрями: 1) удосконалення законодавства, насамперед кримінального, що спрямовується на боротьбу з проявами звідництва, створення або утримання місць розпусти, з одночасним установленням юридичної відповідальності за здачу в оренду житла для заняття проституцією; 2) рішучу боротьбу з корупцією у правоохоронних органах, завдяки яким відбувається «оплатне» приховування в країні фактів незаконного надання сексуальних послуг; 3) підвищення морального рівня населення.

Отже, до стратегічного напрямку із найближчою перспективою його втілення нами віднесено *удосконалення законодавства*, що спрямовується на боротьбу з проявами звідництва, створення або утримання місць розпусти. Уявляється, що повинна відбутися часткова декриміналізація деяких положень ч. 1 ст. 302 КК. Мається на увазі декриміналізація звідництва для розпусти, якщо воно не переслідує мети наживи. Тут треба звернутися до слідчо-судової практики: у 35 % (!) випадків звідництва за матеріалами відповідної практики відсутня мета наживи. Тож чи сягають подібні випадки значної суспільної небезпечності, щоб ставати кримінально караними? У подібному випадку може йтися про елементарне сприяння позашлюбним відносинам з боку третіх осіб, причому за різними мотивами (наприклад, бажання допомогти незаміжній жінці знайти партнера для народження дитини). Про яке звідництво для розпусти тут може йтися та чи стають позашлюбні стосунки у цьому випадку розпустою? У будь-якому разі це залежить від конкретної життєвої ситуації та



суспільної матриці оцінки таких дій. Адже позашлюбні стосунки в різних аксіологічних вимірах оцінюються по-різному. Із позиції релігійних канонів християнства такі стосунки є розпущою та гріхом, із позиції буття сучасної європейської людини – це майже норма, а з позиції природного інстинкту продовження роду людини як біологічного виду взагалі є нормою. Що може робити описаний факт діянням, суспільно небезпечним для суспільства? У будь-якому разі – ані форма задоволення природних потреб людини (навіть і за допомогою звернення до сторонньої людини – звідника), ані місце зустрічі (готель, сауна, лазня, чуже житло тощо) – не повинні підносити подібну дію до розряду кримінально каранних. Тому виявляється, що така поведінка не потребує протидії, принаймні кримінально-правовими засобами.

Разом із тим, як свідчать проаналізовані матеріали кримінальних проваджень, створення або утримання місць розпусти ніколи не відбувається без корисливого мотиву. Нам не трапилося жодного випадку, коли функціонування подібних «закладів» відбувалося б без мети наживи – усі випадки кваліфікувалися за ч. 2 ст. 302 КК. Вважаємо, що свого часу ця кримінально-правова заборона стала наслідком ігнорування розроблених у кримінально-правовій теорії підстав криміналізації. Таким чином, ч. 1 ст. 302 КК щодо такої форми злочинної дії, як створення або утримання місць розпусти, фактично не працює.

Водночас слід перенести до частини першої таку форму відповідного діяння, як звідництво для розпусти, що вчиняється з метою наживи. Фактично текст закону «ті самі дії, вчинені в мету наживи» із частини другою ст. 302 КК переміщується до частини першої (зрозуміло, у відповідній редакції). Це, по-перше. По-друге, вважаємо, що вказівка у тексті закону на мету наживи при описі створення чи утримання місць розпусти з вищезазначених причин є зайвою. Тому у частині першій акцент на характерну мету достатньо робити лише щодо звідництва. У частині викладення форм організації надання сексуальних послуг, про які йдеться, саме таким шляхом пішов, наприклад, законодавець Казахстану. Так, у ст. 309 КК цієї держави зазначено про організацію чи утримання притонів для заняття проституцією, а так само про звідництво з корисливою метою<sup>3</sup>. Що стосується в такому разі частини другої ст. 302 КК України, то решта тексту, на наш погляд, має залишатися без змін, а саме: «ті самі дії, що вчиняються особою, раніше судимою за цей злочин, або вчинені організованою групою».

Уявляється, що такі зміни до кримінального закону, по-перше, сприятимуть уніфікації практики кваліфікації цих діянь; по-друге, перешкоджатимуть штучному підвищенню «за потребою» рівня розкриття «небезпечних» дій правоохоронними органами; по-третє, забезпечуватимуть у деяких випадках режим недоторканості особистого життя людини; по-четверте, сприятимуть дотриманню несуперечливості певних положень законодавства ідеям і принципам теорії криміналізації.

Окрема слід зупинитися на пропозиціях щодо установлення юридичної відповідальності за надання власником або уповноваженою особою житла або інших приміщень в оренду для створення чи утримання місць розпусти. Вважаємо, що це дуже актуальна проблема, особливо в умовах затяжного економічного спаду, що відбувається у нашій країні. Ніхто не забороняє таке житло здавати в оренду, дотримуючись законодавчо установлених правил, однак якщо воно надається орендарю саме для організації в ньому місця розпусти (і власник або інша уповноважена особа про це достеменно знає або принаймні здогадується), то однієї лише моральної відповідальності за такі дії явно недостатньо. Окрім ухилення від сплати податків державі за надання житла (приміщень) в оренду, відповідною особою сьогодні фактично порушуються й норми кримінального закону. Така особа в умовах відсутності відповідної статті за надання приміщення у подібне «користування» має визнаватися співучасником. Проте за матеріалами кримінальних проваджень такі власники (уповноважені особи) виступають лише свідками. Значить, закон не працює. У ситуації, що склалася, єдиним виходом є введення до КК України окремою статтю, якою передбачалася б кримінальна відповідальність за надання особою власного житла (приміщення) або такого, на яке особа, що передає його, має право, іншим особам для створення (утримання) в ньому місця розпусти. До речі, у КК ст. 171 КК Республіки Білорусь передбачається кримінальна відповідальність за надання з корисливою метою приміщення (місця) особою, яка завідомо знала, що це приміщення (місце) використовуватиметься для заняття проституцією<sup>4</sup>.

Ще одним стратегічним напрямом запобігання (із середньостроковою перспективою його реалізації) є подолання корупції у правоохоронних органах, покликаних вести рішучу боротьбу зі злочинами проти моральності. Головним завданням запропонованого напрямку є принципова боротьба із фактами порушення законності з боку окремих співробітників правоохоронних органів у вигляді корупційних проявів за забезпечення «нормальних безпечних умов» функціонування нелегальних будинків розпусти, «кришування» проституції, сутенерства та ін. «Оплатне» приховування в країні подібних фактів є нічим іншим, як різновидом корупції, специфічність якої зумовлюється своєрідністю людських відносин у певній сфері. Сьогодні це явище набуло неприпустимих обсягів. Так, про діяльність місць розпусти правоохоронцям відомо завжди (що і підтвердило проведене нами дослідження), але заходи з відомих причин не вживаються.

На наш погляд, компонентами успіху під час реалізації завдання цього стратегічного напрямку є: 1) політична воля правлячих політичних сил як підтвердження намірів здолати корупцію загалом у масштабах країни; 2) продовження процесу реформування системи Національної поліції, презентованого, зокрема, такими державними документами, як Концепція першочергових заходів реформування системи Міністерства внутрішніх справ та Стратегія розвитку органів внутрішніх справ України (далі – Стратегія), затвердженими розпорядженням Кабінету Міністрів України від 22 жовтня 2014 р. № 1118-р; 3) налагодження партнерського діалогу між населенням і правоохоронними органами з одночасним введенням практики контролю та підзвітності підрозділів Національної поліції громадам, на території яких вони діють.



Одним із вагомих досягнень теперішнього Уряду країни, що свідчить про втілення політичної волі у царині подолання системної корупції в державі з метою якомога скорішої інтеграції до європейського простору, як раз і стало прийняття вище зазначених документів. Аналіз положень Стратегії дає цілковите уявлення про ті заходи, які мають стати «дорожньою картою» не лише у справі реформування системи Національної поліції, а й під час подолання корупції у цих органах. Серед таких заходів запропоновано чимало новацій, які можна поділити на: а) заходи запобігання корупції, що мають організаційну природу (як-от: доступність інформації щодо планування роботи поліції у цілому, реалізації запланованих заходів і результатів роботи; єдина система електронного документообігу, що забезпечується сучасними механізмами її захисту, уніфікованими базами даних; дистанційний контроль за якістю роботи окремих виконавців; наявність антикорупційного механізму у процедурах отримання додаткових надходжень до бюджету територіальних підрозділів поліції; логістика в кількісному співвідношенні різних служб Національної поліції; диверсифікованість персоналу поліції всіма групами населення; поділ поліції на адміністративну та кримінальну; тощо); 2) заходи технічного характеру (внутрішній контроль, що включатиме відеоспостереження за персоналом протягом робочого часу, періодичні перевірки щодо професійної невідчужуваності, а також перевірки щодо ризику споживання наркотичних речовин; та ін.); 3) заходи професійно-освітньої спрямованості (відбір кандидатів на службу в поліції за рейтинговою системою; комплексне оцінювання знання професійних і етичних стандартів, комунікативних навичок, особистої мотивації, уміння приймати необхідні рішення; запровадження системи корпоративної етики та протидії професійній деформації; ступеневий принцип побудови системи освіти МВС, спрямований на надання початкового рівня знань з орієнтацією на набуття професійно важливих умінь та навичок дій у конкретних ситуаціях; та ін.); 4) заходи соціально-економічного характеру, що виключатимуть незаінтересованість особового складу органів Національної поліції в отриманні подарунків і винагород від приватних осіб (висока зарплата та соціальні пільги (безоплатне медичне страхування, безвідсоткові довгострокові кредити)); 5) заходи запобігання нормативного характеру (наприклад, установлення максимально деталізованого переліку завдань, функцій та повноважень, що зменшить ризик довільних дій правоохоронців та мінімізує ризик порушення закону з боку працівників органів внутрішніх справ; прийняття в Україні за зразком європейських кодексів поведінки поліції власного Поліцейського кодексу поведінки (Police Code of Conduct); та ін.)<sup>5</sup>.

Усі ці заходи, окрім досягнення мети удосконалення діяльності органів Національної поліції, водночас мають потужний антикорупційний потенціал, спрямований на забезпечення системного підходу та ефективної організації діяльності щодо запобігання та протидії корупції<sup>6</sup>. Запровадження запланованих новацій уявляється важливим із огляду на те, що із позиції корупційних ризиків запобіжна діяльність у розглядуваній сфері є вельми ураженою.

Крім того, у плані підвищення ефективності запобігання правопорушенням у сфері моральності уявляється важливою деяка переорієнтація діяльності Національної поліції. Мається на увазі той факт, що за службою Національної поліції буде закріплено функцію превенції та охорони громадського порядку. У зв'язку із цим служби дільничних інспекторів та патрульної поліції становитимуть 70 % від персоналу всієї чисельності служби, і лише 30 % складатиме персонал чергових частин, служби детективів із розкриття загальнокримінальних злочинів, служб інформаційного та логістичного забезпечення<sup>7</sup>. Тут йдеться не лише про нарощення потужностей відповідних служб поліції, перерозподіл коштів на їх утримання, а й про вдосконалення їх суто спеціально-криминологічних можливостей, зокрема, про приділення більшої уваги до злочинів проти громадського порядку й безпеки, моральності, у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів та ін. Таким чином, подібний перерозподіл кадрового потенціалу сприятиме, з одного боку, запобігання (профілактиці та припиненню) вуличним правопорушенням, серед яких, звісно ж, є й вулична проституція, а з іншого – викриттю місць розпусти, місць для незаконного вживання наркотичних засобів, підпільних гральних закладів тощо.

Червоною стрічкою стратегії запобігання злочинам проти моральності в цілому та злочинам, передбаченим ст. 302 КК, зокрема, має стати ідея взаємодії органів Національної поліції із населенням, іншими словами, ідея установлення партнерського діалогу між зазначеними соціальними інституціями. Під пильним наглядом громадськості окремим працівникам правоохоронних органів набагато складніше приховати факти незаконного надання сексуальних послуг. У контексті нашого дослідження запровадження такої взаємодії між поліцією та громадою сприятиме принаймні виконанню завдань подвійної превенції: з одного боку, викоренення корупції як такої, у тому числі й під час викриття та розслідування злочинів проти моральності, включаючи злочини, передбачені ст. 302 КК, а з іншого – до запобіжної роботи у цьому напрямі активно залучатимуться громадяни, чимало з яких морально вже готові до такої співпраці.

Таким чином, основним запитанням запропонованого стратегічного напрямку запобігання із так званою середньостроковою перспективою є таке: як боротися і як знизити рівень корупції у правоохоронних органах, зокрема, під час викриття і розслідування випадків вчинення злочинів, передбачених ст. 302 КК.

Нарешті, третім стратегічним напрямком запобігання звідництву для розпусти, створенню чи триманню будинків розпусти із довгостроковою перспективою його реалізації є *підвищення морального рівня населення країни*. На наш погляд, це найтрудомістке завдання, реалізація якого, напевно, дорівнюватиметься за часом періоду соціалізації навіть не одного покоління.

А. Є. Шпак цілком правильно зазначає, що до числа соціально-психологічних і культурних заходів зниження рівня проституції (*ця назва групи заходів цілком охоплює заходи, що нами позначені як «підвищення*

морального рівня населення» – Т.У.) слід віднести заходи із попередження статевої деморалізації і підвищення сексуальної грамотності населення; поетапну підготовку неповнолітніх у родині, дошкільних закладах, школах до майбутнього сімейного життя, до виконання ними соціальних ролей чоловіка, дружини, матері, батька; формування системи соціальних стримувань, що регулюють статево поведінку; роз'яснення підліткам і молоді небезпечних наслідків проституції, у тому числі й для осіб, що нею займаються; припинення пропаганди культури насильства, статевої розпусти і реклами проституції у ЗМІ та Інтернеті<sup>8</sup>.

Соціальними ланками стримування щодо подальшого поширення проституції, а відповідно й дій, пов'язаних із організацією незаконного надання сексуальних послуг, що здатні впоратися з реалізацією перелічених вище завдань у просвітницько-виховній сфері, на наш погляд, є: церква, медики, педагоги, психологи, правники, нарешті, родина. При цьому слід окремо наголосити на «знарядді» донесення відповідного знання – засобах масової інформації. Нині з усіх наведених ланок процесу підвищення морального рівня населення виконувати завдання духовного формування особи якомога повніше здатна хіба що релігія. Водночас зусиль цієї соціальної інституції явно замало для ефективного функціонування системи запобігання злочинам проти засад моральності. Неабияку роль мають відігравати представники інших соціальних сфер – медицини, педагогіки, права тощо, на яких покладається завдання роз'яснення небезпечності як заняття проституцією, так і факту стати жертвою звідника або особи, що утримує місця розпусти (залучення до вживання наркотичних засобів, фізичне і психічне насильство, у тому числі шантаж, фізичне виснаження та втрата здоров'я тощо). Тому є потреба, починаючи зі старшої школи, запроваджувати практику поширення відповідних пам'яток про те, як не стати жертвою цих злочинців. Разом із тим є потреба паралельно заміщувати моделі негідного способу життя в молоді ідеями патріотизму, цінності освіти в сучасному світі, гуманного ставлення до оточення, зокрема, соціально незахищених груп населення, тварин, релігійності як впливового регулятора повсякденного життя та ін.

Крім того, певної цензури потребують матеріали, що розміщують ЗМІ (друковані, електронні, видовищні тощо). Йдеться насамперед про відверту рекламу сексуальної розпусти (рекламні оголошення, відеоігри, фото- та відеопродукція, сайти недвозначного змісту, що відверто пропонують ці послуги, та ін.). І це відбувається всупереч положенням ст. 2 Закону України «Про інформаційні агентства» зазначається, що інформаційні агентства, зокрема, не мають права у своїх матеріалах поширювати порнографію або іншу інформацію, яка підриває суспільну мораль або підбурює до правопорушень, принижує честь і гідність людини, а також інформацію, яка ущемляє законні права й інтереси громадян.

Найближчим часом у державі труба запровадити практику широкої спеціалізованої соціальної реклами з приводу шкоди неупорядкованого сексуального життя, насамперед серед підлітків і молоді. Завданням цієї реклами є як досягнення певних вихованих цілей, так і прищеплення правових знань щодо того, що визнається правопорушення у сексуальній сфері та яка юридична відповідальність настає за подібні дії. При цьому головною умовою ефективною реалізації таких кампаній є той факт, щоб цією справою займалися справжні фахівці високої кваліфікації, які здатні навчити й батьків або осіб, що їх замінюють, правильно діяти у цьому напрямі – напрямі статевого виховання дитини, підлітки.

Наведене уявлення про ключові моменти підвищення моральної відповідальності сучасної людини можна вважати стратегічним напрямом запобігання багатьом правопорушенням, у тому числі звідництву для розпусти, створенню чи триманню будинків розпусти.

Забезпечення ефективного впливу будь-яких заходів із перелічених вище трьох стратегічних напрямів, безумовно, стає можливим тільки на базі системної реалізації в державі широкого спектру заходів загально-соціального спрямування. Уявляється, що ці заходи є навіть не окремим напрямом, про який традиційно стверджується у кримінологічній літературі, а константою всієї системи запобігання будь-яким правопорушенням у державі. Дійсно, жоден стратегічний напрям не спрацює, якщо не привертатиметься постійна увага удосконаленню суспільних відносин, на які, власне, й «націлюються» загальносоціальні заходи. Вважаємо, що в комплексі зазначених заходів пріоритетними мають залишатися заходи соціально-економічного характеру, серед яких: а) постійна турбота про досягнення такого рівня життя українських громадян у широкому смислі слова, що відповідав би принаймні основним європейським стандартам більш-менш розвинутих країн і що найближчою перспективою мав би забезпечити зайнятість та підвищення доходів населення; б) реальне виконання в державі всіх тих соціальних програм, що мають на меті підтримку й захист інституту материнства й дитинства, всебічний розвиток потенціалу жінки і дотримання гендерних принципів у всіх сферах суспільного життя; в) державна підтримка молодих і багатодітних сімей, а так само інших соціально незахищених категорій громадян України; г) ліквідація тяжких наслідків конфлікту на Сході країни, зокрема, й підтримка та захист внутрішньо переміщених осіб; д) тощо.

<sup>1</sup> Докладніше див.: Литвинов О. М. Соціально-правовий механізм протидії злочинності в Україні: монографія / О. М. Литвинов. – Х.: Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2008. – 446 с.; Щербакова А. К. Механізм індивідуальної злочинної поведінки особи, яка вчиняє бандитизм: характеристика та протидія: монографія / А. К. Щербакова, О. М. Литвинов / за заг. ред. О. М. Литвинова. – Х.: Панов, 2015. – 236 с.

<sup>2</sup> Голіна В. В., Лукашевич С. Ю., Колодяжний М. Г. Державне програмування і регіональне планування заходів запобігання злочинності в Україні / за заг. ред. В. В. Голіни. – Х.: Право, 2012. – С. 236.

<sup>3</sup> Уголовный кодекс Республики Казахстан: принят 3 июля 2014 г. № 226-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 22 декабря 2016 г.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://online.zakon.kz/document/?doc>

<sup>4</sup> Уголовный кодекс Республики Беларусь: принят от 9 июля 1999 г. № 275-3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://уголовный-кодекс.бел>

<sup>5</sup> Стратегія розвитку органів внутрішніх справ України : затв. розпорядженням Кабінету Міністрів України від 22 жовтня 2014 р. № 1118-р // Урядовий кур'єр. – 2014. – 10 груд. – № 230.

<sup>6</sup> Вітик І. Боротьба з корупцією в Україні кризь призму реформування правоохоронних органів: окремі нотатки до Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» / І. Вітик // Право України. – 2010. – № 11. – С. 39–43.

<sup>7</sup> Стратегія розвитку органів внутрішніх справ України : затв. розпорядженням Кабінету Міністрів України від 22 жовтня 2014 р. № 1118-р // Урядовий кур'єр. – 2014. – 10 груд. – № 230.

<sup>8</sup> Шпаков А. Е. Проституция как объект криминологического исследования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / А. Е. Шпаков ; Ростов. юрид. ин-т МВД России. – Ростов/н/Д., 2003. – 24 с.

#### Резюме

**Usatova T. I. Основні стратегічні напрями запобігання злочинам, пов'язаним зі створенням або утриманням місць розпусти та звідництвом.**

У статті розкривається зміст основних стратегічних напрямів, реалізація яких складає сутність стратегії запобігання як у цілому злочинам проти моральності, передбаченим розділом XII КК України, так і діянням, кримінальна відповідальність за які установлена у ст. 302 КК України.

**Ключові слова:** запобігання злочинності, стратегія запобігання, злочини проти моральності, звідництво, створення або утримання місць розпусти.

#### Резюме

**Usatova T. I. Основные направления предупреждения преступлений, связанных с созданием или содержанием мест разврата и сводничеством.**

В статье раскрывается содержание основных стратегических направлений, реализация которых составляет сущность стратегии предотвращения как в целом преступлений против нравственности, предусмотренных разделом XII УК Украины, так и деянием, уголовная ответственность за которые установлена в ст. 302 УК Украины.

**Ключевые слова:** предупреждение, преступности, стратегия предупреждения, преступления против моральности, сводничество, создание или содержание мест разврата.

#### Summary

**Usatova T. The main directions of prevention of crimes connected with the creation or holding the places of sexual abuse and pandering.**

The article reveals the content of the main strategic directions, the implementation of which is the essence of prevention strategies as offences against morality under Chapter XII of the criminal code of Ukraine in general and acts for which criminal responsibility is established in Art. 302 of the Criminal Code of Ukraine.

**Key words:** prevention, crime prevention strategy, crime against morality, pandering, creation or holding the places of sexual abuse.

УДК 343.9.018

**О. О. ХАРКЕВИЧ**

*Олексій Олександрович Харкевич, здобувач  
Національної академії внутрішніх справ*

## **ДЕТЕРМІНАНТИ, ЩО ВПЛИВАЮТЬ НА ЗРОСТАННЯ ЗЛОЧИНІВ, ЯКІ ВЧИНЯЮТЬСЯ ЗЛОЧИННИМИ ОРГАНІЗАЦІЯМИ**

Виявлення та усунення детермінант організованої злочинності є необхідною умовою існування України, оскільки існування організованих і згуртованих кримінальних об'єднань створює загрозу для національної безпеки самої держави.

Слід зазначити, що окремими питаннями, що стосуються проблеми характеристики причин та умов організованої злочинності, вже приділялася увага такими науковцями, серед яких видатні криминологи, як В. А. Внуков, Ю. Д. Блувштейн, О. А. Герцензон, І. І. Карпець, В. М. Кудрявцев, Н. Ф. Кузнєцова, П. П. Михайленко, Й. С. Ной, О. Б. Сахаров та ін. За часів незалежної України питанням детермінації злочинів присвятили свої роботи О. М. Бандурка, А. Ф. Волобуєв, Л. М. Давиденко, І. М. Даньшин, О. М. Джужа, А. П. Закалюк, В. С. Зеленецький, А. Ф. Зелінський, О. Г. Кальман, О. М. Костенко, Н. Н. Ярмиш та ін. Однак проблема детермінації злочинів, пов'язаних зі створенням злочинної організації та її «професійної» діяльності, має свою специфіку і раніше детально не досліджувалася.

Вважаємо за необхідне розглянути теоретичні та прикладні аспекти детермінації цього виду злочинної поведінки. Тому проблема детермінації організованої злочинності є актуальною задачею юридичної науки, а її вирішення – метою даної статті.

© О. О. Харкевич, 2017

Вирішуючи проблеми детермінації злочинності, кримінологія користується певними філософськими положеннями, а саме: 1) категорія причинності полягає в тому, що всі реальні явища і процеси виникають і розвиваються закономірно внаслідок існування певних причин; 2) соціальний детермінізм, сутність якого полягає у визнанні закономірного характеру суспільного розвитку; 3) внутрішня протилежність, що ґрунтується на вченні про діалектичну суперечність, яке передбачає роздвоєння єдиного на взаємовиключні протилежності та взаємовідносини поміж ними; 4) системний підхід (метод), що являє собою методологію спеціального наукового пізнання, яке базується на дослідженні об'єктів і явищ як систем<sup>1</sup>.

Слід пам'ятати, що створення злочинних груп, а тим більше злочинних організацій, не викликається однією єдиною причиною, а пов'язане з цілим їх комплексом. І в більшості випадків коріння цього явища знаходиться не в патології психологічних реакцій конкретних людей, а в глибоких латентних і явних соціальних, економічних та політичних недугах.

Формування злочинної поведінки більшою мірою викликається соціальними причинами, протилежністю інтересів і прагнень не окремих індивідів, а різних громадських груп<sup>2</sup>.

Проводячи дослідження, необхідно зазначити, що в структурі детермінації злочинів прийнято виділяти дві групи обставин: обставини формування особистості (антисуспільна установка) та обставини зовнішнього матеріального світу (конкретна життєва ситуація), що впливають на особу в процесі вибору нею злочинної поведінки. Такі обставини безпосередньо не спричиняють вчинення злочину, їх слід розглядати лише як умови (детермінанти) вчинення конкретних злочинів організованою групою.

Варто зазначити, що термін «детермінація» походить від латинського *determinio*, який перекладається як «визначаю». Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає поняття «детермінація» як встановлення причин виникнення чого-небудь. Детермінізм – матеріалістичне вчення про загальну причину, зумовленість явищ природи, суспільства й мислення<sup>3</sup>.

Н. Ф. Кузнецова до системи кримінологічної детермінації включає як складові причини та умови<sup>4</sup>, а А. П. Закалюк – всю сукупність явищ, процесів, фактів, проявів, з якими вона пов'язана та якими вона обумовлена<sup>5</sup>. Отже, ці учені підтримують згаданий підхід.

Причина злочину, як і будь-якого іншого людського вчинку, має дискретний характер; вона є такою через те, що дія особи спричиняє такий наслідок. Переходячи в цей наслідок, причина припиняє бути причиною, зникає як така до нової дії особи, котра як причина, своєю чергою, переходить у новий наслідок і так далі<sup>6</sup>.

В. М. Кудрявцев пропонував досліджувати злочинність на загальносоціальному, груповому та індивідуальному рівнях. При розгляді злочинної поведінки він виділяв три рівні: на нижньому рівні – індивідуального вчинку – вивчати механізм окремого правопорушення, особистість правопорушника, причини його діяння; на більш високих рівнях – філософському і соціологічному – досліджувати стан, структуру і тенденції злочинності загалом, її причини, а також окремі види злочинів<sup>7</sup>. Такої ж думки дотримуються О. М. Джужа, Є. М. Моїсєєв, В. В. Василевич<sup>8</sup>, Н. Ф. Кузнецова, Г. М. Мінковський<sup>9</sup>, А. І. Долгова<sup>10</sup>.

Група вчених вважає, що фактори злочинності слід розглядати як всі ті соціальні явища й процеси, з якими вона пов'язана і взаємодіє, які мають детерміністичне, у тому числі й каузальне (причинно-умовне), значення для пояснення того, що її породжує, визначає, обумовлює. Криміногенні фактори – родове поняття, що включає всі види криміногенної детермінації. За змістом факторів злочинності пропонують їх поділ на економічні, соціальні, суспільно-психологічні, негативно-правові, організаційно-управлінські та інші. За характером механізму впливу на злочинність її фактори виступають у ролі або причин, або умов, або інших детермінант<sup>11</sup>.

О. М. Джужа, П. П. Михайленко та інші вчені вказують, що причини – це ті процеси і явища, які породжують злочинність як свій безпосередній наслідок. Що стосується умов, то вони безпосередньо не породжують злочинність, але «відкривають шлях» для дії причин, полегшують настання суспільно небезпечних наслідків. Умовами виступають всілякі недоліки в управлінській та організаційній сфері діяльності різних галузей господарства і державного апарату<sup>12</sup>.

Відповідно до детермінантів, які впливають на кількість учинених злочинів злочинними організаціями, А. М. Царгородцев виділяє дві групи чинників, що обумовлюють попереджувальну діяльність.

До першої групи входять чинники, які визначають соціальний генезис злочинності, її суспільну небезпеку:

- чинники демографічного характеру (урбанізація, міграція населення, підвищення загальної мобільності населення, кількісні зміни статевовікової структури населення та ін.);
- чинники економічного характеру (низькі доходи населення, безробіття та ін.);
- чинники соціально-психологічного характеру (ослаблення традиційних форм соціального контролю за особою в результаті урбанізації і зменшення впливу сім'ї у вихованні підростаючого покоління та ін.).

Другу групу утворюють чинники організаційно-правового характеру.

До організаційних чинників слід віднести:

- низьку розкриваність групових злочинів оперативними підрозділами;
- недосконалість системи виконання покарання щодо учасників злочинних груп (заходи щодо розвінчання культури злочинних лідерів і злочинної субкультури та ін.).

Правові чинники припускають:

- удосконалення чинного кримінального законодавства про відповідальність за групові злочини і співучасть;
- усунення пропусків у відповідальності учасників злочинних груп;
- ефективність застосування кримінально-правових норм про групові злочини та ін.<sup>13</sup>



Взагалі в якості детермінант злочинності виокремлюють протиріччя, передусім у економічній сфері<sup>14</sup>. З таким положенням не можна не погодитися, збільшення відсотку безробіття, труднощі у пошуках місця роботи у осіб, які щойно закінчили вищі навчальні заклади або ж повернулися з армії, низька оплата праці та інші умови позитивно впливають на розвиток злочинності. З економічними відносинами нерозривно пов'язані і соціальні відносини. Саме від цих відносин залежать рівень та умови життя у суспільстві, інтереси людей. Порушення принципу справедливості в цих відносинах, породжує поведінку соціального протесту, що виступає однією з умов підвищення рівня злочинності. Через те до соціальних умов можна віднести міжнаціональні конфлікти, національну, релігійну ворожнечу, соціальну несправедливість, зниження рівня виховання та освіти. Крім того, ще однією соціальною причиною злочинності, зокрема організованої, є слабкість урегульованості в державі міжнаціональних відносин. Не можна не погодитися з думкою вчених, які зазначають, що на рівень злочинності впливають не лише конкретний прояв соціальних відносин, конфліктів і несправедливості, а й взагалі атмосфера у суспільстві, коли певні запевняння, обіцянки з боку органів державної влади у реальному житті спростовуються діями цих органів (політичний екстремізм)<sup>15</sup>.

Політична нестабільність у суспільстві сьогодні, на жаль, є суттєвим чинником на шляху до вчинення злочинів, пов'язаних зі створенням злочинних організацій. Останніми роками в Україні, як і в інших державах колишнього СРСР, з'явилося чимало різноманітних партій і рухів, які в результаті своєї політичної діяльності спрямовують свої сили на боротьбу за владу будь-якою ціною, забуваючи при цьому, що суспільство розвивається успішно лише за умови, коли воно єдине та об'єднане загальною національною ідеєю.

Також слід зазначити, що вчиненню злочинів злочинними організаціями сприяє й те, що протиправна поведінка стала елементом способу життя багатьох верств населення. Відбувається переоцінка соціальних цінностей. Кримінально-правові заборони стають усе менш дієвими, а деякі форми злочинної поведінки сприймаються як нормальна ділова активність.

Фактором існування злочинних організацій є й те, що вони – при неоліках боротьби з ними – здатні до само детермінації. Здійснюється зворотній негативний вплив на обставини, що її обумовлюють, у тому числі на економіку, соціальну ситуацію, політику, духовну сферу тощо. Це і відставання соціального розвитку від економічного, і посилення майнового розшарування суспільства. З одного боку, виникла група осіб з дуже високим рівнем забезпеченості, з іншого – величезна кількість людей живе за межею бідності. У зв'язку з цим духовна сфера характеризується проявами крайнього егоїзму, всюдозволеності, виникненням недовіри до офіційних інститутів держави, їх можливостей задовольнити потреби населення<sup>16</sup>.

Окремі дослідники виділяють недоліки у функціонуванні господарського та державного механізму, охороні правопорядку, державного чи приватного майна, обліку матеріальних цінностей тощо. Крім того, це можуть бути і упущення в діяльності державної адміністрації, правоохоронних та контролюючих органів, судів, прогалини у законодавстві<sup>17</sup>. Інші вчені звертають увагу на соціально-економічні (глибокі кризові явища в економіці, розрив господарських зв'язків тощо), політичні (відсутність жорсткого контролю з боку державного апарату за обліком і розподілом національного багатства, незадовільна робота контролюючих органів тощо), моральні (погіршення морального клімату в суспільстві; девальвація духовних цінностей тощо), правові (прогалини в законодавстві; відсутність у законодавстві дійових заходів боротьби з цим явищем тощо) та інші проблеми, що виникають у суспільстві. Також зазначеному явищу, на думку останніх авторів, сприяє перебудова соціальних цінностей та зменшення значення кримінально-правової заборони<sup>18,19</sup>.

У контексті розгляду детермінанти створення злочинної організації транснаціональної спрямованості деякі автори, які досліджують саме виникнення організованої злочинності, зазначають, що її причинами є прогалини в міжнародному праві (його недосконалість) і позитивному праві країн, яким властивий цей феномен, а також відсутність: а) геополітичного підходу до феномена організованої злочинності; б) даних системного і структурно-функціонального аналізу про організацію та управління координацією злочинною діяльністю у світових масштабах; в) аналізу її фінансових і політичних можливостей у регіональному масштабі; г) ясності про ступінь її впливу на зовнішній та внутрішній ринки; г) гнучких технологій координації процесів реалізації міжнародних механізмів застосування права до організованої злочинності як у системі в цілому, так і до її окремих модулів за місцем їх виявлення і документування злочинної діяльності<sup>20</sup>. Крім того, в якості детермінант, що впливають на вчинення злочинів злочинними організаціями, виділяють недооцінювання та неврахування її стану, незадовільне аналізування результатів боротьби з нею, не визначення відповідними органами пріоритетних напрямів протидії, використання застарілих методів викриття і розслідування злочинів, що вчиняються злочинними організаціями, недосконалість правової бази, повільне вживання запобіжних заходів, спрямованих на усунення загальних детермінант злочинності.

Що стосується теми дослідження, то необхідно зазначити таке: факторний аналіз дає змогу оцінити ступінь впливу комплексу політичних, соціальних, економічних, організаційно-правових, психологічних факторів на організовану злочинність і оцінити їх криминогенний потенціал, врахувати зміни в політичних, економічних, соціальних і морально-ідеологічних умовах життєдіяльності суспільства при розробці заходів протидії та визначенні загальної концепції розвитку життєдіяльності правоохоронних органів з цього питання. Збільшення випадків створення злочинних організацій і банд обумовлюється політичними та економічними кризисними явищами, які існують на сучасному етапі у нашій країні. Насамперед ці кризи негативно впливають на рівень безробіття та стан рівня життя населення. Останнім часом в Україні збільшується кількість безробітних осіб, які з тих чи інших об'єктивних причин втратили роботу. Ці фактори обумовлюють згуртованість

осіб для вчинення злочинів та створення тих чи інших об'єднань, у тому числі й злочинних організацій. Крім того, необхідно зауважити, що збільшенню кількості вчинення вказаних злочинів також сприяє те, що збільшується кількість осіб, які втрачають роботу та мають високу професійну підготовку (мають вищу освіту, проходили підготовку у збройних силах або правоохоронних органах тощо), що, безумовно, ускладнює проведення профілактичних дій з попередження створення стійких злочинних об'єднань і викриття діяльності об'єднань, які вже існують.

Окрім того, збільшення кількості створюваних злочинних організацій обумовлюється тим, що на території України у середині 90-х рр. ХХ ст. активно діяла доволі велика кількість злочинних об'єднань. І у осіб, які були їх членами та були притягнутими до кримінальної відповідальності, закінчуються строки відбування покарань, а особливо після прийняття «закона Савченко», завдяки якому з'явилась можливість достроково вийти на волю. Лише цього року на волю за «законом Савченко» повинні вийти 34 тис. засуджених, що не може позитивно вплинути на криміногенну ситуацію в країні. Окремо необхідно зауважити, що збільшується кількість звільнених осіб, які були організаціями або керівниками зазначених об'єднань. Крім того, збільшення кількості зазначених об'єднань на території країни обумовлюється тим, що останнім часом зростає кількість підприємств, установ і організацій, переважно приватної власності, в яких накопичуються доволі великі матеріальні цінності (філії банків, ломбарди, магазини з продажу прикрас з дорогоцінних матеріалів тощо), що поряд із причинами, які зазначалися вище, сприятиме виникненню саме таких стійких злочинних організацій.

Однією з основних причин зростання випадків сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності є також зниження рівня життя населення країни. Тенденція до збільшення цих діянь зумовлюється, як вже зазначалося, збільшенням кількості осіб, які раніше були учасниками різних злочинних об'єднань, були притягнуті до кримінальної відповідальності та нині звільняються з місць позбавлення свободи у зв'язку із закінчення строків відбування покарання, що обумовлює збільшення кількості тих чи інших стійких злочинних об'єднань. Крім того, необхідно очікувати підвищення кількості вчинення діянь, які будуть вчинятися посадовими особами, що обумовлюється загальним підвищенням рівня корупції на території України. Недостатність матеріального забезпечення підрозділів Національної поліції, некомплект кадрів, відсутність необхідного рівня підготовки кадрів також негативно впливають на стан протидії організованої злочинності в державі. На сучасному етапі має місце вільний доступ до будь-яких технічних засобів, тобто майже відсутні будь-які обмеження щодо придбання різноманітних технічних спецзасобів, які в інших країнах заборонені до вільного обороту, та вкрай обмежене фінансування правоохоронних органів щодо придбання необхідних технічних засобів, спрямованих на протидію й викриття злочинної діяльності осіб, у тому числі злочинної діяльності злочинних організацій. Крім того, на стан організованої злочинності в державі також негативно впливає існуючий на сьогодні некомплект правоохоронних органів кваліфікованими кадрами та постійним збільшенням кількості звільнення співробітників правоохоронних органів, а також відсутність налагодженої системи підвищення кваліфікації співробітників, які займаються протидією та викриттям діяльності стійких злочинних організацій.

Слід зазначити, що сьогодні недостатньо врегульовано питання нормативно-правового забезпечення з питань боротьби із злочинними організаціями. Чинне кримінальне законодавство з питань протидії та притягнення до відповідальності за створення злочинних організацій не відповідає реальній дійсності. Організована злочинність розвивається із року в рік, злочинні організації не є винятком, виникають її нові форми та методи діяльності, розширюється сфера діяльності таких організацій тощо. Відсутність належного обміну інформацією між відповідними підрозділами різних держав на достатньому рівні також негативно впливає на стан протидії функціонуванню злочинних організацій. На сучасному етапі обмін інформацією, у більшості випадків, здійснюється лише про окремі події, що засновано на особистих контактах та довірливих відносинах співробітників правоохоронних органів. Також слід зазначити відсутність аналізу фінансових можливостей організованої злочинності у регіоні, а саме: нехтування, певною мірою, співробітниками правоохоронних органів своїх службових обов'язків (формальне проведення попереджувальної діяльності, формальна перевірка тих чи інших фактів стосовно вчинення злочинів членами злочинних організацій тощо). Однак більшою мірою наявність цих факторів обумовлена низьким рівнем компетенції співробітників правоохоронних органів стосовно такої діяльності (дуже складні процедури отримання інформації з будь-яких фінансових установ, особливо приватної форми власності, стосовно фінансової діяльності будь-якої організації, відсутність можливості контролювання переміщення будь-якими організаціями грошових коштів за кордон). Окремо слід сказати про відсутність на необхідному рівні аналізу політичних можливостей злочинних організацій в конкретному регіоні, яка обумовлена низьким рівнем компетенції правоохоронних органів та майже відсутністю можливостей проведення будь-яких слідчих дій у разі виявлення будь-яких фактів сприяння незаконній діяльності злочинних організацій серед посадових осіб, які займають пости у вищих ешелонах влади. Особливість цього фактору зумовлена наявністю органів місцевого самоврядування, яким делеговані окремі повноваження вищих органів держави, що свідчить про збільшення кількості посадових осіб, які наділені найвищими повноваженнями.

Підсумовуючи сказане вище, можна дійти наступних **висновків**. Серйозним фактором, що продукує створення злочинних організацій, є міжнаціональні, міжетнічні та міжрелігійні протиріччя серед населення в кожному конкретному регіоні країни. Вказана ситуація пов'язана із багатонаціональністю та поліетнічністю населення країни. У середині 90-х рр. минулого століття на території України існувала доволі велика

кількість різноманітних форм стійких злочинних об'єднань, у тому числі й такі, що були створені за національною ознакою, тобто створені особами однієї національності. Однак необхідно зауважити, що члени вказаних об'єднань в основному здійснювали злочинну діяльність щодо осіб інших національностей. Станом на сьогоднішній день стрімко збільшується кількість криміногенного контингенту, які в результаті дії «зако-ну Савченко» звільняються з місць позбавлення волі у зв'язку з перерахунком та закінченням строків відбування покарання, що створює загрозу повторного створення ними нових злочинних організацій. Питання міжнаціональної та міжетнічної толерантності залишається як ніколи гострим. Також до основних факторів, що детермінують створення злочинних організацій, можна віднести значні недоліки в професійній діяльності працівників правоохоронних органів з профілактики створення таких організацій. Це пов'язано з недостатнім рівнем проведення профілактичної роботи співробітниками правоохоронних органів, передусім спрямованою на попередження створення та виявлення вже існуючих злочинних організацій. У багатьох випадках проведення такої роботи має формальний характер, зокрема, відображається тільки на папері, без проведення необхідних дій у реальній дійсності. Слабкий контроль державних органів за обігом вогнепальної зброї, бойових припасів і вибухових речовин створює свій негативний вплив на стан «професійної» діяльності злочинних організацій. У зв'язку із недосконалими формами контролю діяльності у цій сфері зазначені предмети використовуються для вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів. Крім того, важливого значення набуває сьогодні фактор детермінації організованої злочинності, як діяльність злочинних організацій, що формуються за національною, етнічною, релігійною ознакою, які пройшли процедуру офіційної реєстрації, метою яких є або розвиток молоді, відродження національних традицій тощо, або ж мета їх діяльності не тільки не розголошується, а навпаки, приховується, і які відповідають ознакам не передбачених законом вєнізованих або збройних формувань, що також є формою організованої злочинності. Необхідно зауважити, що такі організації останнім часом зміцнюють позиції та поширюють свій вплив на багато сфер діяльності суспільства, активно упродовжуються у легальну економіку та навіть виявляють прагнення проникнути до владних структур.

<sup>1</sup> Кримінологія. Загальна та Особлива частина : підруч. / за ред. І. М. Даньшина. – Х. : Право, 2003. – 352 с.

<sup>2</sup> Согомонов А. Ю. Глобальність / А. Ю. Согомонов // Глобализация и постсоветское общество («Аспекты-2001»). – М. : Изд. ООО Стови, 2001. – С. 108.

<sup>3</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В. Т. Бусол. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2003. – С. 217.

<sup>4</sup> Кузнецова Н. Ф. Проблемы криминологической детерминации / Н. Ф. Кузнецова. – М. : Юрид. лит., 1984. – С. 11–12.

<sup>5</sup> Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика : [у 3 кн.] / А. П. Закалюк. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. – Кн. 1 : Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. – С. 184–189.

<sup>6</sup> Міллер А. Що таке причини та умови злочинів / А. Міллер // Право України. – 2001. – № 5. – С. 89–92.

<sup>7</sup> Кудрявцев В. Н. Генезис преступления. Опыт криминологического моделирования : учеб. пособ. / В. Н. Кудрявцев. – М. : ФОРУМ-ИНФРА-М, 1998. – С. 9–11.

<sup>8</sup> Карпец И. И. Преступность: иллюзии и реальность / И. И. Карпец. – М. : Рос. право, 1992. – С. 332.

<sup>9</sup> Криминологія : учеб. / под ред. Б. В. Коробейникова, Н. Ф. Кузнецовой, Г. М. Миньковского. – М. : БЕК, 1998. – С. 160–162.

<sup>10</sup> Криминологія : учеб. для юрид. вузов / под ред. А. И. Долговой. – М. : Юристъ, 1997. – С. 14–17.

<sup>11</sup> Криминологія. Загальна та Особлива частини : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закладів / І. М. Даньшин, В. В. Голіна, О. Г. Кальман, О. В. Лисолед ; за ред. І. М. Даньшина. – Х. : Право, 2003. – С. 57–58.

<sup>12</sup> Курс криминології. Загальна частина : підруч. : в 2 кн. / О. М. Джужа, П. П. Михайленко, О. Г. Кулик та ін. ; за заг. ред. О. М. Джужа. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – Кн. 1. – С. 79–91.

<sup>13</sup> Царегородцев А. М. Предупреждение групповых преступлений органами внутренних дел : учеб. пособ. / А. М. Царегородцев. – Омск : Омская высш. шк. МВД СССР, 1986. – С. 3–8.

<sup>14</sup> Чуфаровский Ю. В. Криминология / Ю. В. Чуфаровский. – М. : ООО «Профобразование», 2002. – С. 64.

<sup>15</sup> Криминологія : учеб. / под ред. В. Н. Кудрявцева, В. Е. Эминовой. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрист, 2002. – С. 68.

<sup>16</sup> Гула Л. Ф. Детермінанти організованих злочинних груп: теоретичні і прикладні аспекти / Л. Ф. Гула // Наук. вісник Львів. держ. ун-ту внутр. справ : зб. наук. праць / гол. ред. М. М. Цимбалюк. – Л. : ЛьвДУВС, 2012. – Вип. 3. – С. 432–443. – (Серія «Юридична»).

<sup>17</sup> Криминологія : підруч. для студентів вищих навч. закладів / за ред. О. М. Джужа. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 69.

<sup>18</sup> Криминологія : учеб. пособ. / под ред. Н. М. Кузнецовой. – М. : Зерцало, 1998. – 160 с. – С. 50; Четвериков В. С. Криминологія : учеб. пособ. / В. С. Четвериков. – М. : ИНФРА-М, 2001. – С. 52.

<sup>19</sup> Робак В. А. Детермінанти організованої злочинності: на прикладі Автономної Республіки Крим / В. А. Робак : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/old\\_jrn/Soc\\_Gum/UZTNU\\_law/2010\\_1/43\\_robak.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/UZTNU_law/2010_1/43_robak.pdf)

<sup>20</sup> Крошко В. Борьба с терроризмом – с чего начать? / В. Крошко // С места происшествия. – 2006. – № 11. – С. 12.

## Резюме

**Харкевич О. О. Детермінанти, що впливають на зростання злочинів, що вчиняються злочинними організаціями.**

У статті проаналізовано детермінанти, що продукують вчинення злочинів злочинними організаціями. Зазначається, що важливою відмінною рисою організованих злочинних груп від злочинних організацій є те, що остання здатна до самодетермінації, а отже, здійснює зворотній негативний вплив на обставини, що її обумовлюють.

**Ключові слова:** фактори, детермінанти, злочинна організація, злочин, протидія.

#### Резюме

**Харкевич А. А. Детерминанты, влияющие на увеличение совершения преступлений преступными организациями.**

В статье проанализированы детерминанты, продуцирующие совершение преступлений преступными организациями. Отмечается, что важной отличительной чертой организованных преступных групп от преступных организаций является то, что последняя способна к самодетерминации, а значит, осуществляет обратное негативное влияние на обстоятельства, ее обуславливающие.

**Ключевые слова:** факторы, детерминанты, преступная организация, преступление, противодействие.

#### Summary

**Kharkevich A. Determinants affecting the growth of crimes committed by criminal organizations.**

The article analyzed the determinants of producing crimes criminal organizations. An important distinguishing feature of organized criminal groups of criminal organizations is that the latter is capable of the same determination, and thus provides back negative effect on the circumstances causing it.

**Key words:** factors, determinants, criminal organization, offense, opposition.



УДК 347.91/95

**Ю. Д. ПРИТИКА**

*Юрій Дмитрович Притика, доктор юридичних наук, професор, професор Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

### **УНІФІКАЦІЯ ПРОЦЕДУР НАДАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В МЕЖАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ**

У процесі розгляду національними судами справ, ускладнених іноземним елементом, виникає необхідність у здійсненні різних процесуальних дій в інших юрисдикціях, наприклад, у процесі підготовки справи до розгляду виникає обов'язок суду повідомити іноземних учасників про час та місце розгляду справи. За загальним правилом юрисдикція державних судів має територіальний характер, тобто розповсюджується на певну територію, а отже, суд може виконувати процесуальні дії лише в межах власної країни. Для здійснення процесуальних дій в іноземній державі необхідна згода останньої. З метою ефективного забезпечення взаємодії юрисдикційних органів різних держав у світі запроваджено міждержавний механізм надання міжнародної правової допомоги, головним інструментом реалізації якого є іноземне судове доручення. Отже, надання міжнародної правової допомоги у цивільних справах як однієї з форм міждержавного співробітництва здійснюється на підставі двостороннього або багатостороннього договірно-правового механізму. Багатосторонні міжнародні договори як універсального, так і регіонального характеру є продуктом міжнародної уніфікації норм міжнародного цивільного процесу.

Окремим аспектам дослідження питань універсальної та регіональної уніфікації процедур надання міжнародної правової допомоги займалися Д. Аверін, І. Гетьман-Павлова, Джон Був'єр (John Bouvier), Джон Джордж Коелт (John G. Koeltl), Джон Кірнан (John S. Kiernan), Д. Дмитрієва, І. Дробязкіна, І. Ізарова, А. Лесін, М. Петрова, О. Рибак, Г. Цірат та інші.

З метою вироблення єдиних підходів до забезпечення комплексної системи охорони і захисту прав та інтересів осіб, які проживають в ЄС, Європейським парламентом та Радою ЄС було зроблено ряд важливих кроків на шляху створення єдиного правового простору ЄС за допомогою механізмів уніфікації правових норм, що регулюють надання міжнародної правової допомоги, зокрема в сфері передачі судових і позасудових документів та отримання доказів у справах транскордонного характеру. Така уніфікація правових норм сприяє посиленню кооперації між державами, що, у свою чергу, забезпечує ефективний розгляд цивільних та комерційних справ з іноземним елементом.

Говорячи про процес уніфікації, варто звернути увагу на наявність різних підходів у визначенні поняття уніфікації права. Наприклад, Н. Вілкова під уніфікацією права міжнародних договорів розуміє створення у праві різних держав однакових за змістом норм, призначених для регламентування відповідної групи правовідносин, які замінюють положення національного законодавства такими одноманітними нормами і тим самим створюють однаковий правовий простір, що дозволяє забезпечити єдині або подібні правові умови функціонування господарюючих суб'єктів<sup>1</sup>.

Н. Дороніною було запропоновано розглядати уніфікацію права в широкому і вузькому розумінні. Під уніфікацією права в широкому значенні розуміється рух до гармонійної взаємодії різних правових систем, а у вузькому сенсі – створення однакових норм цивільного права<sup>2</sup>.

Як зазначає Г. Пакерман, під уніфікацією права слід розуміти не тільки однакові норми, які створюються в міжнародному договорі або яких повинні дотримуватися учасники ринкових відносин за взаємною згодою, але також і інші засоби досягнення гармонійної взаємодії національно-правового регулювання<sup>3</sup>.

Водночас, на думку О. Кушнарьової, уніфікація призначена не лише для оптимізації, упорядкування, стандартизації різних сфер суспільного життя, а й покликана вдосконалювати нормативні тексти шляхом використання й упорядкування вживаної в них термінології<sup>4</sup>.

Повертаючись до питання уніфікації міжнародної правової допомоги в ЄС, слід зазначити, що єдині стандарти порядку виконання іноземного судового доручення передбачені в двох основних регламентах ЄС.

Це Регламент Європейського парламенту і Ради ЄС № 1393/2007 від 13 листопада 2007 р. «Про передачу в державах-членах судових і позасудових документів з цивільних і комерційних спорів (сервіс за документами)», яким було замінено дію Регламенту Європейського парламенту і Ради ЄС № 1348/2000 від 29 травня 2000 р. з однойменною назвою<sup>5</sup>. Зазначений регламент врегулював порядок передачі судових та позасудових документів; визначив мову запиту і мову судових та позасудових документів; визначив умови відмови у виконанні запиту про вручення; передбачив можливість повторного вручення документів після виправлення помилок, що були допущені в запиті, наприклад, які стосуються порушення вимог щодо мови, якою повинно бути складено доручення або наявності його перекладу; визначив вимоги до оформлення сертифікату завершення процедури вручення судового або позасудового документа і способи вручення судових та позасудових документів.

Наступний Регламент Європейського парламенту і Ради ЄС № 1206/2001 від 25 травня 2001 р. «Про співпрацю між судами держав-членів при отриманні доказів у цивільних та комерційних справах» регулює процедуру та способи передачі запиту (судового доручення) щодо отримання доказів за кордоном; особливості підтвердження щодо виконання запиту про збирання та отримання доказів; мову складення такого запиту; строк повідомлення щодо неповноти запиту про отримання доказів; процедуру виправлення помилок; питання надіслання і виконання запиту; підстави відмови від виконання запиту; можливість безпосереднього порядку зносин між судовими органами у сфері отримання доказів<sup>6</sup>.

Як вже зазначалось, у зв'язку з прийняттям Регламенту ЄС та Ради ЄС № 1393/2007 від 13 листопада 2007 р. було скасовано дію Регламенту Ради ЄС № 1348/2000 «Про вручення в державах-членах ЄС судових та позасудових документів у цивільних та комерційних справах». До найбільш важливих змін, які були внесені Регламентом 1393/2007, коментатори відносять такі:

- 1) вимога до «агентства з отримання документів» ужити всіх необхідних заходів з передачі документа якнайшвидше і в будь-якому разі – протягом одного місяця з моменту отримання;
- 2) створення нової стандартної форми інформування адресата про його право відмовитися від документа;
- 3) уведення єдиної фіксованої оплати витрат, що заздалегідь узгоджені державами-членами;
- 4) запровадження єдиних умов для обслуговування поштою<sup>7</sup>.

Крім того, ст. 24 Регламенту 1393/2007 було визначено вимогу кожні п'ять років розглядати застосування цих правил і пропонувати поправки, які можуть виявитися необхідними.

За результатами застосування зазначеного регламенту Європейська комісія склала звіт про виконання уніфікованих правил надіслання документів за період з 2007 р. по 2012 р., в якому, зокрема, зазначалось, що гармонізовані правила значно прискорили пересилання необхідних документів з судових справ між країнами ЄС, а, отже, строк доставки судових документів для Австрії, Бельгії, Фінляндії, Німеччини, Греції та Португалії значно скоротився<sup>8</sup>.

Регламент 1393/2007 передбачає умови відмови у прийнятті документів, зокрема у випадках, якщо документ, який необхідно вручити, складений та до нього прикладено переклад мовою, відмінною від: мови, яку адресат розуміє; або офіційної мови держави-члена ЄС, до якої направляється документ; або у випадку, якщо в цій державі кілька офіційних мов, офіційної мови чи однієї з офіційних мов того регіону, де здійснюється вручення документа.

У цьому випадку можливе повторне вручення документа за умови, що до документа додається відповідний переклад на одну з необхідних для цієї держави мов.

Регламент 1393/2007 встановив обов'язок держав-членів ЄС призначати органи так звані «агенції, що отримують документи», які будуть виконувати функції надання інформації агентствам, що передають документи, вирішення проблем, які виникають у процесі передання документів та виконання в окремих випадках функцій органу, що передає документ, для вручення органу, що має отримувати документ у власній країні (ст. 3 Регламенту).

Регламент 1393/2007 передбачив можливість для особи, якій має бути здійснено вручення, відмовитись від прийняття документа та строки такої відмови. Зокрема, така відмова у прийнятті документа для вручення може бути здійснена в момент самого вручення, або шляхом повернення врученого документа протягом одного тижня з дати вручення на підставі того, що документ складено не тією мовою, яку розуміє адресат, або мовою іншою, ніж офіційна мова запитуваної держави чи документ не супроводжувався перекладом на одну з цих мов. При цьому датою вручення документа є: а) дата вручення документа з перекладом; б) якщо за законодавством держави-відправника документ повинен бути вручений у визначений строк, датою вручення є дата, яка зазначена у законодавстві цієї держави.

Новели у регулюванні процедури вручення документа за Регламентом полягають у тому, що обов'язок інформувати отримувача про існуючі підстави для відмови від прийняття документів поширено й на інших осіб, які вправі вручати документи, конкретизовані вимоги щодо форми такого повідомлення адресата спеціальною проформою, визначені способи відмови від отримання документів і встановлено строк для такого повернення у один тиждень.

Стосовно строку виконання запиту про вручення документів Регламент 1393/2007 зазначає, що вручення має відбутися якомога швидше та встановлює загальний максимальний строк в один місяць. Якщо протягом цього строку документ не буде вручено, агенція запитуваної держави має повідомити запитувачу агенцію про це та вказати строк, протягом якого документ буде вручено. Як свідчить досвід застосування положень Регламенту 1393/2007, наявність чіткого строку виконання іноземного запиту про вручення документів

позитивно вплинуло на процедуру виконання. Наприклад, у Німеччині збільшилася кількість транскордонних послуг з 14 463 тис. випадків у 2009 р. до 16 329 тис. у 2010 р.; у Великобританії кількість збільшилась з 9,852 тис. випадків у 2009 р. до 10,395 тис. випадків у 2010 році<sup>9</sup>.

Оформлення вручення документа здійснюється за допомогою складання сертифікату завершення (сертифікату про вручення документа), який підтверджує факт вручення судового документа. Цей сертифікат складається офіційною мовою запитуючої держави чи однієї з офіційних мов країни походження документа або іншою мовою, вказаною державою-членом ЄС.

Вручення судових документів не передбачає жодних платежів чи відшкодування податків або витрат на вручення документів, оплачуваних державою, до якої направляється документ.

Поряд з основним способом передачі та вручення судових документів Регламент 1393/2007 передбачає такі альтернативні (додаткові) способи: дипломатичними або консульськими агентами держави, суд якої розглядає справу, без застосування примусу щодо будь-яких осіб, що належать до інших країн-членів; консульські канали; надсилання судових документів безпосередньо поштою особам, які перебувають за кордоном; вручення документів заінтересованими особами безпосередньо через судових виконавців або компетентних посадових осіб держави, на території якої має відбутися вручення документа; вручення документів судовими працівниками, службовцями та іншими компетентними особами запитуючої країни безпосередньо через судових працівників, службовців та інших компетентних осіб запитуваної держави; за надзвичайних обставин можуть використовуватися дипломатичні канали<sup>10</sup>.

Цікавою з точки зору можливостей запровадження в українську практику надання міжнародної правової допомоги є процедура надіслання судових документів поштою. Разом із тим застосування цього порядку викликає певні труднощі у правозастосовній практиці держав-членів ЄС. Одна з проблем полягає в розбіжності положень національного процесуального законодавства, зокрема, які національні правила цивільного судочинства повинні застосовуватись при визначенні кола осіб, щодо яких може бути здійснено поштову доставку. Крім того, положення національного законодавства деяких держав вимагають доставки судових документів поштою на адресата *in personam*. Ще одна проблема у зв'язку із застосуванням поштового порядку зносин – це власна нормативна база поштової служби, оскільки, як правило, при міжнародних зносинах використовуються спеціальні міжнародні документи та правила (наприклад, правила Всесвітнього поштового союзу або Правила, які пропонують спеціалізовані компанії, що надають прискорені поштові послуги), що регулюють порядок доставки рекомендованих листів з повідомленням про вручення. Крім того, у ряді держав-членів ЄС поштові органи повинні дотримуватися додаткових статутних правил у тих випадках, коли йдеться про судовий чи будь-який інший офіційний документ. Одним із можливих шляхів вирішення означених проблем, на наш погляд, є запровадження стандартної міжнародної форми вручення при використанні поштового порядку зносин.

Наступним правовим актом, важливим у здійсненні процесу уніфікації процедур надання міжнародної правової допомоги в державах-членах ЄС, став Регламент Ради ЄС №1206/2001 від 25 травня 2001 р. «Про співпрацю між судами держав-членів при отриманні доказів у цивільних та комерційних справах». Означений документ відіграє важливу роль у забезпеченні кооперації між країнами ЄС у сфері отримання доказів у справах з іноземним елементом та певним чином замінює Гаазьку Конвенцію про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах 1970 року<sup>11</sup>, яка була ратифікована не всіма державами-членами ЄС. Попри наявність Регламенту 1206/2001 держави-члени ЄС можуть укладати угоди або двосторонні чи багатосторонні договори між собою за певних умов. Так, ст. 21<sup>2</sup> Регламенту 1206/2001 передбачає, що Регламент не виключає можливість державами-членами ЄС зберігати чи укладати договори або домовленості між двома або більше з них для подальшого полегшення отримання доказів, за умови, що вони сумісні (не суперечать) з положеннями Регламенту.

Головним наслідком прийняття Регламенту 1206/2001 стало суттєве спрощення порядку збирання та отримання доказів в іншій державі-члені ЄС у цивільних або комерційних справах шляхом створення стандартизованих правил для всіх держав-членів. Відповідно до ст. 1 Регламенту 1206/2001 його положення повинні тлумачитися автономно, незалежно від правових порядків члена-держави ЄС, з якої походить запит, або запитуваної держави.

Предметом регулювання Регламенту 1206/2001 є визначення процедури отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах, в основу якої покладено принцип безпосередніх зносин між компетентними судами держав-членів з приводу направлення та виконання судових доручень з питань отримання доказів та безпосереднього отримання доказів судами, що розглядають справи в інших державах-членах. Зокрема відповідно до п. 15 Вступних положень Регламенту 1206/2001 для того, щоб полегшити збір доказів, необхідним є забезпечення можливості для суду в запитуючій державі-члені, відповідно до закону держави-члена, безпосередньо відбирати докази в державі-члені ЄС, але з додержанням вимог, визначених центральним органом або компетентним органом запитуючої держави-члена.

Для полегшення пошуку компетентних органів чи компетентних судів, які мають виконувати судові доручення про отримання доказів, організацією «The European Judicial Network» було розроблено спеціальний інструмент (електронна система): Європейський судовий атлас «The European Judicial Atlas», в якому, наприклад, можна знайти перелік та інформацію щодо компетентних органів у Німеччині<sup>12</sup>. Наявність такої системи значно полегшує організацію зносин з приводу надіслання і виконання судового доручення між країнами ЄС.



Регламентом 1206/2001 передбачено десять форм для звернення з судовим дорученням про отримання доказів та обміну інформацією щодо його виконання. Серед них такі: запит (судове доручення) про отримання доказів (форма А); повідомлення про отримання запиту (форма В); повідомлення про затримку у зв'язку з відсутністю необхідної для виконання інформації (форма С); повідомлення про неможливість виконання у зв'язку з невнесенням депозиту на витрати, необхідні для виконання (форма D); повідомлення про відмову у виконанні запиту (форма Е); повідомлення сторін та представників запитуючого суду про місце та час здійснення процесуальних дій (форма F); повідомлення про неможливість виконання запиту впродовж 90 днів (повідомлення про затримання у виконанні) (форма G); повідомлення про неможливість виконання на підставі ч. 2 ст. 14 Регламенту № 1206/2001 упродовж 60 днів (форма H); запит безпосередньо до запитованого суду (форма I); повідомлення центрального органу про умови національного законодавства, за яких буде виконано запит, упродовж 30 днів (форма J).

Регламентом 1206/2001 для спрощення правил щодо змісту судового доручення передбачено загальні вимоги до змісту іноземного судового доручення. Запит та всі інші документи, що супроводжують запит, повинні бути звільнені від підтвердження автентичності або іншої відповідної формальності, що в свою чергу пришвидшує надіслання іноземного судового доручення та забезпечення його виконання.

Документи, які запитований суд надсилає після виконання запитованим органом іноземного судового доручення, мають супроводжуватися перекладом на мову, якою було складено іноземне судове доручення.

Протягом семи днів з дня отримання запиту компетентний суд повинен надіслати повідомлення про отримання іноземного судового доручення до запитуючого органу.

Регламентом 1206/2001 також передбачено порядок повідомлення про неможливість виконання іноземного судового доручення, зокрема, у ст. 8 Регламенту зазначається: якщо запит не може бути виконаний, оскільки не містить необхідної інформації (через неповноту змісту іноземного судового доручення), запитований суд повідомляє про це запитуючий суд без зволікань і не пізніше, як протягом 30 днів з моменту отримання запиту та надсилає прохання направити запитованому суду відсутню інформацію, яка повинна бути вказана чітко.

У практиці застосування Регламенту 1206/2001 виникали питання можливості застосування передбачених ним процедур у випадку використання при зборі доказів технічних засобів зв'язку, наприклад, чи можливо допитати свідка в режимі відеоконференції? Аналіз положень Регламенту та практики його застосування дають можливість ствердно відповісти на це запитання, адже відповідно до ст. 17 Регламенту 1206/2001 це є допустимим, якщо запитуючий суд потребує збирання доказів безпосереднього в іншій державі-члені, він може подати відповідний запит до центрального органу або компетентного органу держави, використовуючи певну форму. Отже, запитуючий суд держави-члена може зробити запит до запитованого суду щодо можливості використовувати комунікаційні технології у виконанні доручення про витребування доказів, зокрема, за допомогою відеоконференції і телеконференції з посиланням на п. 4 ст. 11 Регламенту 1206/2001. Таке іноземне судове доручення повинно бути виконане без зволікань та протягом 90 днів з моменту його отримання.

Регламентом 1206/2001 передбачено особливості збору доказів за допомогою додаткових способів, зокрема, коли збір доказів здійснюється членами судового персоналу або іншою особою, яка буде призначена відповідно до законодавства держави-члена запитованої держави.

Говорячи про значення Регламенту 1206/2001 для уніфікації процедур надання міжнародної правової допомоги в ЄС, варто підтримати думку Г. Цірата, який вказує, що в ньому, по-перше, уніфіковані практично всі форми документів, за допомогою яких компетентні органи мають спілкуватися один з одним. По-друге, закріплено вимоги до змісту запиту, мови, встановлено терміни, протягом яких мають здійснюватися відповідні дії, повідомлення про отримання (упродовж семи днів з дня отримання), виконання судових доручень (упродовж 90 днів), інформування про затримку у виконанні з причин ст. 8 п. 1.2 (30 днів з дати отримання запиту), повідомлення про відмову у виконанні запиту (упродовж 60 днів). По-третє, закріплено перелік підстав, за наявності яких у виконанні запиту може бути відмовлено тощо. Регламент обмежив (скоротив) кількість можливих заяв та застережень з боку країн-членів, чим посприяв одноманітності та значно уніфікував режим<sup>13</sup>.

Порівнюючи механізм надання правової допомоги щодо отримання доказів за кордоном, запроваджений в ЄС з універсальним механізмом, врегульованим у Конвенції про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах 1970 р., слід зробити висновок, що відмінністю Регламенту 1206/2001 є те, що він не передбачає таких способів передачі судових доручень, як за посередництвом консула запитуючої країни та не передбачає права дипломатичних представників та консульських агентів запитуючих держав, акредитованих в інших країнах-членах, здійснювати необхідні процесуальні дії в цих державах з метою безпосереднього отримання доказів у осіб, що мешкають на території цих держав. Головним способом передачі судових доручень Регламент 1206/2001 передбачає безпосередню взаємодію між компетентними судами або право судів одних держав безпосередньо отримувати докази на території інших держав-членів.

Таким чином, із запровадженням Регламенту 1206/2001 та Регламенту 1393/2007 в межах ЄС створено єдиний порядок надання міжнародної правової допомоги у сфері вручення судових та позасудових документів та отримання доказів за кордоном, необхідної для ефективного вирішення справ транскордонного характеру, який став черговим елементом єдиної європейської системи захисту цивільних прав та інтересів.



<sup>1</sup> Договорное право в международном обороте / Н. Г. Вилкова. – М. : Статут, 2002. – 78 с.

<sup>2</sup> *Дороніна Н. Г.* Уніфікація та гармонізація права в умовах економічної інтеграції держав / Н. Г. Дороніна // *Право і економіка*. – 1997. – № 17–18. – С. 85.

<sup>3</sup> *Пакерман Г. А.* Определение понятия «унификации права» в современных условиях экономического развития / Г. А. Пакерман : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://studijuridice.md/revista-nr-1-2-2011/opredelenie-ponyatiya-unifikatsii-pra> – Название с экрана.

<sup>4</sup> *Кушнарьюва О. В.* Поняття і природа уніфікації нормативно-правової термінології / О. В. Кушнарьюва // *Юридична психологія та педагогіка*. – 2011. – № 2 (10). – С. 58–61. (С. 60–61?)

<sup>5</sup> Regulation (EC) No. 1393/2007 of the European Parliament and the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in Civil or commercial matters (service of documents) : [Electronic resource]. – Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32007R1393>

<sup>6</sup> Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the application of the Council Regulation (EC) 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil commercial matters : [Electronic resource]. – Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32001R1206>

<sup>7</sup> *Ізарова І. О.* Теоретичні засади цивільного процесу Європейського Союзу : моногр. / І. О. Ізарова. – К. : ВД «Дакор», 2015. – С. 234–235.

<sup>8</sup> Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the application of the Council Regulation (EC) 1348/200 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in Civil or commercial matters : [Electronic resource]. – Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1423168016111&uri=CELEX:52004DC0603>

<sup>9</sup> Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the application of the Council Regulation (EC) 1393/2007 of the European Parliament and of the Council on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in Civil or commercial matters (service of documents) : [Electronic resource]. – Mode of access : [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/report\\_service\\_documents\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/report_service_documents_en.pdf)

<sup>10</sup> *Цірат Г. А.* Міжнародний цивільний процес: сучасний стан та перспективи міжнародно-правової уніфікації : моногр. / Г. А. Цірат. – Х. : Вид-во Іванченка І. С., 2013. – С. 202.

<sup>11</sup> Про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах : Гаазька Конвенція від 18 березня 1970 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_922](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_922)

<sup>12</sup> The European Judicial Atlas : [Electronic resource]. – Mode of access : [http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/te\\_centralbody\\_de\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/te_centralbody_de_en.htm)

<sup>13</sup> *Цірат Г. А.* Вказана праця. – С. 201.

### Резюме

#### **Притика Ю. Д.** Уніфікація процедур надання міжнародної правової допомоги в межах Європейського Союзу.

Розглядається процес уніфікації процедур надання міжнародної правової допомоги щодо отримання за кордоном доказів та вручення за кордоном судових та позасудових документів у межах Європейського Союзу. Проаналізовано процедуру та способи передачі запиту (судового доручення) про надання правової допомоги, особливості підтвердження щодо виконання, строк виконання доручення, підстави відмови від виконання запиту.

**Ключові слова:** міжнародна правова допомога, уніфікація, надіслання та виконання судового доручення про вручення за кордоном судових та позасудових документів, запит про отримання за кордоном доказів, Регламент ЄС 1206/2001, Регламент ЄС 1393/2007.

### Резюме

#### **Притика Ю. Д.** Унификация процедур предоставления международной правовой помощи в пределах Европейского Союза.

Рассматривается процесс унификации процедур предоставления международной правовой помощи относительно получения за границей доказательств и вручения за границей судебных и несудебных документов в пределах Европейского Союза. Проанализированы процедура и способы передачи запроса (судебного поручения) о предоставлении правовой помощи, особенности подтверждения исполнения, срок исполнения поручения, основания отказа от исполнения запроса.

**Ключевые слова:** международная правовая помощь, унификация, отправка и исполнение судебного поручения о вручении за границей судебных и несудебных документов, запрос о получении за границей доказательств, Регламент ЕС 1206/2001, Регламент ЕС 1393/2007.

### Summary

#### **Prytyka Y.** Unification procedures for international legal assistance in The European Union.

The paper is devoted to the unification procedures for international legal assistance in obtaining evidence abroad and the service of judicial and extrajudicial documents within The European Union. The author analyzes the procedures and methods of transmission request (court order) for legal assistance, especially the confirmation of implementation deadline orders, the grounds for refusal to perform the request.

**Key words:** international legal unification, unification, dispatch and execution of the letter of service abroad of judicial and extrajudicial documents, request for evidence abroad, Regulation EU 1206/2001, Regulation EU 1393/2007.

**В. В. ПОПКО**

*Вадим Вікторович Попко, кандидат юридичних наук, доцент Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**СИСТЕМА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В КОРОЛІВСТВІ НОРВЕГІЯ**

Місцеве самоврядування в сучасних державах вважається важливим елементом демократичної системи правління, а також вертикального розподілу влади. Важлива роль інституту місцевого самоврядування не викликає сумніву, більше того, без місцевого самоврядування в сучасних умовах неможливо здійснення народовладдя. У більшості зарубіжних країн місцеве самоврядування, як правило, закріплено на конституційному рівні, йому присвячені значна законодавча база, численні наукові праці. Місцеве самоврядування знаходиться на доволі високій ступені в ієрархії цінностей політичної культури у розвинених демократичних державах.

Досвід зарубіжних держав, зокрема Норвегії, щодо організації системи місцевого самоврядування й впровадження її в повсякденне життя дає великі можливості для порівняльного аналізу і вивчення правових моделей місцевого самоврядування.

Вивчення особливостей моделей місцевого самоврядування має теоретичне та прикладне значення, оскільки дає можливість з'ясувати теоретичні засади та практичний відповідний зарубіжний досвід, а також визначити напрями й перспективи реалізації процесу реформування місцевого самоврядування в умовах адміністративно-територіальної реформи в Україні.

Проблеми класифікації сучасних моделей місцевого самоврядування в рамках порівняльного правознавства та муніципального права, їх характеристика зовсім мало досліджені як у працях європейських фахівців так й у працях вітчизняних вчених. 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 континентальної (французької), англійської (англосаксонської) моделей, проте малодосліджуваними залишаються особливості окремих груп держав, зокрема тих, які вченими віднесені до так званої «змішаної» моделі. Проте деякі напрацювання щодо виявлення та з'ясування природи особливостей систем місцевого самоврядування, що віднесені вченими до «змішаної» моделі зустрічаємо у працях зарубіжних та вітчизняних вчених, зокрема Т. Вюртенбергера, М. Кітінга, С. Ліпсет, Е. Томпсона, О. Батанова, В. Верникова, В. Евдокимова, І. Прохоренко, С. Старцева.

Особливий інтерес для нашої адміністративно-управлінської системи становить позитивний досвід проведених реформ місцевого самоврядування у цих державах.

*Метою статті* є вивчення правового регулювання місцевого самоврядування в Королівстві Норвегія, визначення особливостей цієї моделі самоуправління, з'ясування її витоків, вивчення проблем і специфіки їх правового закріплення. Метою також є спроба виявити чинники, що вплинули на еволюцію місцевого самоврядування; розкрити організаційні форми, порядок формування та діяльності органів й посадових осіб. Особливу увагу автора привертають фактори правового характеру, фінансової системи та формування компетенції органів місцевого самоврядування.

У сучасному світі склалися кілька моделей організації місцевого самоврядування, які є специфічними конструкціями, що відображають принципові особливості багатьох можливих варіантів поєднання різних форм публічної влади в питаннях вирішення місцевих справ. Такі конструкції дають можливість узагальнити та чітко визначити ознаки, що характеризують особливості організації місцевої влади у тій чи іншій державі.

Належність тієї чи іншої держави до певної моделі місцевого самоврядування залежить від багатьох факторів, зокрема системи нормативного правового регулювання, інституційної структури, порядку формування та компетенції органів місцевої влади, функцій та механізму дії місцевих органів, культурних традицій, інших факторів. Незважаючи на різноманітність місцевого самоврядування, склалися його найважливіші принципи: повна фінансова самостійність, організаційна незалежність, наявність власної компетенції і відповідальність.

Вченими у сфері державного управління та місцевого самоврядування виокремлено основні моделі (системи) організації та здійснення публічної влади на місцях: *континентальна*, яку ще називають французькою, *англійська* (англосаксонська), *змішана* та *радянська*. Підставою для такої класифікації слугують загальні риси місцевого самоврядування великого кола держав, проте кожна національна система чи певна група систем мають свої характерні особливості, що має змогу говорити про існування *іберійської системи*, *скандинавської системи* та ін.<sup>1</sup>

Королівство Норвегія представляє інтерес для дослідників з багатьох причин. Норвегія в історично короткий строк пройшла шлях, який повністю змінив її соціально-економічний вигляд: від однієї з найбід-

ніших на початку ХХ ст. до однієї із найбагатших і найблагополучніших у наші дні. Як зазначають вчені, Норвегія як й інші північноєвропейські держави, стабільно процвітає при «високій виробничо-творчій активності населення»<sup>2</sup>.

У наш час Норвегія представляє собою конституційну парламентську монархію, в адміністративно-територіальному сенсі поділена на дев'ятнадцять областей (фюльке). Цій країні властива дієва своєрідна система місцевого самоврядування при відсутності норм про місцеве самоврядування в Конституції (1814) країни, однак перший закон про місцеве самоврядування в Європі був прийнятий саме в Норвегії у 1837 р. після кількох років конфлікту між норвезьким парламентом і королем Швеції.

Адміністративно-територіальний устрій Норвегії почав складатися у ХІІ ст. у часи формування державного ладу на Землях норманів – «Північний шлях» (*Nordmanna land*). У цей час окрім короля влада в Норвегії належала народним зборам – тингам. Загальні збори всіх вільних людей (альтинги), скоріш за все, виникли ще в доісторичні часи; на них улаштовували суперечки, вирішували господарські й деякі політичні питання, що представляли спільний інтерес. Пізніше, у Середні віки, подібні збори збереглися в якості місцевих органів як у містах, так й в сільській місцевості. Деякі з них набули особливого значення, оскільки володіли повноваженнями проголошення короля: претендента визнавали королем у ході юридичної церемонії обміну зобов'язаннями між ним і учасниками зборів. Лише король, проголошений на тингах, користувався авторитетом, тому до такого визнання прагнули всі претенденти на престол.

Ще у ХІІ ст. у різних провінціях Норвегії (ландах) діяли власні закони, які прийнято в історіографії іменувати обласними чи провінційними. Вони були систематизовані й записані й являються цінними пам'ятками права з історії середньовічного норвезького устрою, соціального ладу, суспільних відносин, народовладдя й, важливо, місцевих звичаїв та традицій. На цей час вся територія країни, хоча і вважалась вже єдиним королівством, була поділена на чотири тинга – об'єднання кланів зі своїми зібраннями представників кланів, зі своїми правовими та іншими звичаями. Збірники правових звичаїв старіших зібрань – «Закони Гулатинга» 1150 р. у Західній Норвегії та «Закони Фростатинга» 1190 р. у Трьоннелагу збереглися майже повністю до наших днів<sup>3</sup>.

На початок ХІІІ ст. управління в Норвегії було представлено місцевою і регіональною адміністрацією, що входила до королівського апарату управління, й більш менш систематично охоплювало всю країну. Близько 50 королівських чиновників (*сюслеманів*), що приблизно відповідали англійським шерифам, представляли інтереси короля на місцях у фіскальних, юридичних та військових питаннях. Країна була розділена на 10 округів, кожен з яких мав свого законодавця – *лагмана*, який вершив від імені короля правосуддя. У кожному з чотирьох крупних міст Норвегії – Бергені, Тронхеймі, Осло і Тьонсберзі – у короля був також свій міський адміністратор – *гьялдер*, який частково виконував ті ж функції, що й місцевий сюслеман. На народних зборах – тингах – брали участь й представники селянства, що в норвезькій науковій літературі розглядається як «крок у напрямку загальнонаціонального тингу»<sup>4</sup>. Важлива роль посередника між королівською адміністрацією і сільськими общинами належала *бонделенсману* (приставу) – представнику селян, який з кінця ХІІІ ст. виконував обов'язки помічника сюслемана. У більш густонаселених і спеціалізованих міських общинах із другої половини ХІІІ ст. вводяться посади міських радників – *родманів*. Вони здійснювали юридичні та адміністративні функції під керівництвом місцевих королівських чиновників.

Законодавство короля Магнуса Лагаботири (1263–1280) «Ландслов» 1274 р. покладало на місцеву спільноту серйозні завдання з питань підтримки законності. Особливо слід відмітити практику скликання «судів» із «добрих людей», що зазвичай складалась із 6 або 12 членів. Продовжуючи давню традицію селянської спільноти, ці «суди» слугували арбітрами і експертами при врегулюванні місцевих тяжб: роз'яснювали конкретні юридичні права і положення, вислуховували покази свідків; оцінювали розмір шкоди, завданої у результаті порушень закону; визначали компенсацію, що належала потерпілій стороні. Якщо раніше вони були неофіційними органами правосуддя, то відтепер їх також «прикріпили» до тингу. Тут, окрім іншого, вони повинні були працювати засідателями разом із лагманом, виносячи вироки із кримінальних справ.

Згідно кодексів законів Магнуса Лагаботири, органи місцевого самоврядування мали численні й інші офіційні обов'язки. У сільських районах до таких обов'язків відносились: забезпечення воїнської повинності – *лейданга*, надання засобів пересування державним чиновникам, утримання у порядку доріг, доставка пошти, допомога бідним. У містах колективні обов'язки передбачали пожежну службу і ремонт кораблів.

У Середньовіччі, як й в інших країнах Скандинавії, у Норвегії склалась система церковних приходів, яка багато у чому зберіглась до нашого часу. Єпископська церковна адміністрація, представлена єпископом і кафедральним капітулом, представляла собою свого роду систему місцевих органів. Із релігійними завданнями церкви були тісно пов'язані ті соціальні завдання, які вона взяла на себе, перш за все піклуючись про бідних, хворих і людей похилого віку.

Як відмічає шведський вчений Е. Аннерс, за період з ХVІ по ХІХ ст. Північні країни, особливо Норвегія та Швеція, не дивлячись на вплив католицької церкви й Ганзейського союзу, зазнали сильного і багатопланового впливу, що дало можливість говорити про їх європеїзацію<sup>5</sup>. Реформа державного адміністративного апарату наприкінці ХVІ – початку ХVІІ ст., яка встановила в Норвегії «ефективну централізовану юридичну систему»<sup>6</sup> передбачала зміни й у місцевому управлінні. У сільських районах діяли *бюджетинги* (комунальні зібрання), в яких селян грали роль присяжних при допомозі, а згодом і під керівництвом грамотних і юридично компетентних *соренскриверів* (сільських суддів). У містах до місцевих зібрань входили *бургомістр* і члени міської ради. У сільській місцевості зібранням керував *фогд*, у місті – *бюфогд*.

Зміни в систему місцевого самоврядування Норвегії були внесені у 1837 р. з ухваленням *Закону про місцеве управління*, який мав назву «Акт про ольдерменів». Цей Закон являв собою певний компроміс між ідеологією чиновників, що представляли собою центральний уряд і прагненням населення до самоврядування. Діяльність місцевої влади обмежувалась завданнями, що не входили у протиріччя з повноваженнями центру. Акт 1837 р. вимагав, щоб кожний округ, сільський чи міський, сформував муніципалітет з обраними представниками. Ще коли Норвегія була в складі унії зі Швецією, місцеві влади досягли високого ступеня автономії, що дозволило їм побудувати інфраструктуру та розширити послуги соціального добробуту. Обов'язковий податок на доходи був запроваджений у 1882 р. і швидко замінив собою податок на нерухомість у якості головного джерела місцевих доходів, при цьому муніципалітети користувалися свободою у встановленні ставок податку.

Законодавча база у сфері місцевого самоврядування в Норвегії не є досконалою. Багато разів пропонувалося внести зміни до Конституції Норвегії (1814), в якій відсутні норми щодо місцевого самоврядування й таким чином цей інститут не має конституційного захисту. Аналогічна ситуація існує із Законом про місцеве самоврядування 1992 р., який не надає обов'язкового правового захисту місцевому самоврядуванню. Цей комунальний закон був ухвалений у 1992 р. на підставі Акту про ольдерменів 1837 р. й гарантує використання інститутів розвиненої демократії, так як глава 3 норвезького комунального закону виводить принцип парламентаризму на рівень фюлькескомун і комун.

Також правове регулювання відносин у сфері місцевого самоврядування у наш час здійснюється законами «Про межі муніципальних утворень» від 15 червня 2001 р., який визначає порядок розмежування і встановлення кордонів комун і фюлькескомун, та законом «Про парламентські й місцеві вибори» від 28 червня 2002 р., який встановлює пропорційну виборчу систему.

Окрім того, самоврядна діяльність регулюється «Законом про суспільне управління», «Законом про свободу інформації», іншими галузевими законами у питаннях, що стосуються повноважень органів місцевої влади. Водночас зазначимо, що норми про регіональне і місцеве самоврядування не прописані в Конституції Норвегії; обов'язки муніципалітетів регулюються парламентом Норвегії (Стортингом). У результаті, муніципалітети та графства можуть робити більше, ніж зобов'язані, однак не вправі перебирати на себе відповідальність за те, що Стортинг доручив іншим гілкам і рівням влади.

Значний вплив на правове регулювання місцевого самоврядування в Норвегії здійснюють норми європейського права, зокрема Європейська хартія місцевого самоврядування, яка була схвалена стортингом у 1989 р.

Як вже зазначалось, у адміністративно-територіальному відношенні держава поділена на 19 областей (фюльке), що вперше відбулось у 1660 р. коли держава була поділена на спеціальні округи – *амти* на чолі з *амтманом* (губернатором). Спеціальним Законом «Про зміну назв частин країни» від 14 серпня 1918 р. була змінена назва й введений новий поділ країни на 19 губерній та 6 єпископств (з поправками 1968 р.). Найбільше графство Норвегії – Фіннмарк (49 тис. км<sup>2</sup>, 74 тис. жителів, 1,5 на 1 км<sup>2</sup>, 19 муніципалітетів), найменше графство – Вестфолд (2,2 тис. км<sup>2</sup>, 210 тис. жителів, 88,8 на 1 км<sup>2</sup>, 14 муніципалітетів). Найбільший муніципалітет країни – Осло (512 тис. жителів), найменший – Утсіра (233 мешканця). Найменша територіальна одиниця в Норвегії – комуна (*kommune*) – це вже округ, створений для місцевого самоврядування.

У Норвегії діє дворівнева система місцевого самоврядування (рівень регіону та рівень комуни), яка включає 19 фюлькескомун (*fylkeskommune*) обласного рівня та біля 430 муніципалітетів. На першому та другому рівнях існує виборний від населення орган представницької влади, який, у свою чергу, призначає колегіальні органи – правління (*styrelser*). Столиця Осло має особливий статус й органи місцевого самоврядування комуни Осло виконують також функції органів фюлькескомуни – таким чином Осло одночасно являється муніципалітетом і фюлькескомуною. Також в областях, крім Осло, існують виборні ради – *фюлькестинги*. Місцеве управління та самоврядування в Норвегії розглядають як одне ціле щодо всіх комун у межах однієї губернії. Хоча муніципалітетів у Норвегії багато (432), проте вони невеликі за розмірами. Усі норвезькі муніципалітети і графства є членами *Асоціації місцевої та регіональної влади Норвегії*. У рамках Асоціації діє 500 муніципальних підприємств, здійснюються консультації та навчальні семінари для муніципальної влади.

Рішення про заснування нової чи розмежування старих комун ухвалює уряд, а точніше департамент із комунальних питань. У спірному випадку таке рішення приймає парламент – стортинг на підставі § 3 Комунального закону. Інститут референдумів у місцевому управлінні не поширений. Підставою для заснування комун і встановлення їх меж є економічна доцільність (§ 2). Комуна володіє правом власності на всі об'єкти, які законом віднесені до комунальної власності: шляхи сполучення, доріг й інших споруд, на утримання яких збирають комунальні податки.

Фюлькескомуни області очолює призначуваний королем *губернатор* – *фюлькесман*, статус якого був суттєво змінений після широкої комунальної реформи 1992 р., спрямованої на децентралізацію влади, з ухваленням закону про комуни і фюлькескомуни, згідно з яким губернатор перетворився на місцевого чиновника, наділеного деякими повноваженнями реєстраційного характеру: він реєструє релігійні об'єднання, розглядає заяви про натуралізацію, видає свідоцтва про усиновлення та здійснює інші акти громадянського стану. Апарат влади, що раніше був йому підпорядкований, цілком перейшов у розпорядження виконавчих органів влади комун і губерній.

Незважаючи на проведену децентралізацію влади, держава в особі комунального департаменту в уряді (Міністерство місцевого самоврядування і регіонального розвитку) зберігає прерогативу з контролю за діяльністю органів місцевого управління і самоврядування. Контролюючими функціями також наділені й



органи представницької влади комун і губерній – контрольні комісії, контрольні комітети, ревізори комун чи губерній (§ 60).

Вищим органом влади в комунах є *комунальне правління*, а в губернських – *губернське зібрання* – фюлькестинг. Згідно з вимогами системи ольдерменів, муніципалітет повинен також мати *раду місцевих депутатів* (ольдерменів) та мера й віце-мера, обраних із числа ольдерменів. Комунальне правління складається із 25 % депутатів ради і має відбивати співвідношення політичних сил у раді. Мер та віце-мер є членами правління ольдерменів. У складі ради діють і постійні комітети. На рівні кожного муніципалітету запроваджена посада омбудсмана, який опікується дотриманням прав і свобод громадян.

Членів зазначених представницьких органів обирають згідно із Законом «Про парламентські й місцеві вибори» від 28 червня 2002 р., одночасно із загальнонаціональними виборами в стортинг і строком на чотири роки за пропорційною системою. Дата голосування зазвичай призначається на понеділок у перший чи другий тиждень вересня у середині чотирьохрічного строку повноважень стортингу. Комунальний закон (§ 7) встановлює кількість депутатів до представницьких органів влади, з огляду на кількість населення, наприклад від 5 тис. жителів обирають 11 представників, а більше 100 тис жителів – 43 представники. Володіння активним виборчим правом має наслідком й володіння пасивним виборчим правом: право й обов'язок «приймати виборну посаду».

Представницькі органи влади комуни обирають на постійній основі на весь термін своїх повноважень *президію* з певною кількістю членів, губерній – *комітет*, главу правління та його заступника (§ 8). Основним завданням президії є попереднє обговорення економічного плану розвитку, річного бюджету і податкових постанов тощо. Органи місцевого самоврядування також можуть бути наділені спеціальною компетенцією щодо окремих питань, зокрема правом призначати керівників комунальних підприємств, створювати особливі органи управління для дрібних територіальних підрозділів комун. Виконавчі органи комун і губерній можуть наділятися особливими повноваженнями для вирішення невідкладних справ за надзвичайних обставин.

Для організації роботи в комунах і губерніях засновують особливу *адміністрацію* на чолі з її *начальником* – це начальник усієї комунальної і губернської бюрократії, який слідкує за порядком, укладанням і виконанням рішень, прийнятих відповідними представницькими органами влади. До того ж глава адміністрації поєднує функції керуючого канцелярією і начальника відділу кадрів.

Між главою адміністрації та мером муніципалітету складаються незалежні та взаємодоповнюючі відносини. Мер наділений «політичними» повноваженнями та являється главою ради місцевих депутатів і очолює комунальне правління; рада може делегувати меру право одноосібного прийняття рішення з окремих непринципових питань. У той час глава адміністрації наділяється значною мірою «виконавчими» повноваженнями.

Слід звернути увагу, що національно-культурна автономія *саамів* (національна меншина в Норвегії), становище яких регулюється *Законом саамів* від 12 червня 1987 р., передбачає також утворення *саметингу* (sameting) – спеціального представницького органу влади. Вибори до нього оголошені прямими і відбуваються на пропорційній основі, проте у випадку висування тільки одного виборчого списку, вводять мажоритарну систему. Представницький орган саамів обирають терміном на чотири роки одночасно з виборами до інших представницьких органів влади країни – парламент, губернські зібрання і комунальні правління.

Планомірна децентралізація державного апарату, яка почалась з початку 70-х років минулого століття<sup>7</sup>, привела до наділення органів місцевого самоврядування доволі широкими повноваженнями. Як підкреслює данський політолог Поль Мейер, «децентралізація означає наділення відповідного органу початковою компетенцією (*primaer kompetence*) таким чином, що ані він, ані його рішення не можуть бути об'єктом формальних директив інших адміністративних органів чи їх рішень»<sup>8</sup>. Коло компетенції норвезьких органів місцевого самоврядування є традиційним для будь-якого управління подібного рівня. Порядок організації й обсяг компетенції комун і фюлькескомун передбачає доволі широку самостійність та широке коло повноважень, що отримало в Норвегії назву «*комунальний парламентаризм*»<sup>9</sup>. Норвезькі муніципалітети при здійсненні повноважень не підпорядковуються ані урядові держави, ані губерніям.

Комуни і фюлькескомуни виконують різні функції та мають незалежні бюджети. Комуни Норвегії відповідають за дитячі дошкільні заклади, початкову освіту, пункти первинної медичної допомоги, служби соціального страхування, догляд за людьми похилого віку й інвалідами, культуру і спорт, релігію, комунальне господарство, місцеве планування та землекористування. Комуни опікуються питаннями зайнятості населення, муніципальними дорогами тощо. Утримання лікарень в Норвегії фінансується державою.

Муніципалітет фюлькескомуни переймається питаннями середньої освіти, регіонального транспорту, розвитку малого та середнього бізнесу, регіональної культури й спорту, деяких технічних служб тощо. Муніципалітети округу надають дві третини всіх соціальних послуг. Згідно із Комунальним законом, органи місцевого самоврядування можуть бути наділені спеціальною компетенцією з окремих питань.

Серед інших повноважень органи місцевого самоврядування опікуються підтримкою громадського порядку (у цьому сенсі комунальні органи влади можуть видавати обов'язкові постанови для поліцейських приставів), приймають заходи щодо санітарної безпеки, соціального забезпечення, охорони сім'ї та дитинства, шкільної освіти. Усі ці сфери справ регулюються в Норвегії окремими законами, виконання яких делеговано багато в чому комунам, губерніям та їхнім органам. Проте в певний період муніципалітети колективно виступили проти виконання делегованих повноважень, які не відповідали можливостям міських бюджетів. У результаті державні рішення були переглянуті.

Бюджети органів місцевого самоврядування в Норвегії формуються з різних джерел, у першу чергу за рахунок місцевих податків, зборів та мит, а також частково за рахунок надходжень з центральних органів влади та інших державних інституцій. У випадку нехватки бюджетних коштів комуни можуть робити позики на поточне інвестування в місцеву економіку чи реорганізацію попереднього боргу (§ 50). Позики робляться під гарантії комун чи губерній, але рішення про видачу гарантії під позику підлягає утвердженню відповідним департаментом. Такі положення нашоувують на думку про відповідальність держави по боргам органів місцевої влади і самоврядування. Проте такий висновок, якщо й робиться, потребує застережень. Держава в Норвегії, судячи з усього, тільки опосередковано відповідає по боргам органів місцевого самоврядування. У випадку встановлення факту банкрутства комуни чи фюлькескомуни держава в особі відповідного департаменту встановлює спеціальний порядок розрахунків по боргу (§56–58). Державу в Норвегії характеризують «вдалим менеджером», який приділяє велику увагу створенню соціальної і господарської інфраструктури, створює необхідні умови для вирішення внутрішніх господарських проблем. Держава в Норвегії на регіональному та місцевому рівні інвестує транспортну мережу, встановлює ощадливі вантажні тарифи, постачає пріоритетним підприємствам дешеву електроенергію тощо<sup>10</sup>. Норвезьку, як і шведську, доктрину соціальної держави часто називають егалітарною, при якій піклування держави про своїх громадян носить ледь не абсолютний характер – «від коліски до смерті»<sup>11</sup>.

З 1977 р. комуни і фюлькескомуни почали отримувати регулярну грошову субсидію від держави на розвиток власної інфраструктури і промисловості. У зв'язку із цим комуни та губернії ухвалюють власний план економічного розвитку терміном не менше ніж на чотири роки, який містить розрахунки передбачуваних видатків і доходів, а також напрями конкретного розвитку місцевої економіки, що доводиться до відповідного департаменту. На підставі чотирирічного економічного плану відбувається розробка бюджету на поточний рік. Цікаво, що згідно з вимогами Закону (п. 1 § 4, п. 2 § 44) план має бути реалістичним.

Отже, місцеве самоврядування в Норвегії має власну економічну базу, комунальну власність і доходи від неї, а також податкову надходження від жителів, проте отримує цілеспрямовані субсидії від держави. Норвезькі муніципалітети володіють найбільшою свободою серед скандинавських країн в управлінні власними справами. Комуни являються первинними осередками формування загальнодержавної політичної системи, так як саме вони являються первинними виборчими дільницями, а також першими самостійними адміністративно-територіальними одиницями. У діяльності комун слід відмітити тенденцію на ефективне надання послуг для задоволення потреб населення, в політика муніципалітетів значною мірою орієнтована на приватні інтереси громадян, аніж на суспільні інтереси громадян.

<sup>1</sup> Батанов О. В. Конституційно-правові засади місцевого самоврядування у зарубіжних країнах: основні моделі організації та діяльності // Часопис Київського університету права, 2015, № 3. – С. 62; *Оффердал О.* Местное самоуправление в Скандинавии: достижения и перспективы / О. Оффердал // Полис: социально-гуманитарные знания. – 1999. – № 2. – С. 155–166.

<sup>2</sup> Воронов К. В. Евроинтеграция Норвегии: особый курс малой страны. – М.: Прогресс-Традиция, 2008. – С. 74–75.

<sup>3</sup> Из ранней истории шведского народа и государства: первые описания и законы / Отв. ред. и сост. А. А. Сванидзе. – М.: Рос. гос. гуманитар. ун-т, 1999. – 332 с.

<sup>4</sup> Даниельсен Р., Дюрвик С., Грэнли Т., Хелле К., Ховланн Э. История Норвегии. От викингов до наших дней / Пер. с англ. – М., Издательство «Весь Мир», 2003. – С. 91.

<sup>5</sup> Аннерс Э. История европейского права (пер. со швед.) / Ин-т Европы. – М.: Наука, 1996. – С. 267.

<sup>6</sup> Даниельсен Р., Дюрвик С., Грэнли Т., Хелле К., Ховланн Э. Вказана праця. – С. 190.

<sup>7</sup> Исаев М. А., Чеканский А. Н., Шишкин В. Н. Политическая система стран Скандинавии и Финляндии. – М.: РОССПЭН, 2000. – С. 266.

<sup>8</sup> Meyer P. Offentlig forvaltning. – Kobenhavn, 1982. – S. 125.

<sup>9</sup> Исаев М. А. Основы конституционного строя Норвегии. – М.: Муравей, 2001. – С. 165.

<sup>10</sup> Воронов К. В. Вказана праця. – С. 63, 75.

<sup>11</sup> Гришин И. В. Шведская модель общественного развития: дихотомия: рынок-политика // МЭ и МО, 2005, № 10 и № 11.

## Резюме

### **Попко В. В. Система місцевого самоврядування в Королівстві Норвегія.**

Стаття присвячена з'ясуванню особливостей системи місцевого самоврядування в Норвегії. Зосереджена увага на правовому регулюванні муніципальних відносин, еволюції інституту місцевого самоврядування з плином часу, організації влади на місцях, порядку формування представницьких органів влади Норвегії. Акцентована увага на особливостях системи місцевого самоврядування в Норвегії, зокрема на таких явищах як «комунальний парламентаризм», децентралізація місцевої влади, принципи демократії та свободи. Також приділена увага питанням повноважень й компетенції місцевих органів влади та її фінансовій основі.

**Ключові слова:** скандинавська модель, місцеве самоврядування, комуни, регіони, правління, муніципалітет, фінансова основа.

## Резюме

### **Попко В. В. Система местного самоуправления в Королевстве Норвегия.**

Статья посвящается выявлению особенностей системы местного самоуправления в Норвегии. Сосредоточено внимание на правовом регулировании муниципальных отношений, эволюции института местного самоуправления с течением времени, организации власти на местах, порядку формирования представительных органов власти Норвегии. Акцентируется внимание

на особливостях системи місцевого самоуправління в Норвегії, в частині на таких явленнях як «коммунальний парламентаризм», децентралізація місцевої влади, принципи демократії і свободи. Також уделється увага питанням повноважень і компетенцій місцевих органів влади, а також її фінансової основі.

**Ключевые слова:** скандинавська модель, місцеве самоуправління, коммуні, регіони, управління, муніципалітет, фінансова основа.

#### Summary

##### *Popko V. The system of local self-government of the Kingdom of Norway.*

The article is dedicated to the discovery of peculiarities of the system of local self-government of Norway. The attention is concentrated on the legal regulation of municipal relations, evolution of the institute of local self-government through the time, organization of local authorities, order of formation of representative authorities. The emphasis is made on the peculiarities of the system of local self-government, in particular, on such phenomena as "municipal parliamentarism", decentralization of local power, principles of democracy and freedom. The attention is also paid to the issue of powers and competences of the local authorities and its financial basis.

**Key words:** Scandinavian model, local self-government, commune, regions, management, municipality, financial basis.

УДК 341.61/64

### 3. В. ТРОПІН

*Захар Володимирович Тропін, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## СУЧАСНА ОСНОВА ВИРІШЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СПОРІВ: ПРИНЦИП МИРНОГО ВИРІШЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СПОРІВ ЧИ ПРИНЦИП ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ СУБ'ЄКТІВ МІЖНАРОДНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Загострення міждержавних відносин останнім часом викликало підвищений інтерес до питань мирного вирішення міжнародних спорів. У практичній площині все частіше лунають запитання щодо окремих аспектів мирного вирішення міжнародних спорів, а також стосовно життєздатності цього механізму в сучасних умовах взагалі.

Водночас теорія міжнародного права не встигає за такими практичними потребами: ґрунтовних досліджень мирних засобів вирішення міжнародних спорів в Україні практично не проводиться. Існують дослідження, які присвячені окремими засобами вирішення міжнародних спорів, іноді здійснюються навіть без достатнього розгляду теоретичних проблем цієї галузі. Так само і західна наука міжнародного права традиційно приділяє мало уваги теоретичним проблемам у цій сфері, а тому можна навести лише праці таких відомих фахівців, як Джон Мерріллз, Джон Кольєр та деяких інших, які досліджували мирні засоби вирішення міжнародних спорів крізь призму практики їх застосування.

До останніх досліджень теоретичних проблем у цій сфері належать роботи таких вчених, як Е. А. Пушмін, окремим аспектам теорії в цій сфері присвятили свої наукові розвідки І. П. Бліщенко, О. М. Ладиженський, В. Г. Буткевич, Г. Г. Шинкарецька.

Розгляд теоретичних питань мирного вирішення міжнародних спорів неможливий без дослідження основи, яка визначає діяльність мирних засобів вирішення міжнародних спорів у сучасному міжнародному праві – принципу мирного вирішення міжнародних спорів, його місця у вирішенні міжнародних спорів та впливу сучасного міжнародного права на його зміст.

Принцип мирного вирішення міжнародних спорів становить основу сучасного міжнародного права. Автори беззаперечні в тому, що саме на його основі побудовано сучасні засоби вирішення міжнародних спорів. Так, наприклад Е. А. Пушмін зазначав, що принцип мирного вирішення міжнародних спорів – це основоположне начало сучасного міжнародного права<sup>1</sup>. Кількість досліджень, у яких у тому чи іншому вигляді аналізувався зміст цього принципу, величезна, адже він досліджувався не лише в контексті мирного вирішення міжнародних спорів, а й при загальнотеоретичних дослідженнях принципів міжнародного права.

Наведемо висновки лише деяких з цих досліджень, які нададуть можливість зрозуміти загальні тенденції тлумачення змісту такого принципу.

Так, довідник ООН з мирного вирішення міжнародних спорів<sup>2</sup> через посилання на статут ООН<sup>3</sup> визначає принцип мирного вирішення міжнародних спорів як вирішення державами їх міжнародних спорів мирними засобами таким чином, щоб не піддавати загрози міжнародний мир, безпеку та справедливість. Фактично це є текстуальне відтворення принципу мирного вирішення міжнародних спорів.

Українські фахівці з міжнародного права, розкриваючи зміст принципу мирного вирішення міжнародних спорів, зазначають, що він покладає на суб'єктів міжнародного права такі зобов'язання: 1) вирішувати

всі свої суперечки і розбіжності виключно мирними засобами; 2) врегулювати спори в найкоротший термін; 3) не зупиняти процес мирного врегулювання і пошуку взаємоприйнятних рішень; 4) використовувати визнані в міжнародному праві мирні засоби (переговори, розслідування, посередництво, арбітраж, судове розслідування, інші засоби на власний вибір, узгоджені до виникнення спору); 5) утримуватись від ультимативності; 6) утримуватись від будь-яких дій, які можуть поглибити напруженість; 7) враховувати інтереси іншої сторони – учасника спору; 8) виконувати прийняте в узгоджуваному порядку рішення<sup>4</sup>.

М. В. Філімонова визначала цей принцип через розкриття прав та обов'язків, які відповідно надаються та покладаються на держави. Так, держави мають право: обирати засоби та способи вирішення конфлікту; вимагати, щоб сторони, які беруть участь у конфлікті, не ухилялись від пошуку засобів мирного вирішення протиріч; вимагати виконання прийнятих рішень; залучати допомогу міжнародних організацій. Обов'язки полягають у тому, щоб держави – сторони спору: не припиняли процес мирного врегулювання та пошуку взаємоприйнятних способів; при вирішенні спору виходили з урахування інтересів або балансу інтересів сторін спору; у процесі мирного врегулювання утримувались від будь-яких дій, що можуть нанести шкоду пошукам шляхів мирного вирішення спору; виконували прийняте в узгодженому порядку рішення<sup>5</sup>.

Узагальнено вищезазначені позиції можна знайти в найбільш фундаментальних дослідженнях принципу мирного вирішення міжнародних спорів, які проводив Е. А. Пушмін. На його думку, юридичну основу цього принципу становлять: 1) зміст його юридичної вимоги – заснований на сукупності міжнародно-правових норм загальний обов'язок суб'єктів міжнародного права вирішувати свої спори, залагоджувати ситуації виключно мирними засобами; 2) сфера дії – різні за своєю природою, типами, видами та структурі міжнародні розбіжності та конфлікти; 3) система засобів мирного врегулювання; 4) характер мирного врегулювання – відповідно до принципів міжнародного права та справедливості за умови збереження міжнародного миру та безпеки<sup>6</sup>. Виходячи з цього, він визначав принцип мирного вирішення міжнародних спорів як основоположну засаду сучасного міжнародного права, що встановлює загальний обов'язок держав вирішувати спори та ситуації, які виникли між ними, виключно мирними засобами, з правом вільного вибору кожного з них та з урахуванням взаємних інтересів кожної, відповідно до принципів справедливості та міжнародного права<sup>7</sup>.

Таким чином, вищезазначені позиції зводяться до інтерпретації принципу мирного вирішення міжнародних спорів як обов'язку держав (в кращому випадку – суб'єктів міжнародного права) вирішувати свої спори виключно мирними засобами. У цьому контексті і розглядається застосування цього принципу до будь-яких розбіжностей у міжнародних відносинах. Але виявляється, що наразі вже неможливо говорити про застосування цього принципу в запропонованій інтерпретації до розбіжностей, які виникають саме в сучасних міжнародних відносинах.

Фактично запропоноване застосування принципу мирного вирішення міжнародних спорів передбачає, по-перше, наявність спору, по-друге, сторони спору мають бути на одному рівні правовідносин або принаймні штучно виведені на один рівень правовідносин (наприклад як це відбувається під час вирішення інвестиційних спорів). А як бути в тих ситуаціях, коли відсутній перший або другий елемент або і перший, і другий? Прикладів такого в сучасному міжнародному праві достатньо.

Одним із найяскравіших прикладів цього є міжнародне кримінальне право. Наприклад, рішення Нюрнберзького<sup>8</sup> та Токійського трибуналів, де вперше фізичні особи були притягнуті до відповідальності за порушення норм міжнародного права, чим було визнано здатність фізичних осіб безпосередньо нести обов'язки та бути відповідальними безпосередньо за міжнародним правом.

Згодом, згідно з резолюцією Ради Безпеки ООН, у 1993 р. та 1994 р. відповідно були створені Міжнародний кримінальний трибунал для судового переслідування осіб, відповідальних за істотні порушення міжнародного гуманітарного права, що були вчинені на території колишньої Югославії, та Міжнародний кримінальний трибунал для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші істотні порушення міжнародного гуманітарного права, що були вчинені на території Руанди. У 2002 р. на підставі угоди між представниками Генерального секретаря ООН та урядом Сьєрра-Леоне був створений Спеціальний суд із Сьєрра-Леоне задля притягнення до відповідальності фізичних осіб, винних у істотних порушеннях міжнародного гуманітарного права та законів Сьєрра-Леоне до 1996 р. (під час громадянської війни). У 1998 р., з прийняттям у Римі Статуту Міжнародного кримінального суду (який набрав чинності у 2002 р.), була створена постійно діюча інституція міжнародної кримінальної юстиції. Відповідно до цього документа Міжнародний кримінальний суд вправі розглядати справи проти фізичних осіб, яких звинувачують в геноциді, злочинах проти людяності, порушенні законів та звичаїв війни, агресії. Таким чином, у міжнародному праві вперше виникла постійно діюча інституція, яка здатна притягати осіб до кримінальної відповідальності безпосередньо на підставі міжнародного права.

Очевидно, що зазначені інституції діяли та діють не на основі принципу мирного вирішення міжнародних спорів, а особи в них притягались та притягаються до відповідальності не задля вирішення міжнародних спорів. На наш погляд, основною метою діяльності цих установ була та є ідея захисту прав і законних інтересів суб'єктів, права яких були порушені внаслідок дій осіб, що притягались чи притягаються до відповідальності.

Ще одним цікавим прикладом можуть стати засоби захисту прав людини сучасного міжнародного права, які були створені «через прагнення запобігти повторенню злочинів проти людства через створення нових стандартів захисту прав людини»<sup>9</sup>. Саме задля становлення стандартів прав людини в міжнародних відносинах було створено Організацію Об'єднаних Націй, яка однією зі своїх цілей проголосила «заохочен-



ня та розвиток поваги до прав людини та основних свобод для всіх, без різниці щодо раси, статі, мови та релігії»<sup>10</sup>. А на розвиток цього положення Генеральна Асамблея ООН прийняла 10 грудня 1948 р. Загальну декларацію прав людини<sup>11</sup>. Водночас закріплення прав людини на міжнародному рівні не було підтримано більш-менш істотними засобами їх реалізації, а всі ці положення формально не мали зобов'язальної сили. Такі положення та засоби їх реалізації були закріплені на регіональному рівні. Так, 4 листопада 1950 р. була прийнята Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод, яка стала першим зобов'язальним міжнародним документом у цій сфері. Характерною особливістю цього документа було створення детальної та розвиненої системи засобів забезпечення реалізації його положень: Європейської комісії з прав людини та Європейського суду з прав людини. Подавати заяви щодо порушення прав людини до комісії мали право держави та, у випадку визнання такої компетенції відповідною державою, неурядові організації, групи осіб та окремі особи. Приймавши таку заяву, комісія намагалась врегулювати цей спір шляхом примирення, якщо ж це не вдавалось, то спір передавався на розгляд Європейського суду з прав людини. До повноважень останнього входило винесення обов'язкового рішення про сплату компенсації в разі визнання держави винною. Така система захисту прав стала новим типом міжнародної судової установи – міжнародним судом з захисту прав людини, особливість якого полягала в тому, що в ньому приватні особи безпосередньо могли виступати як заявники про порушення їхніх прав, закріплених у міжнародному праві. У 1998 р. набрав чинності Протокол № 11 до Європейської конвенції з прав людини та основних свобод, відповідно до якого Комісія з прав людини була ліквідована, а держави та приватні особи отримали право безпосередньо звертатись до Європейського суду з прав людини з правом останнього встановлювати факт порушення прав людини та зобов'язувати винну державу виплачувати компенсацію постраждалій приватній особі. Ефективність введення прямого доступу просто вражає та підтверджується статистикою: кожен рік після 1999 р. Європейським судом з прав людини в середньому розглядалось майже стільки справ скільки за весь період з 1959 по 1998 роки<sup>12</sup>.

Також у 1969 р. в межах Організації американських держав була підписана Американська конвенція з прав людини, якою було засновано Міжамериканську комісію з прав людини та Міжамериканський суд з прав людини. У 1981 р. в межах Організації африканської єдності була підписана Африканська хартія прав людини та народів, яка заснувала Африканську комісію з прав людини та народів. Ця комісія могла виносити лише висновки щодо заявлених порушень та передавати їх Асамблеї голів держав та урядів Організації африканської єдності. Іншими словами, будь-яких більш-менш дієвих засобів впливу на держави-порушницю не було. Для виправлення цієї ситуації у червні 1998 р. був підписаний Протокол про заснування Африканського суду з прав людини, який поряд із тим, що може приймати заяви від приватних осіб про порушення Африканської хартії прав людини та народів, має право виносити зобов'язальні рішення щодо держав-порушниць. Водночас практика діяльності цієї інституції не є поширеною.

Таким чином, приклади діяльності інституцій із захисту прав людини свідчать про їх розвиток у бік відмови від категорії спір між державою та фізичною особою (що мало місце, коли існували проміжні органи для розгляду скарг осіб, права яких були порушені), у категорію оскарження дій та переслідування держав фізичними особами за порушення прав людини та основних свобод.

Як ми бачимо, зазначені вище тенденції міжнародного кримінального права та права захисту прав людини порушують питання щодо необхідності переосмислення ролі принципу мирного вирішення міжнародних спорів у сучасному міжнародному праві в бік його заміни (або принаймні доповнення) принципом права на захист прав та інтересів суб'єктів міжнародних правовідносин. Адже якщо ми не можемо говорити про наявність спору у правовідносинах та/або має місце нерівність суб'єктів правовідносин, логічно припустити, що між ними розглядається не спір, а відбувається захист прав та інтересів суб'єктів таких правовідносин. Слід наголосити, що зазначене жодним чином не зменшує можливості мирного вирішення міжнародних спорів, оскільки можливість правовими засобами вирішити спір є одним із шляхів захисту прав та інтересів суб'єктів правовідносин.

Разом із тим зазначене не свідчить про появу в міжнародному праві принципу права на справедливий суд або принципу права на правосуддя. Адже означені принципи в загальній теорії права, праві прав людини та конституційному праві відсилають до діяльності судових установ як основи захисту прав та законних інтересів людини<sup>13</sup>. Наразі, міжнародне право в цій частині має набагато ширший інструментарій, зумовлений координаційним характером міжнародного права та дією принципу мирного вирішення міжнародних спорів. Саме тому більш правильно говорити про зародження принципу права на захист прав та інтересів суб'єктів міжнародних правовідносин на доповнення або замість принципу мирного вирішення міжнародних спорів.

Окремо слід також зазначити, що вищезазначені міркування не варто розглядати як підтвердження наявності міжнародного процесуального права, адже ця концепція не є загальноприйнятою та викликає багато питань щодо свого змісту. Так, М. Е. Волосов та В. П. Панов, пропонуючи узагальнений зміст цієї концепції, фактично стоять на позиціях розширювального тлумачення змісту міжнародного процесуального права, включаючи до нього майже всі процедури та правила задля забезпечення договірних норм і принципів міжнародного права<sup>14</sup>. Через таке тлумачення в міжнародне процесуальне право включаються майже всі традиційні галузі міжнародного права, спрямовані на створення, реалізацію й забезпечення дотримання норм та принципів міжнародного права – право міжнародних договорів, право міжнародних організацій, дипломатичне та консульське право, право міжнародної відповідальності, право мирного вирішення міжнародних спорів тощо.

Водночас є приклади звужувального тлумачення міжнародного процесуального права. Так, у теорії міжнародного економічного права є тенденції виокремити вирішення міжнародних економічних спорів: самі міжнародні економічні спори та норми, які регулюють їх вирішення, в окрему частину «міжнародного економічного процесуального права». Зокрема, на цьому наголошує Г. М. Вельямінов<sup>15</sup>. На наш погляд, проблемність цього підходу полягає в тому, що прагнучи виокремити окрему складову на основі її предмета, забувається те, що більшість засобів вирішення міжнародних економічних спорів не мають процесуальних основ їх застосування (переговори, посередництво і т.д.). Іншими словами, виокремлюючи окрему частину як міжнародне економічне процесуальне право, її автори звужують увесь спектр засобів вирішення міжнародних спорів, які б могли застосовуватись до міжнародних економічних відносин, лише до тих, що врегульовані процедурними нормами – міжнародного арбітражу та міжнародної судової процедури. Водночас це абсолютно не відповідає ні теорії міжнародного права, ні сучасній практиці вирішення міжнародних економічних спорів. Більш того, автори цієї концепції наполягають, що існує міжнародне публічне процесуальне право, і міжнародне економічне процесуальне право є частиною не міжнародного економічного права, а саме міжнародного публічного процесуального права<sup>16</sup>. З огляду на вищезазначене щодо міжнародного процесуального права зрозуміло, що таке звужувальне тлумачення міжнародного економічного процесуального права не відповідає навіть заявленому змісту міжнародного процесуального права.

Таким чином, підсумовуюче зазначене вище, можемо зробити висновок, що сучасна ситуація в міжнародному кримінальному праві та праві прав людини свідчить про те, що принцип мирного вирішення міжнародних спорів вже не може розглядатись як всеосяжний принцип сучасного міжнародного права, що забезпечує врегулювання міжнародних розбіжностей. Ситуація в зазначених галузях міжнародного права характеризується поширенням розбіжностей, які мають характер не спору, а переслідування держав індивідами (або навпаки) задля притягнення до відповідальності та поновлення порушених прав. Таким чином, можна говорити про те, що в сучасному міжнародному праві принцип мирного вирішення міжнародних спорів має бути щонайменше доповнений принципом захисту прав та інтересів суб'єктів міжнародних правовідносин.

<sup>1</sup> Пушмин Э. А. Мирные средства разрешения международных споров / Э. А. Пушмин. – Ярославль, 1981. – С. 18.

<sup>2</sup> Handbook on the Peaceful Settlement of the International Disputes. – United Nations, New York, 1992. – P. 3.

<sup>3</sup> Устав Организации Объединенных Наций от 26 июня 1945 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.un.org/ru/charter-united-nations/index.html>

<sup>4</sup> Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії : підруч. / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 234.

<sup>5</sup> Международное публичное право : учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. / под ред. К. А. Бекяшева. – М. : ПБОЮЛ Грачев С. М., 2001. – С. 67.

<sup>6</sup> Пушмин Э. А. Вказана праця. – С. 13.

<sup>7</sup> Там само. – С. 18.

<sup>8</sup> The Nuremberg Trial, Decision, 6 F.R.D. 69 : 1946 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.uniset.ca/other/cs4/6FRD69.html>

<sup>9</sup> Sohn L. The New International Law: Protection of the Rights of Individuals rather than States / L. Sohn // American University Law Review. – 1982. – Vol. 32. – No. 1. – P. 4.

<sup>10</sup> Устав Организации Объединенных Наций от 26 июня 1945 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.un.org/ru/charter-united-nations/index.html>

<sup>11</sup> Всеобщая декларация прав человека: Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № 217 А (III) : от 10 декабря 1948 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/declhr.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml)

<sup>12</sup> ECHR in facts & figures 2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.echr.coe.int/Documents/Facts\\_Figures\\_2013\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2013_ENG.pdf)

<sup>13</sup> Арановский К. В. Государственное право зарубежных стран : учеб. пособ. / К. В. Арановский. – М. : ИД «Форум»; Инфра-М, 2000. – С. 386.

<sup>14</sup> Международное публичное право : учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. / под ред. К. А. Бекяшева. – М. : ПБОЮЛ Грачев С. М., 2001. – С. 597.

<sup>15</sup> Вельяминов Г. М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс) : учеб. / Г. М. Вельяминов. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – С. 401.

<sup>16</sup> Там само.

## Резюме

**Тропін З. В. Сучасна основа вирішення міжнародних спорів: принцип мирного вирішення міжнародних спорів чи принцип захисту прав та інтересів суб'єктів міжнародних правовідносин.**

У запропонованій статті автор доходить висновку, що практика вирішення міжнародних спорів у таких галузях міжнародного права, як міжнародне кримінальне право та міжнародне право прав людини, свідчить про те, що принцип мирного вирішення міжнародних спорів вже не може розглядатись як всеосяжний принцип сучасного міжнародного права, що забезпечує врегулювання міжнародних розбіжностей. На думку автора, ситуація в зазначених галузях міжнародного права характеризується поширенням розбіжностей, які мають характер не спору, а переслідування держав індивідами (або навпаки) задля притягнення до відповідальності та поновлення порушених прав. Таким чином, можна говорити, про те, що в сучасному міжнародному праві принцип мирного вирішення міжнародних спорів має бути щонайменше доповнений принципом захисту прав та інтересів суб'єктів міжнародних правовідносин.

**Ключові слова:** міжнародний спір, принцип мирного вирішення міжнародних спорів, міжнародне право прав людини, міжнародне кримінальне право, Статут ООН.

Резюме

**Тропин З. В. Современная основа разрешения международных споров: принцип мирного разрешения международных споров или принцип защиты прав и интересов субъектов международных правоотношений.**

В статье автор приходит к выводу, что практика разрешения международных споров в таких отраслях международного права, как международное уголовное право и международное право прав человека указывает на то, что принцип мирного разрешения международных споров уже не может рассматриваться как всеобъемлющий принцип современного международного права, который обеспечивает урегулирование международных разногласий. По мнению автора, ситуация в этих отраслях международного права характеризуется распространением разногласий, которые имеют характер не спора, а преследования государств индивидами (или наоборот) с целью привлечения к ответственности и возобновления нарушенных прав. Таким образом, можно говорить о том, что в современном международном праве принцип мирного разрешения международных споров должен быть дополнен принципом защиты прав и интересов субъектов международных правоотношений.

**Ключевые слова:** международный спор, принцип мирного разрешения международных споров, международное право прав человека, международное уголовное право, Устав ООН.

Summary

**Tropin Z. Contemporary basis of settlement of international disputes: principle of peaceful settlement of international disputes or principle of protection of rights and interests of subjects of international legal relations.**

At the present article author comes to conclusion that practice of dispute settlement in such spheres of international law as criminal law and human rights law indicates that principle of peaceful settlement of international disputes could not be considered as comprehensive principle of contemporary international law which ensures settlement of international controversies. At author's opinion situation within the indicated spheres of international law is characterised with spreading of controversies which are not disputes but prosecution of states by individuals (or vice versa) aiming to bring to responsibility and restore breached rights. Thus, in contemporary international law principle of peaceful settlement of international disputes is to be at least supplemented with principle of protection of rights and interests of subjects of international legal relations.

**Key words:** international dispute, principle of peaceful settlement of international disputes, international criminal law, international human rights law, UN Charter.

УДК 341.29:339.74

**О. О. ХАРЧУК, О. О. БІЛИЙ**

*Олександр Олександрович Харчук, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

*Олександр Олександрович Білий, студент VI курсу Київського університету права НАН України*

## ГРУПА СВІТОВОГО БАНКУ В СИСТЕМІ МІЖНАРОДНИХ ВАЛЮТНО-КРЕДИТНИХ ІНСТИТУЦІЙ

Валютно-кредитні інституції – дієвий регулятор у стимулюванні економік держав у контексті процесів глобалізації. Саме такі інституції запроваджують та регулюють умови дієвості й ефективності міжнародного економічного порядку з метою збереження фінансової, економічної та кредитної рівноваги між державами. Створення міцної та ефективної системи забезпечення безперервного функціонування валютно-фінансової сфери розглядають сьогодні не лише з точки зору забезпечення загального розвитку світової економіки, але і як обов'язкові фактори, що гарантують у майбутньому безпеку та політичну стабільність на державному, регіональному й універсальному рівнях. Тому сучасна система міжнародного валютно-фінансового співробітництва все більше активізувала роль міжнародних валютно-кредитних організацій. Внаслідок такої активізації відбувається посилення не тільки політичної, а й економічної взаємозалежності держав світу. Відтак, актуальність обраної тематики пояснюється тим, що існує необхідність вивчення питомої ваги та ролі валютно-кредитних інституцій Групи Світового банку в інституційному механізмі міжнародних фінансових відносин, оскільки саме ці організації значною мірою впливають на світову економіку та міжнародні господарські зв'язки.

Питанню діяльності та перспектив розвитку Групи Світового банку в системі міжнародних валютно-кредитних організацій приділяли увагу такі вітчизняні вчені, як: В. Д. Базилевич, О. Г. Білорус, С. Я. Боринець, А. С. Гальчинський, О. Я. Доліновська, О. І. Дунас, П. С. Єщенко, І. О. Лютий, Ю. Л. Наконечна, А. В. Пешко, Н. С. Рязанова, В. В. Салтинський, А. Д. Філіпенко, К. І. Шишкіна, Н. О. Якубовська та ін. Серед іноземних науковців, що досліджували цю тематику, слід відзначити: Л. Бальцеровича, Т. Едісона, А. Зіденберга, Т. Кіліка та ін.

**Мета** статті полягає у проведенні аналізу ролі Групи Світового банку в системі міжнародних валютно-кредитних інституцій.

Група Світового банку (англ. – The World Bank Group) – міжнародне фінансове об'єднання валютно-кредитних організацій, мета яких полягає у наданні фінансової допомоги державам для подальшої інтеграції у міжнародну економіку та сприянню тривалому економічному зростанню і зниженню рівня бідності у країнах, що розвиваються. До Групи Світового банку входять: Міжнародний банк реконструкції та розвитку (англ. – International Bank for Reconstruction and Development), Міжнародна фінансова корпорація (англ. – International Finance Corporation), Міжнародна асоціація розвитку (англ. – International Development Association), Багатостороннє агентство гарантій та інвестицій (англ. – Multilateral Investment Guarantee Agency) та Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів (англ. – International Centre for Settlement of Investment Disputes). Термін «Світовий банк» позначає два юридично та фінансово окремі поняття: Міжнародну асоціацію розвитку і Міжнародний банк реконструкції та розвитку, в той час як термін «Група Світового банку» використовується для позначення усіх п'яти установ.

Діяльність Групи Світового банку зосереджена на зменшенні бідності і підвищенні життєвих стандартів країн-членів, шляхом сприяння економічному розвитку останніх, допомога в реконструкції господарства країн, що розвиваються, заохочення розвитку приватного сектора, заохочення іноземного інвестування<sup>1</sup>.

Варто зазначити, що Група Світового банку володіє необхідними можливостями (авторитетом, капіталом, досвідом), щоб впливати на політику допомоги і політику в галузі розвитку «бідних» країн. Президент Сполучених Штатів Америки Герберт Гувер говорив: «неможливо обговорювати мир у всьому світі, поки не вжито адекватних заходів для зменшення страху голоду»<sup>2</sup>. Тому діяльність Групи Світового банку є однією з найвпливовіших у світі платформ для кооперації зусиль розвинених країн щодо допомоги країнам, що розвиваються.

Формування інституційної структури Групи Світового банку відбулося у 1944 р. на Валютно-фінансовій конференції Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) у Бреттон-Вудсі шляхом укладення міжнародних угод про створення Міжнародного банку реконструкції та розвитку, а також Міжнародного валютного фонду<sup>3</sup>.

Міжнародний банк реконструкції та розвитку (далі – МБРР) – це міжнародна валютно-кредитна організація, найпотужніший світовий інвестиційний інститут, який об'єднує 188 країн. Спочатку діяльність МБРР була пов'язана з кредитуванням розвинутих країн, насамперед європейських, що постраждали під час Другої світової війни. У 50-ті рр. ХХ ст. МБРР почав спеціалізуватись на фінансуванні «проектів розвитку» в галузі сільського господарства, будівництва і промисловості, збільшувати кількість кредитів для «структурного регулювання», тобто на повну перебудову економіки. Після відбудови економік країн-членів, а також внаслідок появи великої групи нових держав, що звільнились від колоніальної залежності, цілі й функції МБРР змінюються<sup>4</sup>.

Відповідно до ст. 1 Статей Угоди 1945 р. основними цілями МБРР (англ. – IBRD Articles of Agreement) є: сприяння державам-членам в розвитку економіки шляхом надання їм довгострокових позик і кредитів; заохочення іноземного інвестування через надання гарантій або участь в позиках та інших інвестиціях приватних кредиторів; стимулювання тривалого збалансованого зростання міжнародної економіки<sup>5</sup>.

За обсягом капіталу і масштабами операцій МБРР є найбільшим банком світу, а процентна ставка за його облігаціями суттєво впливає на міжнародний рух капіталу. МБРР тісно взаємодіє з МВФ, особливо коли надаються кредити під зобов'язання держави («обумовлені кредити») реалізувати рекомендації цих організацій. Такі кредити надаються терміном до 25 років на умовах ставки з плаваючими відсотками, яка переглядається кожних півроку. Членство у МБРР є відкритим для всіх членів МВФ.

У середині ХХ ст. постала необхідність створити інститут, структурно пов'язаний з банком, який би зосередився на допомозі країнам, що розвиваються. З цією метою в 1956 р. була утворена Міжнародна фінансова корпорація (далі – МФК). Відповідно до ст. 1 Статей Угоди МФК (англ. – Articles of Agreement of IFC) мета діяльності МФК полягає у сприянні економічному розвитку шляхом підтримки зростання продуктивності приватного підприємництва в країнах-членах корпорації, передусім у найменш розвинених регіонах. У співпраці з приватними інвесторами МФК допомагає фінансувати створення, вдосконалення й розширення приватних підприємств з високою продуктивністю, сприяє розвитку країн-членів корпорації завдяки капіталовкладенням без гарантії їх погашення відповідними урядами. До ресурсів МФК входить статутний капітал, продаж участі в кредитах банкам та іншим фінансовим установам, перепродаж цінних паперів, позики і дотації від МБРР<sup>6</sup>.

Для сприяння економічним перебудовам у найменш розвинутих країнах в 1960 р. розпочала діяльність Міжнародна асоціація розвитку (далі – МАР). У 1961 р. МАР отримала статус спеціалізованої установи ООН. Цілями Асоціації відповідно до ст. 1 Статті угоди МАР (англ. – Articles of Agreement of the International Development Association) є сприяння економічному розвитку, зростання продуктивності і, тим самим, рівня життя в менш розвинутих регіонах світу, охоплених членством в МАР, зокрема шляхом надання коштів для задоволення їх нагальних потреб у галузі розвитку на умовах, які є більш гнучкими та менш обтяжливими для платіжного балансу порівняно з умовами звичайних позик, сприяючи, таким чином, досягненню завдань Міжнародного банку реконструкції та розвитку<sup>7</sup>.

Для досягнення мети МАР надає безвідсоткові кредити на термін від 35 до 40 років, погашення яких починається з одинадцятого року від початку їх отримання. Зазначимо, що Асоціація надає позики лише урядам дуже бідних країн, чий ВВП на душу населення нижчий 1200 дол. США. Важливою особливістю є те, що членами МАР можуть бути лише члени МБРР.



Соціально-політична нестабільність у деяких регіонах робить інвестування занадто ризикованим. Щоб унеможливити своїх учасників від фінансових втрат, Світовий банк формує в 1988 р. організацію, яка б гарантувала відшкодування можливих втрат від некомерційних ризиків, Багатосторонню агенцію з гарантій інвестицій (далі – БАГІ). БАГІ засноване в 1988 р. Відповідно до ст. 2 Конвенції про заснування БАГІ (англ. – Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency) основними завданнями є: стимулювати потік інвестицій у вигідних цілях між країнами-членами та особливо в країни, що розвиваються, «доповнюючи таким чином діяльність МБРР, МФВ та інших міжнародних фінансових установ розвитку»<sup>8</sup>.

З проблемами інвестування пов'язано утворення в 1966 р. Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів (далі – МЦУІС). Відповідно до ст. 1 Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами від 18 травня 1965 р. (англ. – Convention On The Settlement of Investment Disputes Between States And Nationals Of Other States) МЦУІС сприяє збільшенню потоків міжнародних інвестицій шляхом надання послуг з арбітражного розгляду і урегулювання суперечок між урядами і іноземними інвесторами. Особливе значення приділяється доступності міжнародних засобів примирення або арбітражу, до яких Договірні держави та особи інших Договірних держав можуть звернутись, якщо вони забажають встановити такі засоби під егідою Міжнародного банку реконструкції та розвитку<sup>9</sup>.

Попри те, що Світовий банк, використовуючи механізм надання кредитів, намагається розв'язати глобальні завдання розвитку людства, його діяльність протягом тривалого часу критикується неурядовими організаціями та науковцями, серед яких чільне місце займає нобелівський лауреат з економіки і колишній головний економіст Світового банку Джозеф Стігліц. Зокрема, Дж. Стігліц назвав помилковою економічну політику, розроблену МФВ, Світовим банком та економістами в американському уряді. На його думку, якщо б цієї політики слідували самі США, значного економічного зростання не відбулося б. Він також вказав на те, що Росія слідувала рекомендаціям і зазнала падіння реальних доходів населення, а Китай не прийняв їх і переживає економічне піднесення<sup>10</sup>.

Аналіз розвитку світової економіки засвідчує, що програми Світового банку в тому вигляді, як він їх формулював, не забезпечували стійкого і справедливого розвитку економіки. У зв'язку з цим почав наростати тиск на Банк з боку різноманітних громадських організацій. Неурядові організації на національному та міжнародному рівні стали домагатися відкритого і демократичного розгляду рішень, альтернативних політиці Світового банку.

У 2010 р. Комісія Конгресу США провела оцінку результатів діяльності міжнародних фінансових організацій і дійшла висновку, що 60 % проектів Світового банку завершилися невдало. Світовий банк покликаний боротися з бідністю, але за останні п'ять років лише 1 % кредитів отримали «бідні» держави. За цей час рівень бідності у світі дещо знизився, проте це не можна пояснювати лише діяльністю Світового банку. Успіхів досягли держави, які практично не отримували фінансової допомоги Світового банку. У тих країнах, що отримали основні пакети допомоги, не тільки не було успіхів у боротьбі з бідністю, але ситуація навіть погіршилася.

Дослідницький інститут США The Heritage Foundation проаналізував, який вплив справили на найбідніші країни кредити Світового банку. За період з 1980 р. по 2013 р. його кредити та гранти отримали 105 «бідних» держав. У результаті в 39 країнах валовий внутрішній продукт зменшився, в 17 – зростання ВВП було мінімальним (від нуля до 1%), в 33-х – помірним (1–4 %). Лише 12 одержувачів допомоги змогли істотно збільшити темпи економічного розвитку. Ще гірша ситуація склалася в Африці. Тут гроші Світового банку отримали 48 держав, лише три з них успішно розвивалися, в 23 спостерігався економічний спад<sup>11</sup>.

Отже, зробивши комплексний та системний аналіз інституційної структури Групи Світового банку в контексті валютно-кредитних інституцій, доречно було б виокремити характерні ознаки зазначених міжнародних інституцій.

1. Усі інституції, які входять в Групу Світового банку, є самостійними міжнародними організаціями. МАР, МБРР, МФК, БАГІ та МЦУІС і володіють повною міжнародно-правовою правосуб'єктністю. Правоздатність міжнародних організацій включає в себе право: а) укладати договори; б) набувати та володіти рухомим та нерухомим майном; в) встановлювати порядок здійснення процесуальних дій. Оскільки вони наділені міжнародною правосуб'єктністю, відповідно мають статус суб'єкта міжнародного права.

2. Попри те, що інституції в Групі Світового банку мають різні напрями діяльності, перелік функцій, зазначений в Угодах про заснування кожної інституції, теж відрізняється, їх поєднує спільна мета – доповнювати діяльність МБРР. Крім того, валютно-кредитні інституції (МАР, МФК, БАГІ та МЦУІС) своїм місцезнаходженням визначають штаб-квартиру МБРР. Угоди про заснування зазначених міжнародних організацій закріплюють не тільки юридичну, а й їх фінансову незалежність від МБРР.

Доречно було б підкріпити ці твердження положеннями Розділу 6 Статей угоди МФК: «Корпорація є організацією, окремою і відмінною від Банку, а грошові кошти Корпорації розміщуються окремо від грошових коштів Банку. Жодне з положень цієї Угоди не накладає на Корпорацію відповідальність за дії або зобов'язання Банку і не накладає на Банк відповідальність за дії або зобов'язання Корпорації»<sup>12</sup>.

Крім того, рецепцію цих положень у Статтях угоди МАР висвітлено в наступному: «Асоціація є самостійною і відмінною від Банку організацією, та її засоби утримуються окремо від коштів Банку. Асоціація не бере позики в Банку і не надає позики Банкові. Жодне з положень цієї Угоди не накладає на Асоціацію відповідальність за дії або зобов'язання Банку або відповідальність на Банк за дії або зобов'язання Асоціації».

Однак, наділяючи МЦУІС повною міжнародно-правовою правосуб'єктністю, держави-засновниці, на відміну від інших міжнародних організацій-членів групи МБРР, інакше врегулювали фінансові взаємовідно-

сини Центру з МБРР: «Якщо витрати Центру не покриваються за рахунок наданих ним послуг або інших надходжень, то в частині, що перевищує доходи, вони будуть покриватися за рахунок Договірних держав, членів Банку пропорційно відповідним часткам їх участі в капіталі Банку».

3. Фінансова самостійність МБРР та функціонуючих під його егідою міжнародних організацій обумовлена їх координацією діяльності у широкому спектрі напрямів співпраці. Вони мають схожу внутрішню ієрархічну структуру органів, яка очолена Президентом Світового банку, та спільний адміністративний персонал. Важливим є той факт, що Президент Світового банку одночасно є Президентом МФК, МАР, БАГІ та МЦУІС. Один і той самий склад виконавчих директорів керує МБРР, МФК, МАР, однак БАГІ має окрему Раду директорів, але більшість членів останньої входять одночасно до складу виконавчих директорів МБРР.

4. Заслугує на увагу думка І. Б. Кудас, що в сучасній міжнародній фінансовій системі існує окрема інтеграційна структура, яка включає в себе п'ять юридично незалежних міжнародних фінансових організацій. Вони пов'язані між собою спільними цілями, спрямованими на забезпечення виконання цілей МБРР. Ці інституції мають єдину адміністративну систему управління та спільний інститут членства та, таким чином, функціонують в якості єдиного цілого, з одного боку. І ця міжнародна структура визнається єдиним цілим з боку суб'єктів міжнародного права.

Зазначена вище концепція, безперечно, заслуговує на увагу, оскільки діяльність Групи Світового банку в системі валютно-кредитних інституцій наводить беззаперечні докази того, що саме Група Світового банку – це приклад інтеграційних процесів, які спостерігаються в сучасній міжнародній економічній системі, в межах якої міжнародне співтовариство бореться з викликами ХХІ ст., зокрема у валютно-кредитних та фінансових відносинах.

Таким чином, в умовах глобалізації першочерговим завданням Групи Світового банку має стати вдосконалення фінансових і розширення інформаційних послуг задля повного задоволення потреб відповідних країн-реципієнтів та спрощення їх подальших відносин з міжнародними фінансово-кредитними інституціями. Група Світового банку тісно співпрацює з МВФ, який спрямовує свою діяльність на вирішення поточних економічних проблем, цим самим фактично спільно здійснюючи перерозподіл фінансових ресурсів між «багатими» країнами та «бідними».

Також під час дослідження було з'ясовано, що діяльність Світового банку неодноразово зазнавала критики і в цьому руслі заслуговує на увагу думка американського вченого Майкла Голдмана, який у своїй праці зазначив: «В даний час виникла гостра необхідність реформування міжнародних фінансових інститутів в напрямку демократизації прийнятих рішень і посилення впливу країн, що розвиваються, в діяльності МВФ і Світового банку».

<sup>1</sup> Світовий банк: від реконструкції до розвитку / Н. О. Якубовська // Актуальні проблеми держави і права. – 2012. – Вип. 63. – С. 508–513 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp\\_2012\\_63\\_78](http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2012_63_78)

<sup>2</sup> *Lauren P. G.* The Evolution of International Human Rights / P. G. Lauren. – University of Pennsylvania Press, 2003. – 94 p.

<sup>3</sup> *Gardner R. N.* The Bretton Woods-GATT System After Sixty-Five Years: A Balance Sheet of Success and Failure // Columbia Journal of Transnational Law. – 2008. – Vol. 47. – № 31. – P. 32–71.

<sup>4</sup> *Долиновська О. Я.* Співробітництво України та Світового банку / О. Я. Долиновська // Культура народів Причорномор'я. – 2012. – № 235. – С. 34–38 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dspace.nbuv.gov.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/59194/10>

<sup>5</sup> Articles of Agreement of IBRD : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://siteresources.worldbank.org/EXTAOUTUS/Resources/ibrd-articlesofagreement.pdf>

<sup>6</sup> Міжнародні фінансові організації та їх значення для економічного розвитку країн : наукове видання / М. Г. Лобас // Агроінком : науково-практичне видання. – 2010. – № 4. – С. 10–12 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.nbuv.gov.ua/old\\_jrn/chem\\_biol/Agroin/2010\\_4-6/LOBAS.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/chem_biol/Agroin/2010_4-6/LOBAS.pdf)

<sup>7</sup> Articles of Agreement of the International Development Association : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2source?lang=eng&srchtxt=ARTICLESAGREEMENT20INTERNATIONAL20DEVELOPMENT20ASSOCIATION>

<sup>8</sup> Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.miga.org/Documents/MIGA%20Convention%20February%202016.pdf>

<sup>9</sup> Convention On The Settlement of Investment Disputes Between States And Nationals Of Other States : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://m.likumi.lv/doc.php?id=44335>

<sup>10</sup> Goldman, Michael. Imperial Nature: The World Bank and Struggles for Social Justice in the Age of Globalization. – New York : Yale University Press, 2005 p. – P. 52–54.

<sup>11</sup> Всемирный банк: направления деятельности, критика его политики. Информационно-аналитический бюллетень № 98 CiG Business Consulting : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.cig-bc.ru/library/74190/91354/](http://www.cig-bc.ru/library/74190/91354/)

<sup>12</sup> Articles of Agreement of IFC : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/CORP\\_EXT\\_Content/IFC\\_External\\_Corporate\\_Site/About+IFC\\_New/IFC+Governance/Articles](http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/CORP_EXT_Content/IFC_External_Corporate_Site/About+IFC_New/IFC+Governance/Articles)

## Резюме

**Харчук О. О., Білий О. О. Група Світового банку в системі міжнародних валютно-кредитних інституцій.**

Авторами розглянуто діяльність Групи Світового банку в системі міжнародних валютно-кредитних інституцій в умовах глобалізації. Проаналізовано інституційний механізм Групи Світового банку та удосконалено термін «Група Світового банку». Наведено характерні риси, які притаманні фінансовому об'єднанню в системі міжнародних валютно-кредитних відносин.

**Ключові слова:** валютно-кредитні інституції, Група Світового банку, МБРР, МФК, БАГІ, МЦУІС, МАР.

Резюме

*Харчук А. А., Більй А. А. Група Всемирного банка в системе международных валютно-кредитных институтов.*

Авторами рассмотрена деятельность Группы Всемирного банка в системе международных валютно-кредитных институтов в условиях глобализации. Проанализированы институциональные механизмы Группы Всемирного банка, а также усовершенствовано определение «Группа Всемирного банка». Приведены характерные черты, которые присущи финансовому объединению в системе международных валютно-кредитных отношений.

**Ключевые слова:** валютно-кредитные институты, Группа Всемирного банка, МБРР, МФК, БАГИ, МЦУИС, МАР.

Summary

*Kharchuk O., Bilyi O. World Bank Group in the System of International Monetary Institutions.*

The authors considered the activities of the World Bank Group in the international monetary institutions in the context of globalization. Analyzed the institutional mechanism of the World Bank and improved the term “World Bank Group”. The lists of characteristics are inherent in financial unification in international monetary relations.

**Key words:** monetary institutions, the World Bank Group, IBRD, IFC, MIGA, ICSID, IDA.

УДК 341.232 : 323.28

**В. В. ГРАЧОВА**

*Вікторія Вікторієна Грачова, заступник начальника кафедри Воєнно-дипломатичної академії імені Євгенія Березняка*

**ПОНЯТТЯ УНІВЕРСАЛЬНИХ АНТИТЕРОРИСТИЧНИХ ДОГОВОРІВ**

Глобалізація створила новий контекст міжнародної безпеки, в якому невід’ємним чинником є загальносвітове співробітництво у протидії глобальним загрозам, серед яких надзвичайно гостро постала загроза тероризму. Зокрема, як слушно підтвердила Рада Безпеки (далі – РБ) Організації Об’єднаних Націй (далі – ООН) в резолюції 2322 (2016) від 12 грудня 2016 р., тероризм можна перемогти лише шляхом застосування підходу, який передбачає «активну участь та співробітництво всіх держав»<sup>1</sup>. При цьому глобалізація помітно проявляється в міжнародно-правовій сфері. Завдяки міжнародному праву, зокрема, запроваджуються єдині моделі поведінки держав з метою спільного вирішення ними проблем міжнародного миру та безпеки. У цьому контексті вагомому роль відіграють універсальні міжнародні договори, які впорядковують глобальне співробітництво держав у боротьбі з тероризмом (сучасна універсальна договірно-правова антитерористична база нині включає 19 відповідних угод, укладених з 1963 р. по 2014 р.). Певні аспекти договірно-правового регулювання міжнародної боротьби з тероризмом розглядали В. Ф. Антипенко, Т. С. Бояр-Созонович, Л. Н. Галенська, Ю. С. Горбунов, Х. Даффі, Н. А. Зелінська, В. О. Іващенко, Є. Г. Ляхов та О. В. Попов, Б. Сол та інші науковці. Водночас аналіз наукових праць свідчить, що це питання потребує окремого розгляду в контексті глобалізації, передусім з погляду виокремлення універсальних договорів у сфері боротьби з тероризмом як специфічної групи міжнародних угод та з’ясування їх особливостей. Це сприятиме розв’язанню важливих наукових та практичних завдань у сфері сучасного міжнародно-правового регулювання боротьби з тероризмом, пов’язаних із впорядкуванням відповідної наукової термінології, розкриттям особливостей договірно-правового регулювання цієї боротьби в умовах глобалізації, систематизацією сучасної універсальної договірно-правової антитерористичної бази тощо. Зважаючи на вказане, **метою** статті є обґрунтування необхідності запровадження поняття «універсальні антитерористичні договори» та визначення його змісту.

Визначальним чинником у процесі розвитку міжнародних відносин та механізму їх правового впорядкування в умовах глобалізації, на нашу думку, є виникнення широкого кола спільних інтересів держав у протидії єдиним загрозам міжнародному миру та безпеці і формування міжнародного співтовариства як єдиної світової спільноти, об’єднаної цими інтересами. Оскільки сучасні загрози міжнародному миру та безпеці зачіпають загальносвітову систему міжнародних відносин, її нормальне функціонування має бути забезпечене спільними зусиллями всіх держав, і найбільш дієвим шляхом організації міжнародної співпраці у протидії їм постає правове регулювання на рівні міжнародного співтовариства. Це зумовило розширення сфери міжнародно-правового регулювання, яка «стала універсальною, охоплюючи відносини між всіма державами»<sup>2</sup>, та, відповідно, зростання кількості і ролі універсальних правових норм. Також розширився спектр питань, вирішення яких потребує загальносвітової участі, й загалом визначною тенденцією в умовах глобалізації є універсальна міжнародно-правового регулювання<sup>3</sup> у вирішенні нагальних проблем міжнародного миру та безпеки. Тому І. І. Лукашук обґрунтовано наголошував, що «міжнародне право стане правом міжнародного співтовариства»<sup>4</sup>, а сучасна західна дослідниця Г. Блум відзначила «рух у напрямку універсального



законодавства», який ґрунтується на тому, що «глобальні проблеми потребують глобальних рішень»<sup>5</sup>. Водночас важливим є зв'язок між універсальними та іншими міжнародно-правовими нормами.

Важливе місце нині посідають саме договірно-правові універсальні норми (до ознак універсальної правової норми вченими віднесено «глобальність дії», «всезагальна обов'язкова сила», «створення та скасування міжнародним співтовариством загалом»<sup>6</sup>, її призначення «для регулювання питань, які становлять інтерес для всіх держав»<sup>7</sup>). При цьому Г. І. Тункін наприкінці ХХ ст. запропонував погодитися з тим, що «загальне міжнародне право тепер включає як звичаєві, так і договірні норми міжнародного права»<sup>8</sup>. Зважаючи на об'єктивні переваги договірно-правового регулювання міжнародних відносин, міжнародний договір став найбільш поширеним інструментом їх впорядкування та забезпечення їх прогнозованого розвитку, він виконує виключно важливу роль у забезпеченні співробітництва держав у сфері підтримання міжнародного миру та безпеки. У поєднанні зі складністю формування відповідної звичаєвої практики у вказаній сфері це висуває норми міжнародних договорів в якості головного регулятора при вирішенні ключових безпекових проблем у світі.

Отже, на сучасному етапі найважливішою є роль міжнародних договорів, які призначені для забезпечення міжнародного співробітництва на основі узгодження дій всіх держав. Для їх позначення вжиті терміни: «загальний багатосторонній договір», «договір універсального характеру», «універсальний договір». Н. М. Ульянова слушно вказала, що в останній із назв «прикметником «універсальний» ніби констатується фактично досягнута універсальність, що передбачає участь у ньому більшості або переважної більшості держав»<sup>9</sup>. Однак ця ознака не є визначальною, тому, з нашого погляду, Г. Блум влучно охарактеризувала «універсальні договори» як такі, «що запрошують міжнародне співтовариство загалом приєднатися до них, і, таким чином, принаймні в устремлінні, спрямовані на універсальну участь»<sup>10</sup>. Універсальність як специфічна риса окремої групи міжнародних угод тісно пов'язана з потребою у здійсненні правового регулювання на рівні усього міжнародного співтовариства, й особлива роль цих угод полягає в тому, що на їх основі має здійснюватися подолання проблем, що зачіпають всі держави. У зв'язку з цим універсальність міжнародного договору, природно, визначається наявністю об'єкта, який становить правомірний інтерес для всіх держав, що зумовлює спрямованість такого договору на створення загальної норми права, яка забезпечує правове регулювання задля реалізації цього інтересу. Відповідно, змістовними рисами такого договору є те, що він «присвячується питанням, що зачіпають інтереси усіх держав та вимагають регулювання на універсальній основі», і «спрямований на створення універсальних норм», із чого й випливає те, що він «призначається для універсальної участі держав»<sup>11</sup>. Універсальні міжнародні угоди постають найбільш оперативним, чітким та цілеспрямованим засобом створення актуальних норм загального міжнародного права, і їм належить важлива роль у процесі його кодифікації та прогресивного розвитку. У поєднанні з основними принципами сучасного міжнародного права ці угоди формують його ядро та забезпечують реалізацію глобального співробітництва.

Таким чином, боротьба з тероризмом як із загрозою для всіх держав передусім потребує універсальної договірно-правової бази. У процесі її формування перелік відповідних угод, укладених державами, був включений, наприклад, до Декларації про заходи з ліквідації міжнародного тероризму, затвердженої резолюцією Генеральної Асамблеї (далі – ГА) ООН 49/60 від 9 грудня 1994 р.<sup>12</sup>; Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму від 9 грудня 1999 р.<sup>13</sup>; Доповіді ГС ООН від 27 липня 2010 р.<sup>14</sup> тощо. Однак у доктринальній базі, міжнародно-правових та інших документах не було вироблено єдиного та чіткого поняття цих договорів. Зокрема, у наукових джерелах були згадані «універсальні міжнародні договори про протидію тероризму»<sup>15</sup>, «універсальні антитерористичні конвенції та протоколи»<sup>16</sup>, «універсальні договори проти тероризму»<sup>17</sup>; тоді як ГА ООН вказала на відповідні міжнародні угоди, «які стосуються різноманітних аспектів проблеми міжнародного тероризму»<sup>18</sup>, а РБ ООН – міжнародні угоди щодо «протидії тероризму»<sup>19</sup> та «боротьби з тероризмом»<sup>20</sup>, тощо. Ця ситуація актуалізувала потребу у закріпленні єдиного поняття відповідних міжнародних договорів.

Їх особливістю є те, що вони переважно стосуються боротьби з незаконними актами, які не мають ознак власне тероризму, а також запобігання здійсненню терористичної діяльності загалом<sup>21</sup>. У процесі міжнародного співробітництва сформувався підхід, згідно з яким ці договори розглядаються як антитерористичні, спрямовані на боротьбу з тероризмом. У зв'язку з цим М. В. Прокоф'єв, зокрема, вказав на «універсальні конвенції, що розглядаються міжнародним співтовариством в якості антитерористичних»<sup>22</sup>. На нашу думку, зважаючи на специфіку цих договорів та деякі існуючі формулювання для їх позначення, доцільно запровадити поняття «універсальні антитерористичні договори», яке охоплює окрему групу універсальних міжнародних угод, що розглядаються міжнародним співтовариством у якості антитерористичних і спрямовані на забезпечення глобального співробітництва держав у боротьбі з незаконними актами, що визначені в них. З нашого погляду, широке значення префікса «анти-»\* дає змогу відобразити спрямованість цих договорів як на забезпечення безпосередньої боротьби з незаконними актами, що розглядаються як прояви тероризму, так і на запобігання здійсненню терористичної діяльності загалом. Водночас, оскільки змістовно ці договори переважно не мають експліцитної антитерористичної спрямованості, така назва є певною мірою умовною, що відбиває прийнятий на універсальному рівні підхід, який, на нашу думку, закріплює певну умовність у розумінні тероризму. Вважаємо, що універсальним антитерористичним договорам притаманні такі суттєві ознаки: забезпечення регулювання боротьби з теро-

\* Префікс «anti-» («анти-»), зокрема, використовується для формування слів, які позначають: «призначений для того, щоби запобігти чомусь або знищити щось шкідливе» (див.: Collins COBUILD English learner's dictionary [Text] / The University of Birmingham ; [J. Sinclair (ed. in chief) [et al.]. – London : HarperCollins publishers, 1994. – P. 37).



ризмом як із загрозою, що зачіпає інтереси всіх держав; спрямованість на утворення універсальних міжнародно-правових антитерористичних норм; призначення для всезагальної участі<sup>\*</sup>; забезпечення на їх основі кодифікації та прогресивного розвитку загального міжнародного права у сфері боротьби з тероризмом; визначення міжнародно-правових основ цієї боротьби на регіональному та двосторонньому рівнях.

Зокрема, системність міжнародно-правового регулювання передбачає, що універсальні правові основи міжнародного співробітництва у сфері боротьби з тероризмом набувають конкретизації та розвитку в регіональних і двосторонніх договорах у цій сфері, і їх норми повинні відповідати основоположним нормам універсальних антитерористичних угод. Через потребу в узгодженості та координації цього співробітництва на універсальному, регіональному та двосторонньому рівнях міжнародні договори у вказаній сфері повинні виступати елементами більш широких регулятивних систем, наприклад, двосторонні антитерористичні договори мають розглядатися та реалізовуватися у контексті відповідних регіональних та універсальних правових регулятивних систем<sup>\*\*</sup>. Менш широкі системи міжнародно-правового регулювання, у свою чергу, здатні сприяти розвитку більш широких, у зв'язку з чим міжнародно-правові норми щодо боротьби з тероризмом на всіх цих рівнях є взаємопов'язаними та взаємообумовленими. Наприклад, у Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму від 16 травня 2005 р. поняття «терористичний злочин» дається шляхом посилення на злочини, визначені в універсальних антитерористичних договорах<sup>23</sup>. До неї також включено положення, які підтвердили та розвинули основні засади міжнародної боротьби з тероризмом, визначені на універсальному рівні. Зокрема, такими є положення про те, що терористичні злочини «за жодних обставин є не виправданими міркуваннями політичного, філософського, ідеологічного, расового, етнічного, релігійного або іншого подібного характеру», і що «уживаючи всіх заходів для недопущення терористичних злочинів і для боротьби з ними, необхідно поважати принцип верховенства права, демократичні цінності, права людини й основні свободи людини»; положення щодо зобов'язання держав «запобігати таким злочинам, та, якщо їх учинено, здійснювати переслідування й забезпечувати покарання винних, беручи до уваги тяжкий характер таких злочинів»<sup>24</sup>. Така узгодженість міжнародно-правового регулювання формує необхідну єдність поведінки держав у їх спільній боротьбі з тероризмом.

Таким чином, на підставі проведеного дослідження можна зробити висновок, що основним засобом міжнародно-правового регулювання боротьби з тероризмом в умовах глобалізації є універсальні антитерористичні договори, що постають як окрема група універсальних міжнародних угод, які розглядаються міжнародним співтовариством у якості антитерористичних і спрямовані на забезпечення глобального співробітництва держав у боротьбі з незаконними актами, визначеними у них. Специфіку цих договорів зумовлюють їх суттєві ознаки, що вказані у цій статті. Визначення поняття «універсальні антитерористичні договори» створює теоретичну та науково-термінологічну базу для подальшого дослідження сучасного договірно-правового регулювання боротьби з тероризмом на універсальному рівні у всій його багатоаспектності.

<sup>1</sup> Резолюція Совета Безопасности ООН 2322 (2016) от 12 декабря 2016 г. Док. ООН S/RES/2322 (2016) – С. 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/433/58/PDF/N1643358.pdf?OpenElement>

<sup>2</sup> Лукашук И. И. Международно-правовое регулирование международных отношений (системный подход) [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Международные отношения, 1975. – С. 104.

<sup>3</sup> Див. зокрема: Безбородов Ю. Універсализация та локалізація міжнародно-правового регулювання в умовах глобалізації [Текст] / Ю. Безбородов // Міжнародне право. – 2013. – № 1/2. – С. 22–27.

<sup>4</sup> Lukashuk I. I. The law of the international community [Text] / I. I. Lukashuk // International law on the eve of the twenty-first century. Views from the International law commission = Le droit international à l'aube du XXIe siècle. Réflexions de codificateurs / [Al-Baharna H. [et al.]. – New York : United Nations, 1997. – P. 51.

<sup>5</sup> Blum G. Bilateralism, multilateralism, and the architecture of international law [Text] / G. Blum // Harvard international law journal. – 2008. – Vol. 49. – № 2. – P. 348.

<sup>6</sup> Лукашук И. И. Международное право. Общая часть [Текст] : учеб. для студентов юрид. фак. и вузов / И. И. Лукашук ; Рос. акад. наук, Ин-т государства и права ; Академ. правовой ун-т. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – С. 142. – (Серия «Библиотека студента»).

<sup>7</sup> Ульянова Н. Н. Общие многосторонние договоры в современных международных отношениях (некоторые вопросы теории) / Н. Н. Ульянова ; Акад. наук УССР, Ин-т государства и права. – К. : Наукова думка, 1981. – С. 76.

<sup>8</sup> Tunkin G. Is general international law customary law only? / G. Tunkin // European journal of international law. – 1993. – № 1. – P. 541.

<sup>9</sup> Ульянова Н. Н. Вказана праця. – С. 188.

<sup>10</sup> Blum G. Op. cit. – P. 329.

<sup>11</sup> Ульянова Н. Н. Вказана праця. – С. 174, 179, 183.

\* У п. 1 ст. 15 Конвенції про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна, був дещо обмежений принцип універсальної участі держав у договорах, що становлять всезагальний інтерес (див.: Конвенція про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна, від 14 вересня 1963 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_244](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_244)). Універсальні антитерористичні договори, укладені пізніше, містять положення, згідно з якими вони відкриті для участі всіх держав.

\*\* Загалом І. І. Лукашук слушно вказував на «процес координації» міжнародних взаємовідносин на двосторонньому, регіональному та універсальному рівні, а також на те, що кожний міжнародний договір «повинен розглядатися й реалізовуватися як елемент системи більш високого порядку» (див.: Лукашук И. И. Международно-правовое регулирование международных отношений (системный подход) [Текст] / И. И. Лукашук. – М. : Международные отношения, 1975. – С. 130, 131).

<sup>12</sup> Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 49/60 от 9 декабря 1994 г. «Меры по ликвидации международного терроризма». Док. ООН A/RES/49/60. – С. 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/768/21/PDF/N9576821.pdf?OpenElement>

<sup>13</sup> Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму від 9 грудня 1999 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_518](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_518)

<sup>14</sup> Доклад Генерального секретаря ООН «Меры по ликвидации международного терроризма». Док. ООН A/65/175 от 27 июля 2010 г. – С. 28–29 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/465/95/PDF/N1046595.pdf?OpenElement>

<sup>15</sup> Настюк В. Я. Міжнародно-правовий режим протидії тероризму [Текст] / В. Я. Настюк, С. А. Трофімов ; Акад. правових наук України, Ін-т вивчення проблем злочинності ; Служба безпеки України, Ін-т оперативної діяльності та держ. безпеки. – Х. : Право, 2008. – С. 7.

<sup>16</sup> Зелинская Н. А. Международные преступления и международная преступность [Текст] / Н. А. Зелинская ; М-во образования и науки Украины, Одесская нац. юрид. акад. – Одеса : Юридична література, 2006. – С. 382.

<sup>17</sup> Bianchi A. Enforcing international law norms against terrorism: achievements and prospects [Text] / A. Bianchi // Enforcing international law norms against terrorism / ed. by A. Bianchi ; with the editorial assistance of Y. Naqvi. – HART publishing : Oxford [etc.], 2004. – P. 494. – (Studies in international law ; vol. 4).

<sup>18</sup> Див. зокрема: Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 46/51 от 9 декабря 1991 г. «Меры по ликвидации международного терроризма». Док. ООН A/RES/46/51 // Резолюции, принятые по докладам Шестого комитета. – С. 394 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/585/83/IMG/NR058583.pdf?OpenElement>

<sup>19</sup> Див. зокрема: Резолюція Совета Безопасности ООН 2195 (2014) от 19 декабря 2014 г. Док. ООН S/RES/2195 (2014). – С. 4 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/708/78/PDF/N1470878.pdf?OpenElement>

<sup>20</sup> Див. зокрема: Резолюция Совета Безопасности ООН 2309 (2016) от 22 сентября 2016 г. Док. ООН S/RES/2309 (2016). – С. 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/295/81/PDF/N1629581.pdf?OpenElement>

<sup>21</sup> У контексті останнього див.: Конвенція про маркування пластичних вибухових речовин з метою їх виявлення від 1 березня 1991 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_016](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_016); Конвенція о физической защите ядерного материала от 3 марта 1980 г. // United Nations treaty series. – 1987. – Vol. 1456. – С. 142–151 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.unodc.org/tldb/pdf/Conv\\_nuclear\\_material\\_1980\\_ru.pdf](https://www.unodc.org/tldb/pdf/Conv_nuclear_material_1980_ru.pdf); Поправка до Конвенції про фізичний захист ядерного матеріалу, від 8 липня 2005 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/951\\_013](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/951_013); Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму від 9 грудня 1999 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_518](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_518)

<sup>22</sup> Прокофьев Н. В. Многосторонние международные договоры в сфере борьбы с международным терроризмом (проблемы эффективности) [Текст] : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / Прокофьев Никита Викторович. – М., 2005. – С. 33.

<sup>23</sup> Конвенция Ради Европы про запобігання тероризму від 16 травня 2005 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994\\_712](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_712)

<sup>24</sup> Там само.

## Резюме

### Грачова В. В. Поняття універсальних антитерористичних договорів.

Стаття присвячена обґрунтуванню необхідності запровадження поняття «універсальні антитерористичні договори» та визначенню його змісту. Договірні-правове регулювання боротьби з тероризмом проаналізовано автором з погляду тенденцій глобалізації, яка створює новий контекст міжнародної безпеки та впливає на механізм правового впорядкування міжнародного співробітництва. Автором обґрунтовано, що в умовах глобалізації провідну роль у міжнародно-правовому регулюванні боротьби з тероризмом відіграють універсальні міжнародні договори у цій сфері. На основі аналізу загальнотеоретичних положень щодо універсального договірно-правового регулювання співробітництва держав та з урахуванням специфіки згаданих договорів автором запропоновано поняття «універсальні антитерористичні договори» та визначено його зміст.

**Ключові слова:** тероризм, глобалізація, міжнародно-правове регулювання боротьби з тероризмом, ООН, універсалізація міжнародно-правового регулювання, універсальні антитерористичні договори.

## Резюме

### Грачова В. В. Понятие универсальных антитеррористических договоров.

Статья посвящена обоснованию необходимости введения понятия «универсальные антитеррористические договоры» и определению его содержания. Договорно-правовое регулирование борьбы с терроризмом проанализировано автором с точки зрения тенденций глобализации, которая создает новый контекст международной безопасности и влияет на механизм правового упорядочивания международного сотрудничества. Автором обосновано, что в условиях глобализации ведущую роль в международно-правовом регулировании борьбы с терроризмом играют универсальные международные договоры в этой сфере. На основе анализа общетеоретических положений относительно универсального договорно-правового регулирования сотрудничества государств и с учетом специфики упомянутых договоров автором предложено понятие «универсальные антитеррористические договоры» и определено его содержание.

**Ключевые слова:** терроризм, глобализация, международно-правовое регулирование борьбы с терроризмом, ООН, универсализация международно-правового регулирования, универсальные антитеррористические договоры.

## Summary

### Grachova V. The concept of the universal anti-terrorist treaties.

The article is dedicated to the justification of the necessity to introduce the concept of the «universal anti-terrorist treaties» and to its defining. The author analyses modern international treaty regulation of the fight against international terrorism from the point of

view of the trends of globalization which creates a new context of the international security and influences the mechanism of the international legal regulation of the international cooperation. The author argues that under conditions of globalization the leading role in regulating the fight against terrorism belongs to the universal anti-terrorist treaties. On the basis of the analysis of the general theoretic provisions concerning the international treaty-based legal regulation of the international cooperation, and considering the specificity of the above-mentioned international treaties, the author suggests the concept of the «universal anti-terrorist treaties» and defines it.

**Key words:** terrorism, globalization, international legal regulation of the fight against terrorism, UN, universalization of the international legal regulation, universal anti-terrorist treaties.

УДК 341.218.2

**І. Є. ХМЕЛЬОВА**

*Ілона Євгеніївна Хмельова, аспірант Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## **ВИЗНАННЯ УРЯДІВ: КЛАСИЧНІ ПІДХОДИ ТА СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ**

У Резолюції Інституту міжнародного права 1936 р. «Про визнання нових держав та їхніх урядів» зазначалося, що «визнання нового уряду вже визнаної держави є вільним актом, яким одна або кілька держав констатують, що певна особа або група осіб здатні керувати державою, яку бажають представляти, і заявляють про свої наміри підтримувати з нею або з ними відносини»<sup>1</sup>. Окремо слід відзначити, що мова про визнання уряду йде лише за умови його приходу до влади неконституційним шляхом. Проте на практиці питання конституційності зміни влади є дуже дискусійним, адже іноземні держави часто зловживають цим аспектом, надаючи двозначні оцінки задля досягнення власних політичних інтересів.

Саме тому дослідження міжнародної практики визнання урядів та міжнародно-правовий аналіз даного питання є дуже актуальним. Крім того, навіть досвід України, коли її уряд після Революції Гідності певний час безпідставно не визнавався Російською Федерацією, демонструє, що дане питання не втрачає своєї важливості. На жаль, держави продовжують зловживати цим аспектом для досягнення власних інтересів.

Визнання урядів досліджувалося як класиками міжнародного права, так і сучасними юристами-міжнародниками. Ця тема також була детально вивчена Асоціацією міжнародного права в ході аналізу інституту визнання. Проте необхідним є не лише визначення тенденцій розвитку визнання урядів, але і надання пропозицій для вдосконалення даної практики. Метою статті є встановлення основних підходів до визнання урядів у міжнародному праві та розробка можливих шляхів забезпечення відповідності сучасної практики міжнародних відносин засадам міжнародного права.

Визнання нового уряду має зовсім інший характер та правові наслідки, ніж визнання держав. Адже якщо у випадку визнання держав йдеться також про міжнародну правосуб'єктність, визнання уряду означає лише його здатність репрезентувати державу в міжнародних відносинах, тобто уряд визнається єдиним та законним представником держави. Проте, хоча на міжнародну правосуб'єктність держави не впливає зміна урядів на її території, відмова у визнанні уряду часто позбавляє державу можливості ефективно реалізувати права на міжнародній арені.

У доктрині зазначається, що невизнання уряду може мати два правових аспекти: по-перше, мова може йти про те, що з точки зору незалежності та ефективності (аспект, який певною мірою має відношення і до статусу держави) його не можна розглядати як уряд, або, по-друге, що держава, яка утримується від визнання, не бажає мати нормальних відносин з відповідними урядами та державою. Таким чином, невизнання має більш політичний характер, ніж невизнання держав, адже небажання вступати в нормальні відносини частіше виражається в невизнанні урядових органів. Визнання в контексті добровільного встановлення відносин може бути поставлено в залежність від демократичного характеру режиму, згоди на ті чи інші вимоги чи прийняття певних зобов'язань, наприклад, щодо захисту національних меншин. З точки зору встановлення добровільних двосторонніх відносин невизнаний уряд знаходиться не у кращому становищі, ніж невизнана держава<sup>2</sup>. Слід відзначити, що такий підхід до визнання урядів не може відповідати сучасному рівню розвитку міжнародного права, адже фактично підпорядковує визнання політичній доцільності. Зокрема, просте небажання підтримувати з новим урядом нормальні відносини не може вважатися адекватною передумовою для його невизнання. Адже з точки зору міжнародного права для того, щоб певний суб'єкт отримав підстави для визнання чи невизнання уряду, мають існувати обґрунтовані сумніви у правомірності приходу такого уряду до влади. Суверенітет та рівноправність проявляються в тому, що ніхто не може змусити державу активно співпрацювати з новим урядом іншої держави. Проте це не означає, що держава може самовільно не визнавати будь-який новий іноземний уряд, адже певною мірою це може вважатися втручанням у внутрішні справи.

Історично визнання урядів справді часто використовувалось для здійснення політичного тиску. Прикладом може слугувати меморандум держдепартаменту США 1927 р., в якому говорилося: «Ми контролюємо



долю Центральної Америки... Дотепер Центральна Америка завжди розуміла, що уряди, які ми визнаємо і підтримуємо, залишаються при владі, тоді як ті, які ми не визнаємо і не підтримуємо, зазнають краху»<sup>3</sup>.

Щодо вирішення питання визнання або невизнання уряду в доктрині існує певна юридична суперечність. Класики міжнародного права, зокрема Гуго Гроцій, підтримували так звану доктрину законності. Її суть полягає у тому, що уряд, який приходить до влади, є законним не через те, що він контролює країну та керує нею де-факто, а через те, що його поява відповідає встановленому в державі правопорядку та конституційним нормам. Трансформована версія даної доктрини була сформована міністром закордонних справ Еквадору Карлосом Тобаром і була затверджена Конвенцією держав Центральної Америки від 20 грудня 1907 р. (укладена Гватемалою, Гондурасом, Коста-Рікою, Нікарагуа, Сальвадором). Відповідно до ст. 1 даної Конвенції уряди сторін, що домовляються, не визнають уряд, який може прийти до влади в одній з п'яти республік унаслідок державного заколоту чи революції, спрямованих проти вже визнаного уряду, поки вільно обраний уряд не реорганізує країну в конституційних формах<sup>4</sup>. К. Тобар визначив, що держави, хоч і не прямо, проте можуть втручатися в механізми формування урядів інших держав, і формою такого втручання може бути невизнання<sup>5</sup>. Дана доктрина була спрямована проти практики численних переворотів у Латинській Америці й у 1963 р. була підтримана президентом Венесуели Р. Бетанкурором<sup>6</sup>. Слід відзначити, що в деяких джерелах зазначається, що К. Тобаром у 1907 р. вперше було сформовано конститутивну доктрину визнання, яка в подальшому була визнана президентом США Вільсоном і тому ще називається доктриною Тобара-Вільсона. Втім така позиція лише зміщує різні категорії, пов'язані з визнанням у міжнародному праві<sup>7</sup>.

Протилежна точка зору сформована в доктрині Естрада, що передбачає автоматичне визнання урядів за будь-яких обставин. У комюніке мексиканського міністра закордонних справ про визнання держав від 27 вересня 1930 р. було сформовано позицію мексиканського уряду про те, що визнання уряду означає втручання у внутрішні справи інших держав. Зокрема, комюніке засуджувало «образливу практику, яка, крім того, що зазіхає на суверенітет інших націй, веде до того, що внутрішні справи останніх можуть бути предметом оцінки з боку інших урядів, що беруть на себе тим самим роль критика, який виносить позитивну або негативну оцінку з питання про законність режиму»<sup>8</sup>. Це давало підстави Мексиці не висловлюватись з питань визнання урядів, щоб уникнути зазіхань на суверенітет інших держав. І хоча дана доктрина не враховує політичних міркувань та розбіжностей між підтримкою дипломатичних стосунків та визнанням, вона набула значного поширення<sup>9</sup>.

Сучасна практика визнання урядів часто спирається на доктрину ефективного контролю, яка полягає у тому, що ефективний контроль нового уряду над територією держави є основною вимогою при вирішенні питання його визнання. Наприклад, у заяві заступника міністра закордонних справ Великобританії 1970 р. зазначалось, що визнання уряду залежить від його ефективності, що полягає у повазі до нього більшості населення та контролі над значною частиною території відповідної держави<sup>10</sup>. Заява Держдепартаменту США 1990 р. мала таке формулювання: «Встановлення офіційних відносин з урядом будь-якої держави має місце, якщо він здійснює ефективний контроль на своїй території та здатен брати на себе і виконувати міжнародні зобов'язання»<sup>11</sup>. Слід відзначити, що такий прагматичний підхід значно спрощує прийняття рішень для держав, у той же час вносячи до такого рішення політичні мотиви. Адже нині не є юридично обґрунтованим, наприклад, таке поняття як «значна територія». Крім того, в умовах демократичного правління часто трапляються ситуації, коли прихильники та противники певного уряду є майже однаковими за чисельністю.

Слід відзначити, що визнанням урядів характерна й інша тенденція. У 1980 р. уряд Великобританії зробив заяву про те, що більше не буде надавати визнання урядам, окремо від держав. Ще до цього у 1965 р. подібний підхід прийняли Бельгія та Франція, а до кінця 1980-х років він був сприйнятий багатьма державами, зокрема Канадою та Австралією. Втім, у доктрині існує думка про те, що значення такого підходу не можна перебільшувати, адже держави на практиці зберегли за собою можливість відповідно реагувати на неконституційні режими, просто така реакція була перенесена в іншу площину<sup>12</sup>.

Окремим питанням залишається визнання урядів у вигнанні, щодо чого можливі дві різні ситуації. По-перше, коли весь уряд з політичних, економічних чи інших причин змушений покинути власну державу. Слід відзначити, що за такої ситуації мова йде не стільки про визнання, скільки про політичне питання: приймати чи не приймати даний уряд та чи давати йому можливість працювати. Іншою є ситуація, коли два чи більше угруповання визначають себе як законний уряд, або коли іноземна держава, не визнаючи конституційний уряд, визнає інший. І хоча тут практика держав неоднозначна, міжнародне право говорить про те, що такі утворення можуть бути визнані як уряд у майбутньому, проте не під час існування та діяльності законного конституційного уряду<sup>13</sup>. У доктрині були зроблені спроби виробити критерії визнання уряду у вигнанні, а саме: тісний зв'язок такого уряду зі своїм народом та наявність підпорядкованих йому військових формувань<sup>14</sup>. Проте якщо перший критерій ще не викликає особливих заперечень, то другий не завжди має місце на практиці.

Доктринально прийнято вважати, що визнання урядів у міжнародному праві виконує наступні функції: запевнення, що тільки режими, які дістали визнання, визнаються як уряди відповідних держав; гарантії новим урядам, що їхній статус буде поважатися; інформація судам, урядовим установам і громадянам держави, яка визнає, про те, що певний режим дійсно є урядом даної держави<sup>15</sup>. Щодо наслідків визнання, то вважається, що лише юридично визнаний уряд має право претендувати на державне майно закордоном, наприклад, архіви, банківські вклади, нерухоме майно<sup>16</sup>. І хоча практика держав у цьому напрямі різноманітна, за загальним правилом уряди не мають жодних прав перед національними судами держав, які їх не визнали.



Юридичні наслідки визнання урядів доводять важливість встановлення єдиних критеріїв. На думку автора, підходи до визнання урядів суттєво змінюються. Водночас, не можна погодитися з пропозиціями вилучення цієї сфери з міжнародно-правового регулювання. Наприклад, колишній суддя Міжнародного Суду ООН Річард Бакстер зазначав: «Правовий інститут, який породжує більше проблем, ніж вирішує, повинен бути відкинутим і заміненим робочими угодами, які є гнучкими і реалістичними. Часткове відкликання права з цієї галузі міжнародних відносин буде сприяти підтримці відносин з державами, у яких відбуваються позаконституційні зміни урядів, що є позитивним»<sup>17</sup>. Проте відмова від міжнародно-правового регулювання – це простий шлях вирішення наявних проблем. Значно кращий варіант – розробка універсальної кодифікації, яка б додала правової визначеності даній сфері.

Третя доповідь Асоціації міжнародного права<sup>18</sup> щодо визнання продемонструвала, що більшість держав поступово відмовилися від визнання урядів. При цьому, вони все ж резервують за собою можливість використати дану правову категорію і визначають, що таке визнання має правові наслідки. Крім того, сучасними тенденціями є спроби не використовувати сам термін «визнання урядів», замість якого застосовується «визнання режиму», «визнання законного чи офіційного представника народу або держави». При цьому держави наполягають, що такі терміни не є синонімічними до визнання урядів. На думку автора, така практика є спробою уникнути поширення будь-яких міжнародно-правових критеріїв до вказаних ситуацій. При цьому, важливим для правового аналізу все одно буде не те, як певний акт називає держава, а сутність та зміст такого акту. Це має бути враховано при розробці майбутньої кодифікації, положення якої мають поширюватися і на випадки, коли держава прямо не заявляє, що має місце визнання уряду.

У доповіді також вказано, що «рішення про вибір режиму, який буде підтримуватися, приймається індивідуально у кожному випадку, при цьому до уваги беруться, зокрема, ефективність режиму, національні інтереси, позиція, висловлена регіональними та міжнародними організаціями, дотримання демократичних і конституційних процедур»<sup>19</sup>. Слід зазначити, що потрібно розмежовувати два різних питання: підстави підіймати питання про визнання урядів (і тут мова йде про неконституційність приходу до влади) та підстави визнавати або не визнавати певний уряд (на думку автора, такими критеріями мають бути ефективність певного режиму та його прихильність до норм та принципів міжнародного права, перш за все – у сфері захисту прав людини).

Таким чином, визнання урядів має власні особливості та потребує окремого міжнародно-правового регулювання. Оскільки таке визнання має юридичні наслідки, необхідним є зменшення впливу політичного фактору на цю сферу. Крім того, для унеможливлення в майбутньому використання визнання урядів як елементу політичного тиску чи втручання у внутрішні справи, доцільно встановити дворівневу оцінку для визначення правомірності такого визнання: на першому етапі слід встановити, чи має певна держава взагалі ставити питання про невизнання чи визнання певного режиму у якості уряду; на другому етапі відповідно до чітко визначених критеріїв потрібно встановити, чи відповідає певне утворення вимогам, які висувуються до урядів.

<sup>1</sup> Мицик В. В. Визнання в міжнародному праві: сучасна теорія та практика // Міжнародний правопорядок: сучасні проблеми та їх вирішення. Зб. матеріалів конференції «Міжнародний правопорядок: сучасні проблеми та їх розв'язання. До 125-річчя від Дня народження Володимира Михайловича Корецького», [Текст] / [упор. І. М. Проценко] ; [за ред. Ю. С. Шемшученка, В. Н. Денисова]. – Л. : СПОЛЮМ, 2015. – 316 с. – С. 50–59.

<sup>2</sup> Броунли Я. Международное право (в двух книгах): Книга первая [текст] / Я. Броунли / перевод С. Н. Адрианова / под ред. Г. И. Тункина. – М.: Прогресс, 1977. – 536 с. – С. 154–155.

<sup>3</sup> Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: Учебник [текст] / И. И. Лукашук. – М.: Издательство БЕК, 1996. – 371 с. – С. 318.

<sup>4</sup> Мицик В. В. Вказана праця.

<sup>5</sup> Grant Thomas D. The Recognition of States: Law and Practice in Debate and Evolution [text] / Thomas D. Grant // Greenwood Publishing Group, 1999. – 257 p. – P. 100.

<sup>6</sup> Дмитрієв А. І., Муравйов В. І. Міжнародне публічне право: Навч. посібник [текст] / Відп. редактори Ю. С. Шемшученко, Л. В. Губерньський. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 640 с. – С. 129.

<sup>7</sup> Тимченко Л. Д. Международное право: Учебник [текст] / Л. Д. Тимченко. – Х.: Консум, 1999. – 528 с. – С. 35.

<sup>8</sup> Теліпко В. Е., Овчаренко А. С. Міжнародне публічне право: Навч. посіб. [текст] / В. Е. Теліпко, А. С. Овчаренко / За заг. ред. Теліпко В. Е. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – 608 с. – С. 115.

<sup>9</sup> Дмитрієв А. І., Муравйов В. І. Вказана праця. – С. 128.

<sup>10</sup> Shaw Malcolm N. International law: Sixth edition [text] / Malcolm N. Shaw. – Cambridge: Cambridge University press, 2008. – 1542 p. – P. 455.

<sup>11</sup> Лукашук И. И. Вказана праця. – С. 319.

<sup>12</sup> Shaw Malcolm N. Вказана праця. – P. 459.

<sup>13</sup> Мицик В. В. Вказана праця.

<sup>14</sup> Теліпко В. Е., Овчаренко А. С. Вказана праця. – С. 116.

<sup>15</sup> Дмитрієв А. І., Муравйов В. І. Вказана праця. – С. 129.

<sup>16</sup> Лукашук И. И. Вказана праця. – С. 320.

<sup>17</sup> Galloway, L. Thomas Recognizing foreign governments : the practice of the United States [text] / L. Thomas Galloway. – Washington: American Enterprise Institute, 1978, foreword. – 191 p.

<sup>18</sup> Draft Conference Report 2016 Johannesburg [Electronic resource] // International Law Association. – 18 p. – Access mode: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/F3C40FDC-0DA2-4391-A8A404B464039C42>

<sup>19</sup> Там само. – P. 18.

#### Резюме

**Хмельова І. Є. Визнання урядів: класичні підходи та сучасні тенденції.**

Визнання урядів має важливе значення для міжнародних відносин. У той же час, визнання або невизнання певного уряду часто використовувалося як інструмент тиску чи втручання у внутрішні справи іноземної держави. Така практика не відповідає засадам міжнародного права. Саме тому дослідження визнання урядів є актуальним питанням, а розробка критеріїв такого визнання є важливою для розвитку міжнародних відносин. Стаття присвячена вивченню природи визнання урядів, основних підходів до такого визнання, правових наслідків відповідного акту визнання. У статті пропонується використовувати дворівневу оцінку для визначення правомірності такого визнання: зокрема, необхідно встановити, чи існують обставини, які дозволяють певній державі ініціювати питання визнання чи невизнання іноземного уряду, і лише потім застосовувати відповідні критерії до нового уряду.

**Ключові слова:** міжнародне право, визнання в міжнародному праві, інститут визнання, визнання урядів, міжнародні відносини.

#### Резюме

**Хмелева И. Е. Признание правительств: классические подходы и современные тенденции.**

Признание правительств имеет важное значение для международных отношений. В то же время, признание или непризнание определенного правительства часто использовалось как инструмент давления или вмешательства во внутренние дела иностранного государства. Такая практика не соответствует принципам международного права. Именно поэтому исследование признания правительств является актуальным вопросом, а разработка критериев такого признания важна для развития международных отношений. Статья посвящена изучению природы признания правительств, основных подходов к такому признанию, правовых последствий соответствующего акта признания. В статье предлагается использовать двухуровневую оценку для определения правомерности такого признания: в частности, необходимо установить, существуют ли обстоятельства, которые позволяют определенному государству инициировать вопрос признания или непризнания иностранного правительства, и только потом применять соответствующие критерии в новом правительстве.

**Ключевые слова:** международное право, признание в международном праве, институт признания, признание правительств, международные отношения.

#### Summary

**Khmeleva I. Recognition of governments: classical approaches and current trends.**

The recognition of governments is rather important for international relations. At the same time, the recognition or non-recognition of a certain government was often used as an instrument of pressure or interference in the internal affairs of a foreign state. Such practice does not comply with the principles of international law. That is why the analysis of recognition of governments is an important issue, and the elaboration of criteria for such recognition is essential for the development of international relations. This essay deals with the nature of the recognition of governments, basic approaches to this recognition, and legal consequences of the act of recognition. The essay proposes to determine the legality of such recognition using two basic steps: in particular, it is necessary to determine whether there are circumstances that allow certain state to initiate the recognition or non-recognition of a foreign government, and then apply the appropriate criteria to the new government.

**Key words:** international law, recognition in international law, institute of recognition, recognition of governments, international relations.

**VERONIKA SZIKORA**

*Veronika Szikora, Uni-Dozentin Universität Debrecen,  
Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät, Lehr-  
stuhl für Bürgerliches Recht*

**MODERNISIERUNG UND REFORMEN IN DEUTSCHEN  
UND ÖSTERREICHISCHEN GESELLSCHAFTSRECHT<sup>1</sup>**

I. Deutschland – Deutsches Gesellschaftsrechtsreform (MoMiG, 2008)

I/1. Ziele des MoMiG

Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen)<sup>2</sup> vom 23. Oktober 2008 ist ein reines Änderungsgesetz,<sup>3</sup> mit dem das deutsche GmbH-Recht grundlegend reformiert worden ist. Ziele des Gesetzes sind vor allem:

- Beschleunigung und Vereinfachung von Unternehmensgründungen;
- Erhöhung der Attraktivität der GmbH als Rechtsform;
- Bekämpfung von Missbräuchen.

Aufgrund der Niederlassungsfreiheit innerhalb der Europäischen Union ist es zu einem vermeintlichen Wettbewerb zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen gekommen, die die unterschiedlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vorsehen. Hierbei stehen die verschiedenen in der Union bestehenden Gesellschaftsformen – auf dem Papier – in direkter Konkurrenz zueinander. Interessant erschien gerade Unternehmern ohne Kapital die englische Limited. Hierdurch hielt es der Gesetzgeber für notwendig, die Attraktivität der deutschen GmbH zu verbessern.

So ist nun im Gesetz geregelt, dass der Verwaltungssitz der Gesellschaft frei gewählt werden kann. Es ist nun möglich, eine GmbH mit Satzungssitz in Deutschland nach deutschem Recht zu gründen, die ihr operatives Geschäft und den Sitz der Verwaltung ausschließlich im Ausland hat. Satzungssitz und Verwaltungssitz dürfen auseinanderfallen. Eine inländische Geschäftsadresse ist jedoch weiterhin erforderlich.

I/2. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)<sup>4</sup>

Auf steigende Attraktivität der GmbH gegenüber der englischen Limited zielt auch die Möglichkeit, eine Gesellschaft mit einem Stammkapital von weniger als 25.000 Euro zu gründen. Diese Gesellschaft muss den Rechtsformzusatz „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ führen, unterliegt aber weitgehend denselben Regelungen wie die reguläre GmbH. Abweichungen (Beispiele): nur Bargründungen möglich, keine Sacheinlagen. Das Stammkapital ist bei der Gründung voll einzuzahlen, es besteht jedoch die Pflicht, jährlich ein Viertel des Überschusses in eine Gewinnrücklage einzustellen, bis das Stammkapital in Höhe von 25.000 Euro erreicht ist.<sup>5</sup>

II. Österreichische Reform

Die Gesellschaftsrecht in Österreich auszuschildern, scheint nicht eine leichte Aufgabe zu sein, aber hinsichtlich auf ihre Eigenheiten und ihren großen Einfluss auf die Entwicklung der europäischen gesellschaftsrecht ist jedenfalls erforderlich.

Das Gesellschaftsrecht ist weit verbreitet, es gibt kaum wenig Bereiche unberührt geblieben, ihr Spektrum ist allerdings groß. Was die Regelung betrifft, – ähnlich wie bei der deutschen – es gibt keine Kodifikation. Die Regelungen bezüglich den einzelnen Gesellschaftsformen sind nicht in einem einheitlichen „Gesellschaftsgesetz“ zu finden, sondern diese sind – ähnlich wie bei der deutschen Lösung – von ABGB, HGB, UGB und sonstigen Rechtsquellen zu erkennen.

II/1. Historischer Hintergrund

In Österreich wurde das HGB erst nach dem Anschluss (Österreich)<sup>6</sup> 1938 eingeführt und durch die „Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 24. Dezember 1938“ am 1. März 1939 in Kraft gesetzt. Die 4. Einführungsverordnung (EVHGB)<sup>7</sup> enthielt auch zahlreiche Bestimmungen zur Harmonisierung mit den Normen des Allgemeinen bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)

Nach 1945 wurde das HGB einschließlich des 5. Buches über den Seehandel in Österreich in Geltung belassen. Seither entwickelten sich das deutsche und das österreichische HGB getrennt, auch wenn die Kernbestimmungen immer noch vergleichbar sind.

## II/2. Reform des Handelsgesetzbuches und neue UGB

In der rechtspolitischen und rechtswissenschaftlichen Diskussion wird seit längerem eine Gesamtreform des Handelsgesetzbuchs gefordert, mit der der komplizierte und überholte Tatbestand des Kaufmanns zugunsten eines modernen einheitlichen Unternehmerbegriffs aufgegeben werden sollte.<sup>8</sup>

### II/2.1. Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG) 2005

Mit 1. Jänner 2005 wurde das österreichische Handelsgesetzbuch (HGB) mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG), in großem Umfang novelliert und dabei in Unternehmensgesetzbuch (UGB) umbenannt. Die wesentliche Änderung ist, dass an die Stelle des Begriffs des Kaufmanns der bereits vorher im Konsumentenschutzgesetz verwendete Begriff des Unternehmers als Normadressat tritt. Es wurde mit dem Unternehmensrechts-Änderungsgesetz (URÄG 2008), das 2009 in Kraft trat, nochmals angepasst.

Hauptziel der Reform ist eine grundlegende Modernisierung des Handelsgesetzbuches als zentraler Beitrag zur Vereinfachung und Deregulierung des Unternehmensrechts.

### II/2.2. Das neue UGB

Seit Anfang 2007 ist das Unternehmensgesetzbuch (UGB) in Kraft, welches das Handelsgesetzbuch (HGB) abgelöst hat.<sup>9</sup> Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 wird umbenannt in „Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch – UGB)“.<sup>10</sup>

Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 wird umbenannt in „*Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch – UGB)*“

Der Begriff „Kaufmann“ stirbt mit dem neuen UGB endgültig aus. An Stelle der bisherigen Begriffe „Kaufmann“ und „Kaufleute“ (zB in § 1 HGB) tritt der Begriff „Unternehmer“. An Stelle des bisherigen Begriffes „Handelsgewerbe“ tritt der Begriff „Unternehmen“. Kaufleute gemäß § 1 Abs 1 HGB gelten ab In-Kraft-Treten des UGB automatisch als Unternehmer iSd § 1 UGB.<sup>11</sup>

Das UGB ist in vier (wesentliche) Bücher gegliedert.

- Erstes Buch: Allgemeine Bestimmungen, Firmenbuch, Prokura etc.
- Zweites Buch: Die verschiedenen Gesellschaftsformen
- Drittes Buch: Rechnungslegung, Bilanzierung etc.
- Viertes Buch: Unternehmensbezogene Geschäfte (wie Spedition etc.)

Die Neuordnung des Unternehmensrechts durch das UGB ist nach Zahl und Gehalt der Änderungen die tiefst greifende Umgestaltung seit Einführung des ehemaligen HGB. Ihre Kernpunkte sind der Übergang vom Kaufmanns- zum Unternehmerbegriff, die Liberalisierung der Firmenbildung, die Öffnung der OG bzw. KG für Kleinunternehmer sowie zahlreiche Änderungen im Recht der Personengesellschaften und der unternehmensbezogenen Geschäfte.

Neben dem UGB als zentrales Gesetz des Unternehmensrechts sind Gesetze in folgenden Bereichen von Bedeutung:

- Banken- und Kapitalmarktrecht
- Gesellschaftsrecht
- Wertpapierrecht
- Wettbewerbsrecht

### Unterschiede HGB – UGB<sup>12</sup>

Im Unterschied zum HGB ist das UGB wieder mit dem ABGB und den österreichischen Rechtsgrundsätzen leichter vereinbar. Das deutsche HGB wurde beim Anschluss (Österreich) anstelle des AHGBs gesetzt und wurde mit dem ABGB zur die Einführungsverordnung (EVHGB) mit dem ABGB kompatibel gemacht. Dabei wurde durch die EV das österreichische Recht im Geltungsbereich des Handelsrechts verdrängt und Grundsätze des BGBs angewandt.

### II/2.3. Unternehmensrechtsänderungsgesetz 2008

Durch das am 10. April 2008 beschlossene Unternehmensrechtsänderungsgesetz wurde die 8. EU-Richtlinie in nationales Recht übernommen. Das Unternehmensrechtsänderungsgesetz 2008 (URÄG 2008) wurde am 7. Mai 2008 im Bundesgesetzblatt (BGBl. I Nr. 70/2008) veröffentlicht. Dadurch wurden die Publizitätspflichten der Unternehmen sowie die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats erheblich ausgeweitet.

### II/2.4. GmbH-Reform, 2013

a.) Das Mindeststammkapital der GmbH wird von EUR 35.000 auf EUR 10.000 gesenkt. Auch die Gründungskosten werden gesenkt.

Mit Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013 (GesRÄG 2013)<sup>13</sup> wurde die schon lange angekündigte GmbH-Reform beschlossen. Die Änderungen traten mit 1.7.2013 in Kraft. Hinzuweisen ist, dass es sich nicht um eine eigenständige neue GmbH neben der „alten“ handelt, sondern dass nur die bestehende GmbH reformiert wurde. Motive für die Reform waren, dass das Mindeststammkapital von EUR 35.000 im EU-Vergleich in Österreich am höchsten war. Dies führte zu einer vermehrten Gründung von österreichischen Niederlassungen von insbesondere britischen limited-companies für die kein Gründungskapital erforderlich ist.

b.) Die wesentlichen Änderungen

Das Mindeststammkapital für die Gründung beträgt statt EUR 35.000 bloß EUR 10.000, wobei nur die Hälfte davon sofort in bar aufgebracht werden. Es besteht auch die Möglichkeit, bei einer nach geltendem Recht bestehenden GmbH das Stammkapital auf EUR 10.000 herabzusetzen. Die Mindest-Körperschaftssteuer von 5 % des Stammkapitals reduziert sich auf EUR 500. Außerdem entfällt die Veröffentlichungspflicht der Eintragung in der Wiener Zeitung (Kosten ca. EUR 150).



ALT – HGB: bis 31.12.2006	NEU – UGB: ab 1.1.2007
347 Satz 2 HGB: <i>diligentia quam in suis</i>	347 UGB: Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers
Art 8 Nr. 2: jede an einem einseitigen Handelsgeschäft beteiligte Person verpflichtet auch entgangenen Gewinn	349 UGB: <i>beiderseitigen</i> unternehmensgezogenen Rechtsgeschäft: auch <b>entgangener Gewinn</b>
348 HGB: Vollkaufmann kein richterliches Mäßigungsrecht bei Vertragsstrafe	1336 Abs 2 ABGB: auch <i>Unternehmer</i> richterliches <b>Mäßigungsrecht</b> bei <b>Vertragsstrafe</b>
349 HGB: Bürgschaft: Vollkaufmann: Bürge+Zahler – keine Schriftform	1355 ABGB: <b>Bürgschaft</b> <i>subsidiär</i> + <i>Schriftform</i> 1346/2 ABGB
leasio enormis: 351a HGB nicht für Kaufmann	<b>leasio enormis</b> 351 UGB <i>auch Unternehmer</i> / dispositiv
1333 Abs 2 ABGB Verzugszinsen	352 UGB <b>Verzugszinsen</b>
362 HGB Vertragsabschluss durch Schweigen	863 ABGB grundsätzlich nicht möglich
Art 8 Nr. 11 4.EVHGB falsus procurator: Erfüllungsinteresse Abs 2: kein Verschulden: Vertrauensinteresse Abs 3: kannte oder kennen musste: Kulpakompensation	1019 ABGB <b>falsus procurator</b> Vertrauensschaden kein Verschulden: keine Haftung bei Mitverschulden: 1304 Teilersatz
366 HGB gutgläubiger Eigentumserwerb	367 ABGB <b>gutgläubiger Erwerb</b> : entgeltlicher Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens
377 HGB Mängelrüge – bei Kauf – beiderseitiger Handelskauf – unverzüglich – trotzdem wenn arglistig verschwiegen	377 UGB <b>Mängelrüge</b> – bei Kauf, Werlieferungsvertrag, Tausch, Werkvertrag – beiderseitiges Unternehmensgeschäft – <i>angemessene</i> Frist (im Zweifel: 14 Tage) – wenn versäumt: keine Gewährleistung, SchE, Irrtum – trotzdem Mangelfolgeschaden + deliktischer SchE – Abs 3: trotzdem wenn Vorsatz + grob Fahrl. – Abs 4: rechtzeitige Absendung der Mangelanzeige
Art 8 Nr 14 EVHGB außergerichtliche Pfandverwertung, im ABGB nur gerichtliche Pfandverwertung	466a ABGB immer <i>außergerichtliche Pfandverwertung</i> 1 Monat nach Androhung 1 Woche nach Androhung bei Unternehmer
Art 8 Nr 20 EVHGB Versandungskauf	Gefährtragung: immer 1051 iVm 1048 / 429
Kreditkauf: Art 8 Nr 21 EVHGB: kein Rücktritt nach 918	<b>Kreditkauf</b> 1063 ABGB Kauf auf Borg: Rücktritt nach 918 ABGB
Spezifikationskauf: 375 HGB analog im ABGB	<b>Spezifikationskauf</b> 1063b ABGB

## II/2.5. Änderungen im GmbH-Recht mit 1. März 2014

Am 24. Februar 2014 hat der Nationalrat das Abgabenrechtsänderungsgesetz 2014 (AbgÄG 2014),<sup>14</sup> beschlossen, das auch Änderungen des GmbH-Gesetzes und des Firmenbuchgesetzes enthält.

Folgende Änderungen trat mit 1. März 2014 in Kraft: Das Mindeststammkapital der GmbH beträgt ab März 2014 wieder 35.000 Euro. Eine neu gegründete GmbH kann jedoch die sogenannte „Gründungsprivilegierung“ in Anspruch nehmen, wodurch die Gesellschafter ihre Einzahlungspflicht auf die von ihnen übernommenen Stammeinlagen für maximal zehn Jahre auf insgesamt 10.000 Euro beschränken können (sogenannte „gründungsprivilegierte Stammeinlagen“). Diese Beschränkung der Einzahlungspflicht gilt auch im Fall einer Exekution gegen die oder einer Insolvenz der Gesellschaft. Wenn eine Gesellschaft die Gründungsprivilegierung in Anspruch nimmt, wird dieser Umstand – samt der Höhe der von den einzelnen Gesellschaftern übernommenen gründungsprivilegierten Stammeinlagen – im Firmenbuch eingetragen.

<sup>1</sup> Die Forschung dieses Artikels ist durch die einzelne Forschungsförderung des zwischen Debreceni Egyetem und Igazságügyi Minisztérium geschlossenen Vertrages für *{Jogászképzés színvonalának emelését célzó programok} keretében oktatói – hallgatói közös kutatás megvalósítására a 2016/2017. tanévre}* unterstützt.

<sup>2</sup> Bundesgesetzblatt (2008.10. 28.) (BGBl. 2008, Teil I Nr. 48, S. 2026.)

<sup>3</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) Stand: 23. Mai 2007 (1–141.); Bundesministeriums der Justiz – Schwerpunkte des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) Berlin, 26. Juni 2008 (1–7.). Siehe noch: Andreas Christian Töller: Die MoMiG-Reform und ihre Auswirkungen auf den Gläubigerschutz im nationalen sowie internationalen Kontext, Frankfurt, M.: PL Acad. Research, Köln, Univ., Diss. (2013)

<sup>4</sup> MoMiG, Artikel 1 Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (5.)

<sup>5</sup> A MoMiG és az UG témáját érintő néhány magyar tanulmány született, ezekből a következőkre szeretném felhívni a figyelmet: Janos Verebics: *Gazdaság és Jog*, 2008/11. 10–14.; Márta Brehószki: *Mennyire korlátolt a jogi személy gazdasági társaságok tagjainak felelőssége? A felelőség-áttörés hazánkban és a „lepelétszűrés” doktrínája az Amerikai Egyesült Államokban*, PhD Dissertationen,

Budapest (2009) 14.; Tibor Nocht: A magánjogi felelősség útjai, Dialóg Campus, Budapest – Pécs (2005); Szabolcs Sárközy: Pro Publico Bono, 2013/3. 75–88.; Szabolcs Sárközy: Jogtudományi Közlöny, 2013/6. 301–312.; István Sándor: Változási tendenciák a társasági jogban a 21. század elején *Gazdaság és Jog*, 2011/1. 11–18., Szabolcs Sárközy: Pro Publico Bono, 2013/3. 82.

<sup>6</sup> Siehe noch: István Szabó: Az „Anschluss” kérdése az első világháború utáni osztrák közjogban, *Miskolci Jogi Szemle*, 2006/1. 72–91.; István Szabó: Ausztria négyhatalmi megszállása és az 1955-ös államszerződés, *Publicationes Universitatis Miskolciensis Series Juridica et Politica* 26., Miskolc (2008) 175–195.

<sup>7</sup> EVHGB – Erste bis Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 24. Dezember.

<sup>8</sup> Die Österreichische Justiz (Homepage), <http://www.justiz.gv.at/vorhaben/index.php?nav=10&st=1&th=3&sth=10&set=show&pj=32> (04.12.2006)

Siehe: Straube, Manfred: *Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch – UGB*, 4. Auflage, Wien, Manz (2011) Der Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch – UGB wird in der Regel nach dessen Herausgeber Straube-Kommentar genannt. Das ursprünglich als HGB Kommentar erscheinende Werk liegt nunmehr, 4 Jahre nach dem Inkrafttreten des UGB, in der 4. Auflage vor, die erstmals das Unternehmensgesetzbuch kommentiert.

<sup>9</sup> Das UGB wurde im September 2005 im Nationalrat beschlossen und tritt am 1.1.2007 in Kraft. In Übergangsbestimmungen ist detailliert geregelt, welche einzelnen neuen Gesetzesbestimmungen davon abweichend ab welchem anderen Zeitpunkt anzuwenden sein werden.

<sup>10</sup> Siehe: Friedrich Harrer – Peter Mader: *Die HGB- Reform in Österreich*, Wien: LexisNexis ARD Orac (2005); Gerhard Schummer – Sabine Kriwanek: *Das neue Unternehmensgesetzbuch. Aus HGB wird UGB*, Wien, LexisNexis ARD Orac (2006); Gerhard Schummer: *Allgemeines Unternehmens*, 6. Auflage, Wien, LexisNexis ARD Orac (2006); Günter H. Roth – Hanns Fitz: *Unternehmensrech. Handels- und Gesellschaftsrecht*, 2. neu bearb. Auflage, Wien, LexisNexis ARD Orac (2006); Georg Nowotny: *Gesellschaftsrecht, Kurzlehrbuch*, verf. von Georg Nowotny, 3. Aufl., Wien, Verl. Österreich (2007); Michael Gruber (Hrsg.) – Hans Georg Koppensteiner: *Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht, Europarecht, Hans-Georg Koppensteiner zum 70. Geburtstag*, Wien, LexisNexis-Verl. ARD Orac (2007); Wilma Dehn (Hrsg.): *Das neue UGB (die Handelsrechtsreform im Überblick nach dem HaRÄG, PuG und ÜBRÄG 2006; Berücksichtigung der steuerlichen Anpassungen durch StruktAnpG 2006, 2. Wartungserlass 2006 EStR 2000, RV zum BudgetbegleitG 2007); 2., aktualisierte Aufl., Wien, Linde (2007) und: <http://www.klinger-rieger.at/steuern-oesterreich/2007-01-unternehmensgesetzbuch-ugb-neu-2007.htm> (Stand 2.09.2008); [http://www.notar-fellner.at/news/cms,id,16,nodeid,23,\\_language,de.html](http://www.notar-fellner.at/news/cms,id,16,nodeid,23,_language,de.html) (Stand: 07.11.2007); Martin Schauer: *Az osztrák kereskedelmi jog reformja, Magyar Jog*, 2007/2., 118–126.; Barna Berke – Judit Fazekas – Gábor Gadó – Miklós Király – András Kisfaludy – Bodnár Péter Miskolczi: *Európai társasági jog* (herg.: – Bodnár Péter Miskolczi) – Budapest: KJK-Kerszöv (2000) 40.; Veronika Szikora: *Az osztrák kereskedelmi jog reformja: az Unternehmensgesetzbuch bevezetésének előzményei és következményei*. In: Acta Coventus de Iure Civili Tomus X., szerk.: Papp Tekla, Szeged, Lectum Kiadó (2009) 309–321.; Veronika Szikora: *Társasági jogi reform Ausztriában – vállalkozási törvény*, *Gazdaság és Jog*, 2008/12. 3–7.*

<sup>11</sup> [http://www.slc-europe.com/xist4c/web/unternehmensgesetzbuch-oesterreich-2007\\_id\\_3883\\_\\_dId\\_9420\\_.htm;jsessionid=4E26553F6657B85C10A3456C4A1ABA5A](http://www.slc-europe.com/xist4c/web/unternehmensgesetzbuch-oesterreich-2007_id_3883__dId_9420_.htm;jsessionid=4E26553F6657B85C10A3456C4A1ABA5A) (10.12.2006)

<sup>12</sup> Rechtskursakademie (Homepage), <http://www.rechtskurse.at/rechtskurse.html>, ALT – HGB: bis 31.12.2006, NEU – UGB: ab 1.1.2007 (31.12.2012).

<sup>13</sup> Bundesgesetz, mit dem das GmbH-Gesetz, die Insolvenzordnung, das NotariatstariGesetz, das RechtsanwalstariGesetz und das Körperschaftsteuergesetz 1988 geändert werden (Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013 – GesRÄG 2013)

<sup>14</sup> Bundesgesetz, mit dem (...) das GmbH-Gesetz, das NotariatstariGesetz, das RechtsanwalstariGesetz, das Firmenbuchgesetz sowie das Zahlungsdienstegesetz geändert werden und der Abschnitt VIII des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 325/1986 aufgehoben wird (Abgabenänderungsgesetz 2014 – AbgÄG 2014).

## Summary

### **Veronika Szikora. Modernization and reforms in German and Austrian company law.**

The company law will never be a silent water, because the impulses and the needs of the business sphere is pressing it into continuous move. The knowledge of company law reforms of other legal systems shall have a significantly effect and influence on better understanding and developing the national company laws.

On November 1, 2008, the much discussed Act to Modernize the Law Governing Private Limited Liability Companies and to Combat Abuses has entered into force (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, in english: Law Modernising German Limited Liability Company Law and Combating Abuse (MoMiG)).

The purpose of the MoMiG was to strengthen the international competitiveness of the German private limited liability company (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH) by making it easier and less time-consuming to form a GmbH. In addition, any abuse of the GmbH in crisis shall be fought.

The legislator has for the most part accomplished its goal of simplifying GmbH-law, and making it more attractive. Liability risks will be significantly reduced, particularly with regard to contributions in lieu of equity and the raising and protection of capital.

The minimum equity share capital for a GmbH remains at EUR 25000 and will not be reduced to EUR 10,000 as originally planned. The retention of the minimum share capital is intended to help maintain the reputation of the GmbH, especially as compared to the UK Limited. However, the minimum amount of a single share is reduced to EUR 1, which makes it easier to allocate shares among different shareholders.

The Austrian Civil Code (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) sets out the general rules regarding property law and the law of obligations, including contract law and tort law and also applicable as a subsidiary legal frame for the business enterprises. The initial source of company law has been the Commercial Code (Handelsgesetzbuch), restated and renamed Business Enterprise Code (Unternehmensgesetzbuch) in 2006.

The Austrian limited liability company (GmbH) is established by setting up a corporate statute to be filed with the Companies Register. The Austrian „GmbH” obligatory minimum registered capital amount is EU 35000.

**Key words:** Company law, Comparative law, Company law reform, Law modernising limited liability company, Austrian Company Law.

**Д. І. ТКАЧ**

*Дмитро Іванович Ткач, доктор політичних наук,  
професор, проректор Університету економіки та  
права «КРОК»*

## **УГОРСЬКА НАЦІОНАЛЬНА МЕНШИНА В УКРАЇНІ – ПОЛІТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ**

За часів СРСР була одна тема в радянсько-угорських стосунках, яка на всіх рівнях від МЗС до ЦК КПСС йшла під грифом таємно або особливо таємно. Цією темою було становище угорської національної меншини, яка проживає на території Закарпатської області. Відслідковували ситуацію, яка виникала навколо українських угорців, як в області на рівні обкому партії, облвиконкому, КДБ, міліції, прикордонників, військових, так і в Києві та Москві.

Чому ж Радянський Союз так пильно стежив за ставленням УНР до своїх співвітчизників та поведінкою угорців в Україні? Передусім тому, що Угорщина, як колишній союзник фашистської Німеччини, ніколи не викликала у Москви особливої довіри, та й самі угорці час від часу давали підстави для підозр в намірах на повернення територій, що належали країні ще до Тріанонського мирного договору. Тому будь-які спроби Будапешту надати угорській меншині допомогу у вивченні рідної мови, історії, культури, народних традицій сприймалися Радянським Союзом як втручання у внутрішні справи іноземної держави з відповідними демаршами та політичним тиском. Наявність угорської нацменшини було причиною багатьох непорозумінь і у стосунках угорців з іншими сусідніми країнами насамперед з Югославією, Чехословаччиною, Румунією.

Щоб зрозуміти позицію сьогоденної угорської влади щодо забезпечення прав національної меншини, потрібно повернутися до історії питання. 4 червня 1920 р. був укладений Тріанонський мирний договір між союзними державами Антанти у Першій світовій війні та Королівством Угорщина. Це було пов'язано з існуванням Угорської Радянської Республіки. І практично стало помстою угорцям за слідування прикладу російських більшовиків.

Тріанонський договір, на думку дослідників, мав для країни, що зазнала поразки, «драконівські умови з усіх договорів, які укладалися після цієї війни»<sup>1</sup>. В Угорщині це й зараз сприймається як велика катастрофа в історії держави<sup>2</sup>.

Територія Угорщини за договором скорочувалась на 77 %, а населення – на 59 %. Румунія отримала Трансильванію та Банат, Королівство Сербів, Хорватів і Словенців – Воєводину і Хорватію. Угорщина втрачала вихід до Адріатичного моря. Словаччина і Закарпатська Україна переходили до складу Чехо-Словаччини. Угорщина відмовлялася від усіх прав на території колишньої Австро-Угорської монархії, в тому числі й на Закарпатську Україну. Також Угорщина передавала Австрії Бургенланд (прикордонна територія, заселена німецьким населенням)<sup>3</sup>.

Згідно з Паризькими мирними угодами 1947 р. Угорщина була відновлена в межах 1937 р. (обидва Віденські арбітражі було визнано недійсними, скасування збільшення територій Угорщини за рахунок Чехословаччини та Румунії), за винятком трьох сіл на південь від Брагислави, які були передані Чехословаччині. Насправді це була помста Сталіна за те, що угорці досить завзято воювали на боці Гітлера і були одними з найкращих вояків гітлерівської коаліції.

Таким чином угорці, з одного боку, опинились за кордоном своєї Батьківщини, не змінюючи місце проживання, з іншого, – перетворилися з панівної нації на національну меншину, яка стала найчисельнішою меншиною в Європі.

Так, сьогодні приблизно 3 млн угорців проживає за межами країни, з них: в Австрії – 25 тис. 884 чол., Румунії – 1 млн 639 тис., в Чехії – 20 тис. чол., в Словаччині – 520 тис. чол., в Сербській Воєводині – 350 тис. чол., в Україні – 151,5 тис. чол., в Словенії – 6 тис. 243 чол., в Хорватії – 14 тис. 47 чоловік<sup>4</sup>.

Колішньому прем'єр-міністрові Угорщини Йозефу Анталу (1990–1993) належать слова: «Біль Тріанону стукає в серці кожного угорця»<sup>5</sup>.

Ця проблема є досить болючою для угорського суспільства, угорської політикуму. Тому серед населення досить поширені настрої образи за втрачені території та своїх співвітчизників, які не зі своєї волі стали громадянами сусідніх держав. Ситуація, яка склалася у цій царині, породила за сто років її існування надзвичайно складний комплекс морально-психологічних, етнокультурних, соціально-економічних, а отже, й суспільно-політичних проблем. Тому цей так званий «посттріанонський синдром» активно використовують у своїй риториці провідні угорські партії. І не дивно, що парламентська коаліція ФІДЕС – Угорський громадянський союз – Християнська демократична народна партія досить активно здійснює цю політику.

Слід зазначити, що починаючи з 1990 р. всі уряди Угорщини у зовнішньополітичній діяльності визначали такі пріоритети: інтеграція до європейських та євроатлантичних структур, розвиток добрих відносин із сусідніми державами та захист прав національних меншин, що проживають за кордоном<sup>6</sup>.

Горбачовська перебудова, початок розпаду СРСР, оксамитові революції кінця 80-х рр. минулого століття в Центральній та Східній Європі спонукали угорців до пошуку у регіоні такої країни, на базі якої можливо відпрацювати пілотний проект такого ставлення до угорської національної меншини, яке б відповідало найбільш високим європейським вимогам.

Такою країною виявилася Україна. По-перше, в УРСР у 1990 р. вже були політичні сили, які прагнули до розпаду Радянського Союзу та розбудови незалежної держави. По-друге, така позиція вимагала забезпечення міжнародної підтримки й визнання. По-третє, велика кількість українців проживало та й проживає за кордоном країни і потребує відповідної уваги, а в окремих випадках – захисту з боку прабатьківщини. По-четверте, українські угорці проживають компактно, головним чином у Берегівському, Ужгородському та Мукачівському районах, що надавало можливість у перспективі створити автономний національний округ.

Завдяки зусиллям угорської та української дипломатії у кінці травня на початку червня 1991 р. в Будапешті, під час візиту голови Верховної Ради України Л. М. Кравчука, було підписано серед дев'яти українсько-угорських документів і Декларацію про принципи співробітництва із забезпечення прав національних меншин. Цей документ і сьогодні є основою угорсько-українських відносин і політики щодо забезпечення прав національних меншин. Декларація на час її прийняття своїми основними засадами була значно прогресивнішою Декларації ООН про права осіб, що належать до національних або етнічних, релігійних та мовних меншин, яка була прийнята Генеральною Асамблеєю ООН в грудні 1992 р., Рамкової конвенції про захист національних меншин, Європейської хартії регіональних мов або мов меншин.

Декларація підтвердила намір обох країн виконувати усі норми і зобов'язання, що є в Статуті ООН, документах про права людини ООН, Гельсінському заключному та інших документах про безпеку і співробітництво в Європі.

Цей документ гарантував національним меншинам обох країн широкі права. Особливо варто наголосити на п. 5 Декларації, в якому і Україна, і Угорщина взяли на себе зобов'язання створити для національних меншин такий статус, який забезпечував би їм ефективну участь у державних справах, включаючи участь у справах, що стосуються захисту й заохочення їхньої самобутності, прийняття і виконання рішень, що мають відношення до регіонів їхнього проживання<sup>7</sup>.

Із цього пункту випливає, що будь-яка із національних меншин, яка проживає в Україні, чи Угорщині, має право на створення національно-культурної автономії, а при певних умовах за згодою центральної влади – також заснування адміністративно-територіальної автономії.

Важливим положенням, зафіксованим у Декларації, стало заснування змішаної комісії з представників державних установ і, відповідно, національних меншин обох країн. Комісія була створена 14 травня 1992 р. та діє на підставі Положення, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України 11 червня 1994 р. «Про Українську частину Змішаної українсько-угорської комісії з питань забезпечення прав національних меншин». За більш ніж 25 років роботи, комісія показала свою ефективність, її члени спромоглися вирішити велику низку питань забезпечення прав нацменшин обох країн, що значно сприяло зміцненню довіри між Україною та Угорщиною. Підписання цього документа допомогло угорцям укласти аналогічні за змістом декларації з Румунією, Словаччиною та Хорватією.

На сьогоднішній день правовою базою співробітництва в питаннях, що стосуються угорської національної меншини, є міждержавні, міжурядові та міжвідомчі двосторонні документи, укладені Україною з Угорською Республікою, зокрема:

- Договір про основи добросусідства та співробітництва (31 травня 1991 р.);
- Декларація про основні напрями співробітництва в гуманітарній сфері (31 травня 1991 р.);
- Декларація про принципи співробітництва по забезпеченню прав національних меншин (31 травня 1991 р.);
- Угода між Урядом України та Урядом Угорської Республіки про співробітництво в галузі культури, освіти та науки (4 квітня 1995 р.);
- Угода про співробітництво у справі повернення культурних цінностей, що потрапили під час Другої світової війни та в наступні роки на територію іншої країни (4 травня 1995 р.).

Таким чином, можна стверджувати, що в українсько-угорських стосунках створено всі політично-правові умови для того, щоб національні меншини обох країн відчували себе захищеними та, з одного боку, мали тісні стосунки з материнською нацією, а, з іншого, – забезпечити в країні проживання всі можливості для розвитку культурних, освітянських та національних потреб нацменшин.

То як забезпечені права угорської національної меншини в Україні?

В Україні створена досить дієва законодавча база забезпечення прав і свобод національних та етнічних меншин. Держава забезпечує права національних меншин, спираючись на відповідні статті Конституції України. Так, згідно зі ст. 11 етнонаціональну структуру українського суспільства становлять українська нація, корінні народи й національні меншини<sup>8</sup>. Визнавши корінні народи та національні меншини окремими суб'єктами політико-правових відносин, Конституція поклала на державу обов'язок сприяти розвиткові їхньої етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності. Надаючи українській мові статус державної, Конституція одночасно гарантує вільний розвиток, використання й захист інших мов національних меншин



України. Крім того, Конституція проголосила рівність громадянських прав і свобод незалежно від етнічного походження, мовних або інших ознак громадян України, їхнє право на свободу об'єднання у громадські організації для захисту своїх прав і свобод, задоволення культурних та інших інтересів<sup>9</sup>.

25 червня 1992 р. Верховна Рада України ухвалила Закон «Про національні меншини в Україні» згідно з яким Україна гарантує громадянам республіки незалежно від їх національного походження рівні політичні, соціальні, економічні та культурні права і свободи, підтримує розвиток національної самосвідомості й самовиявлення. Усі громадяни України користуються захистом держави на рівних підставах. При забезпеченні прав осіб, які належать до національних меншин, держава виходить з того, що вони є невід'ємною частиною загальноновизнаних прав людини. Стаття 3 визначає, що до національних меншин належать групи громадян України, які не є українцями за національністю, виявляють почуття національного самоусвідомлення та спільності між собою<sup>10</sup>.

Окремі аспекти захисту прав національних меншин регулюються Законами України «Про мови в Українській РСР», «Про освіту», «Про друковані засоби масової інформації в Україні», «Про свободу совісті та релігійні організації», «Про місцеве самоврядування в Україні» тощо<sup>11</sup>.

Згідно з інформацією, яку люб'язно надав нам Резеш Йосип Йосипович – начальник відділу національностей та релігій Закарпатської ОДА, відповідно до Всеукраїнського перепису населення 2001 р. в Україні проживає 156,6 тис. угорців, або 0,3 % всього населення країни, з них 151,5 тис. (12,1 %) – у Закарпатській області.

Відповідно до Закону України «Про національні меншини в Україні» представники угорського населення вільні у виборі обсягу і форм здійснення прав і реалізують їх особисто, а також через відповідні державні органи, органи місцевого самоврядування та громадські організації.

Інтереси угорської національної меншини в Україні представляють громадські організації, зокрема:

- Демократична спілка угорців України, має всеукраїнський статус;
- Товариство угорської культури Закарпаття (майже 30 тис. членів), об'єднує п'яту частину всього угорського населення області, видає газету «Карпаташо»;
- Товариство культури львівських угорців, 260 членів, видає газету «Еректейк» (Спадщина);
- Закарпатське угорськомовне наукове товариство, 82 членів;
- Київське товариство угорців, 150 членів;
- Товариство угорської інтелігенції Закарпаття, 40 членів;
- закарпатські угорські громадські організації: Товариство угорської інтелігенції, Товариство угорської культури Берегівщини, Ужгородське товариство угорців, Свалявський угорський культурний союз, Печівське угорське культурне товариство та Мукачівський літературно-просвітний клуб ім. Ференца Ракоці (об'єднані у Форум угорських організацій Закарпаття, голова Арпад Далмаї). Окрім цього, існує дев'ять різного роду економічних спілок угорців України.

З метою задоволення потреб національних меншин, зокрема і угорської спільноти, реалізуються обласні програми: Програма забезпечення розвитку освіти, культури, традицій національних меншин області на 2016–2020 рр. та Програма «Центр культур національних меншин Закарпаття» на 2016–2020 роки.

Відповідно до чинного законодавства угорській національній меншині в Україні гарантується право вивчати рідну мову та право на навчання рідною мовою, можливість створювати свої власні приватні освітні та учбові заклади, здійснювати підготовку вчителів.

У 2017 р. 73 дошкільні навчальні заклади області надають освітні послуги угорською мовою, у 21 закладі діти навчаються та виховуються угорською та українською мовами, у 1 – угорською та російською мовами, у яких виховується 5031 дошкільник.

Право здобути загальну середню освіту угорською мовою учні мають можливість у 99 загальноосвітніх навчальних закладах, у яких навчається 16275 учнів, у тому числі в 71 закладі – з угорською мовою навчання, у 28 викладання здійснюється двома мовами, одна з яких угорська, у тому числі функціонують також п'ять ліцеїв приватної форми власності з угорською мовою навчання, у яких навчається 523 учнів та які засновані благодійними фондами релігійних конфесій регіону.

Вищу освіту угорською мовою здобувають в Ужгородському національному університеті на гуманітарно-природничому факультеті з угорською мовою навчання фахових дисциплін (284 студенти); Гуманітарно-педагогічному коледжі Мукачівського державного університету (4 угорські групи – 58 студентів); Берегівському медичному коледжі (2 угорські групи – 16 студентів); Ужгородському коледжі культури і мистецтва (3 угорські групи – 27 студентів); Закарпатському угорському інституті ім. Ференца Ракоці II (приватна форма власності – 806 студентів).

Центром гунгарології при Ужгородському державному університеті (відкритий 1988 р.), підготовлено і затверджено на вченій раді Університету шкільний угорсько-український словник для учнів відповідних загальноосвітніх шкіл, на видання якого держава виділила 35 тис. грн (наклад – 10 тис. прим.), також підготовлено видання шкільного українсько-угорського та угорсько-українського фразеологічного словника.

Українська держава прагне створити для угорської національної меншини необхідні умови для розвитку культури, збереження національної самобутності, зокрема релігії, мови, традицій та культурної спадщини. В Україні діють Берегівський угорський театр імені Д. Йєша, ансамбль «Угорські мелодії», 82 клубні установи, 570 колективів художньої самодіяльності (18 157 учасників, 7 колективів мають почесне звання «Народний»), численні осередки Товариства угорської культури. В культурно-освітніх закладах влашту-

ються тематичні вечори, концерти, виставки творів живопису та народного декоративно-прикладного мистецтва. Традиційними стали обласні фестивалі «Народні джерела», «Золота осінь» (м. Тячів), свята дружби та інші. Дні угорської культури, які щороку проводяться в різних містах і селах Закарпаття, збирають численних учасників і гостей. У м. Берегове створена і змістовно працює система дозвілля і культурних зв'язків «Глобус», що підтримує творчі контакти з партнерами 12 країн світу.

Представники угорської нацменшини репрезентовані у різного рівня органах самоврядування. Так, за підсумками виборів 2015 р. до Закарпатської обласної ради обрано десять депутатів угорської національності. На парламентських виборах 2014 р. народним депутатом України у виборчому списку «Блоку Петра Порошенка» до Верховної Ради України обрано Василя Івановича Брензовича – голову Товариства угорської культури Закарпаття. Серед депутатів районних, міських, сільських і селищних рад – 912 (13,4 %), у Берегівському районі угорське населення становить 66,9 %, серед 600 депутатів рад всіх рівнів, 450 (75 %) обрано угорців.

Закладам культури угорської національної меншини час від часу надає допомогу їхня етнічна батьківщина. Зокрема, 106 бібліотек, які обслуговують угорське населення, протягом останніх років отримали з Угорщини 1300 прим. книг, обласна універсальна наукова бібліотека та 15 бібліотек області – 7 назв газет, 80 бібліотек – по дві назви журналів. За фінансової підтримки Міністерства культури та національної спадщини Угорщини відділу літератури іноземних мов обласної універсальної наукової бібліотеки надана можливість користуватися базою даних Інтернету та електронною поштою. Щорічно працівники бібліотек, які обслуговують угорське населення, беруть участь у міжнародних конференціях бібліотечних працівників.

Щодобово в ефір виходять 0,4 години телепередач і 0,9 години радіопередач угорською мовою. На всій території Закарпатської області теле- і радіопередачі приймаються з Угорщини. Вирішується питання щодо відновлення функціонування рахівської телестанції.

За останній час встановлено значну кількість пам'ятників і пам'ятних знаків, що увічнюють пам'ять угорців – жертв сталінських репресій, зокрема: Свалявський меморіальний парк, пам'ятники у селах Галоч та Велика Добрань (Ужгородський р-н), Заставне (Берегівський р-н). За кошти держави здійснюється реконструкція пам'ятника історії та архітектури – замку у м. Мукачеві.

Практично всім населеним пунктам Закарпатської області, де компактно проживають угорці, повернуто їх історичні назви.

У цілому по Україні налічується 62 відділи угорської культури в 32 державних музеях.

Віруючі угорці задовольняють релігійні потреби в 90 реформаторських і 59 римо-католицьких громадах. Продовжується робота з повернення культових споруд релігійним громадам, зокрема повернуто комплекс монастиря Францисканів римо-католицькій громаді м. Виноградова. В Закарпатті згідно з даними Відомства для угорців, що проживають за кордоном, серед угорськомовних віруючих 100 тисяч реформатів, 65 тисяч римо-католиків, 30 тисяч греко-католиків, дві тисячі сповідують іудаїзм.

21 липня 2008 р. на Верецькому перевалі було відкрито пам'ятний знак на честь 1100-річчя з часу віднайдення угорськими племенами нової батьківщини в Карпатському басейні. Цим самим було завершено більш ніж 15-річне протистояння організацій українських націоналістів Західної України та угорських громад щодо поновлення пам'ятного знака, який тут був встановлений ще сто років потому і знищений радянськими солдатами у 1968 році.

То які проблеми виникають в Україні у зв'язку з наявністю в складі її населення угорської національної меншини?

Насамперед всі побоювання, інсценізовані нашим східним сусідом щодо автономії, відділення Закарпаття від України є вигадані і спрямовані на розпалювання ворожнечі в українсько-угорських стосунках. У краї створено всі можливості для задоволення культурно-освітніх потреб угорської національної меншини, які відповідають європейським вимогам культурно-національної автономії. І це влаштовує українських угорців, бо, без формального визнання цього статусу, вони його мають фактично.

З урахуванням вищевикладеного, спираючись на угорську історію, потрібно розуміти, що будь-яка угорська влада буде проводить політику захисту своєї національної меншини у сусідніх країнах. Це можливо використати на користь України, або навпаки нашкодити завдяки безглузді політиці.

Наступною проблемою в українсько-угорських стосунках є прийняття Державними Зборами Угорщини Закону про угорців, які проживають в сусідніх країнах. Цей документ набрав чинності із 1 січня 2002 р. і, на думку його авторів, має надати підтримку національно-культурним потребам угорців та допомогти соціально-економічному розвитку тих територій, де вони проживають. Згідно з даними ЗМІ приблизно 200 тис. жителів Закарпатської області вже мають угорські паспорти. У світлі ініціативи Президента П. О. Порошенка про прийняття Верховною Радою Закону України про громадянство, у якому пропонується припинити українське громадянство осіб, які мають громадянство іншої країни, це може призвести до ускладнення українсько-угорських стосунків.

І останнє. Пов'язане насамперед з ростом у двох країн праворадикальних настроїв у політиці і відповідним посиленням партій націоналістичної спрямованості. Саме цей фактор може стати каталізатором загострення українсько-угорських стосунків, ризику реваншизму з вимогами повернення материнських територій до Великої Угорщини. Але з урахуванням того, що Угорщини є країною НАТО та ЄС, її зобов'язання щодо членства у цих спільнотах гарантують Україні недоторканність її кордонів.

<sup>1</sup> История Центрально-Восточной Европы. Часть I / Наталья Алексюн, Даниэль Бовуа, Мари-Элизабет Дюкре [и др.; пер. с фр.: М. Ю. Некрасов и др.]. – СПб. : Изд-во «Евразия», 2009. – С. 539.

<sup>2</sup> Шимов Я. Перекресток Центральная Европа на рубеже тысячелетий / Я. Шимов. – М. : Изд-во Фонд науч. исслед. «Прагматика культуры», 2002.

<sup>3</sup> Європа після Першої світової війни (1919–1923) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://sites.google.com/site/alinaapokopetsna/ucasniki-vijni> – Назва з екрану.

<sup>4</sup> Шипка Н. Угорська національна меншина як чинник формування українсько-угорських міждержавних політичних відносин (1991–2006 рр.) / Н. Шипка. – Л. : Вид-во Національного університету «Львівська політехніка», 2007. – Вип. 19. – С. 208–216.

<sup>5</sup> Ткач Д. Сучасна Угорщина в контексті суспільних трансформацій : моногр. / Д. Ткач. – К. : МАУП, 2004. – 480 с. – С. 399.

<sup>6</sup> Там само. – С. 376.

<sup>7</sup> Декларація про принципи співробітництва між Українською Радянською Соціалістичною Республікою та Угорською Республікою по забезпеченню прав національних меншостей // Зб. чинних міжнародних договорів України. – К., 2001. – Т. 1. – С. 269–274.

<sup>8</sup> Конституція України. – К., 1997. – С. 6.

<sup>9</sup> Україна: утвердження незалежної держави (1991–2001). – К. : Альтернативи, 2001. – С. 385.

<sup>10</sup> Відомості Верховної Ради. – К., 1992. – № 36. – С. 529.

<sup>11</sup> Україна: утвердження незалежної держави (1991–2001). – К. : Альтернативи, 2001. – С. 385.

#### Резюме

##### **Ткач Д. І. Угорська національна меншина в Україні – політико-правовий аспект.**

У статті аналізується роль угорської національної меншини в українському соціумі, висвітлюється політико-правовий аспект забезпечення прав та свобод цієї спільноти, гарантування збереження рідної мови, культури, національних традицій. Стверджується, що в українсько-угорських стосунках створено всі політично-правові умови для того, щоб національні меншини обох країн відчували себе захищеними та, з одного боку, мали тісні стосунки з материнською нацією, а, з іншого, – забезпечити в країні проживання всі можливості для розвитку культурних, освітянських та національних потреб нацменшин. Наводяться конкретні дані про забезпечення права угорської національної меншини в Україні.

**Ключові слова:** Україна, Угорщина, угорська національна меншина, яка проживає в Україні, забезпечення її прав.

#### Резюме

##### **Ткач Д. І. Венгерское национальное меньшинство в Украине – политико-правовой аспект.**

В статье анализируется роль венгерского национального меньшинства в украинском социуме, освещается политико-правовой аспект обеспечения прав и свобод этого сообщества, гарантирования сохранения родного языка, культуры, национальных традиций. Утверждается, что в украинско-венгерских отношениях созданы все политически-правовые условия для того, чтобы национальные меньшинства обеих стран чувствовали себя защищенными и, с одной стороны, имели тесные отношения с материнской нацией, а, с другой, обеспечить в стране проживания все возможности для развития культурных, образовательных и национальных потребностей нацменьшинств. Приводятся конкретные данные об обеспечении права венгерского национального меньшинства в Украине.

**Ключевые слова:** Украина, Венгрия, венгерское национальное меньшинство, проживающее в Украине, обеспечение его прав.

#### Summary

##### **Tkach D. The Hungarian national minority in Ukraine – political and legal aspects.**

The role of the Hungarian national minority in Ukrainian society is analyzed in the article, the political and legal aspects of the provision of the community rights and freedoms, guarantee of preservation of the native language, culture and national traditions are highlighted. It is stated that within Ukrainian-Hungarian relations all political and legal conditions to make the national minorities of both countries feel themselves secure, maintain close relationships with the parent nation on one side and to provide all opportunities to develop cultural, educational and national needs of minorities in the country of residence on another side are created. The specific data on enforcement of rights of the Hungarian national minority in Ukraine are given.

**Key words:** Ukraine, Hungary, Hungarian national minority living in Ukraine, enforcement of rights.

**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»*

## **ЯК СУДДІ ДОПОМАГАЮТЬ СЛІДЧИМ ТА ПРОКУРОРАМ УНИКАТИ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ЗА ВИЛУЧЕНИМ МАЙНОМ**

**“Совкова” ідеологія за 70 років тоталітарної держави нав’язала людям традицію, що дозволено тільки те, що дозволено владі.**

Натомість, прийнята у 1996 р. Конституція України утвердила верховенство права, свободу та недоторканність основоположних прав. У відносинах із владою Конституція України встановила принцип правопорядку, за яким ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Натомість, представникам влади можна лише те, що прямо передбачено Конституцією та законами (ст. 19 Конституції).

Однак, сформоване в радянські часи ставлення працівників каральних органів і суддів до втручання в основоположні права та свободи все ще виразно проявляється в кримінальному процесі. Особливо щодо порядку обмеження права власності.

Кримінально-процесуальний кодекс України 1960 року, який діяв до 20 листопада 2012 р. дозволяв слідчим та прокурорам без рішення суду проводити обшуки, вилучати та арештовувати майно. Тобто, без дозволу суду, на власний розсуд втручатися в Конституційні права.

З прийняттям у 2012 р. нового Кодексу в кримінальний процес введено інститут судового контролю слідчим суддею за дотриманням основних прав осіб під час досудового розслідування (п. 18 ст 3 КПК). Відтоді такі втручання в основні права особи, як обшук житла чи іншого володіння, вилучення чи арешт майна, допустимі лише за ухвалою слідчого судді. Саме такий порядок втручання в основоположні права відповідає Основному Закону.

На відміну від КПК 1960 р. гарантії основоположних Конституційних прав та свобод закріплені у нормах КПК 2012 року, як основні засади кримінального провадження. А зміст і форма кримінального провадження повинні відповідати цим засадам (ч. 2 ст. 7 КПК).

Навіть така блага справа, як збирання доказів вчиненого злочину, потребує дозволу суду, якщо докази знаходяться там, де починається право на недоторканість житла чи іншого володіння, або ж непорушність права власності.

Так ст. 30 Конституції забороняє проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. Ця норма дублюється статтею 13 КПК, якою недоторканність житла та іншого володіння особи віднесено до засад кримінального провадження.

Більш широко порядок втручання в недоторканність володіння особи прописано у ст.ст. 234–236 КПК, які визначають процедуру прийняття судом рішення про надання дозволу на обшук та порядок його проведення слідчими чи прокурорами.

За логікою норм Конституції та засад кримінального провадження кожне втручання в окреме право потребує відповідно окремого судового контролю з постановленням вмотивованого рішення.

Якщо рішення суду про дозвіл на обшук – це підстава ввійти у володіння особи щоб відшукати докази, то щоб обмежити право власності особи на речі, які були вилучені під час обшуку необхідно пройти окрему процедуру судового контролю. Адже вилучення речей, які можуть бути доказами, знаряддям чи предметом злочину, є способом обмеження окремого права – непорушності права власності, закріпленого у ст. 41 Конституції.

Саме тому ст. 16 КПК окремо визначає недоторканність права власності, як одну з засад кримінального провадження. Ця норма встановлює, що позбавлення або обмеження права власності під час кримінального провадження здійснюється лише на підставі вмотивованого судового рішення, ухвале-



**ного в порядку, передбаченому цим Кодексом. І лише на підставах та в порядку, передбачених цим Кодексом, допускається тимчасове вилучення майна без судового рішення.**

Як бачимо, ця базова норма визначає, що майно у кримінальному процесі може мати лише два статуси: перший – майно (речі, документи), право власності на яке обмежене вмотивованим рішенням суду; та другий – тимчасово вилучене майно. І в другому випадку ключовим є слово “тимчасово”, тобто обмежено в часі, при чому обмежено не місяцями чи днями, а годинами, як у випадку з обмеження особистої свободи особи без судового рішення.

Строк тимчасового вилучення майна обмежений ч. 5 ст. 171 КПК яка встановлює, що клопотання слідчого, прокурора про арешт тимчасово вилученого майна повинно бути подано не пізніше наступного робочого дня після вилучення майна, інакше майно має бути негайно повернуто особі, у якій його було вилучено. У разі тимчасового вилучення майна під час обшуку, огляду, здійснюваних на підставі ухвали слідчого судді, клопотання про арешт такого майна повинно бути подано слідчим, прокурором протягом 48 годин після вилучення майна, інакше майно теж має бути негайно повернуто особі, в якій його було вилучено.

Якщо слідчий чи прокурор протягом встановленого строку звернувся до суду з клопотанням про арешт майна, але слідчий суддя протягом 72 годин не постановив ухвали про арешт майна, то воно теж негайно має бути повернуто особі, в якій його було вилучено (ч. 6 ст. 173 КПК).

Як бачимо, єдиним судовим рішенням, яким на досудовому розслідуванні може бути обмежено право власності є ухвала слідчого судді про арешт майна. Адже саме поняття арешту визначене, як тимчасове позбавлення за ухвалою слідчого судді або суду права на відчуження, розпорядження та/або користування майном (ч. 1 ст. 170 КПК). Тобто позбавлення права власності, яке є єдністю, тріумвіратом цих трьох прав.

І саме розгляд слідчим суддею клопотання слідчого чи прокурора про арешт майна є процедурою судового контролю за правомірністю обмеження права власності особи, на майно, яке було вилучене, зокрема, під час обшуку. Під час розгляду клопотання про арешт слідчий чи прокурор повинні довести, що відносно вилученого ними майна існує сукупність підстав чи розумних підозр вважати, що воно є доказом злочину, підлягає спеціальній конфіскації у підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, третіх осіб, конфіскації у юридичної особи, для забезпечення цивільного позову, стягнення з юридичної особи отриманої неправомірної вигоди, можливої конфіскації майна.

Щоб уникнути судового контролю за обмеженням права власності особи на майно, яке було вилучене під час обшуку прокурори та слідчі придумали, що в кримінальному провадженні є не лише тимчасово вилучене майно, а ще й «просто вилучене». При цьому, строк такого «вилучення» майна не визначений, і судовому контролю, тобто процедурі арешту судом таке майно не підлягає.

Така позиція прокурорів та слідчих, яку, на жаль, підтримує багато суддів, спирається на неоднозначне формулювання та визначення порядку вилучення майна під час обшуку в ч. 7 ст. 236 КПК. Ця норма зазначає, що вилучені речі та документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, вважаються тимчасово вилученим майном.

Це визначення, на думку прокурорів і слідчих, дає їм підстави вважати навпаки, що ті речі, які входять до переліку, щодо якого надано дозвіл на відшукання в ухвалі про обшук, не є тимчасово вилученим майном. І відповідно не потребує подальшого арешту судом протягом 48 годин, а тим паче повернення власнику чи володільцю.

За їхньою логікою, ухвала про обшук є не лише рішенням суду, яке дозволяє втрутитися в право на недоторканність житла чи володіння, а й одразу – позбавити особу права власності на речі, що входять до переліку речей, на відшукання яких надано дозвіл і які були вилучені під час обшуку. Зазвичай такий перелік майна в ухвалах про обшук досить широкий та індивідуально не визначений, що залишає поле для зловживань.

**Очевидно, що така позиція правоохоронців щодо майна, вилученого під час обшуку, суперечить Конституції та загальним засадам кримінального провадження.**

По-перше, іншого вилучення майна, ніж тимчасове, не передбачає засаднича ст. 16 КПК, яка встановлює, що в кримінальному процесі право власності може бути обмежене лише судовим рішенням і допускає лише тимчасове вилучення майна. Оскільки зміст і форма кримінального провадження повинні відповідати основним засадам (ч. 2 ст. 7 КПК), то слідчі, прокурори та судді мають керуватися статтею 16 КПК.

По-друге, жодна норма КПК прямо не передбачає, що речі, на відшукання яких під час обшуку надано дозвіл суду, НЕ Є ТИМЧАСОВО ВИЛУЧЕНИМ МАЙНОМ. Не існує і норми, яка передбачає інше, ніж тимчасове вилучення майна. Оскільки таких норм немає, то слідчі й прокурори мають не вигадувати неіснуючого, а діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, як того від них вимагає ст. 19 Основного Закону.

По-третє, у КПК відсутня норма, яка б встановлювала, що ухвала про обшук є рішенням суду, яким особу може бути позбавлено права володіти, користуватися чи розпоряджатися своїм майном. Тобто, права власності.

Як вже було сказано, ухвала про обшук дає дозвіл проникнути в житло чи володіння особи. Тобто втрутитися в право, передбачене статтею 30 Конституції.

Обшук проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукання знаряддя або майна, яке було здобуте в результаті вчинення злочину, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб (ч. 1 ст. 234 КПК).

Натомість, судовим рішенням, яким під час досудового розслідування особу може бути тимчасово позбавлено права власності, є ухвала слідчого судді про арешт майна. Це слідує із формулювання поняття арешту в ч. 1 ст. 170 КПК, як тимчасового позбавлення особи права відчужувати, володіти чи користуватися майном.

Тож, якщо під час досудового розслідування відсутня ухвала слідчого судді про арешт майна, яке було вилучено під час обшуку, то воно має бути негайно повернуте особі, у якій було вилучене, як передбачено в ч. 5 ст. 171 та ч. 6 ст. 73 КПК.

І на останок, в КПК існує норма-запобіжник, на випадок, коли слідчим, прокурорам чи суддям щось у кодексі не зрозуміло.

Частиною 6 ст. 9 КПК, яка визначає принцип законності кримінального провадження, передбачено, що у випадках, коли положення кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження.

Очевидно, що ч. 7 ст. 236 КПК, на яку посилаються слідчі й прокурори неоднозначно регулює питання кримінального провадження. Адже ця норма каже, що вилучене під час обшуку майно, яке не було зазначене в переліку, щодо якого ухвалою про обшук надано дозвіл на відшукання, є тимчасово вилученим майном. Натомість, відсутня норма, яка говорить, що майно, зазначене у такому переліку, не є тимчасово вилученим майном.

Тож слідчі та прокурори, і що головне – судді, мають керуватися загальними засадами кримінального провадження стосовно майна, вилученого під час обшуку. Тобто керуватися статтею 16 КПК і ставитися до майна, вилученого під час обшуку, як до тимчасово вилученого. І таке майно має бути повернуте, якщо протягом 48 годин слідчим чи прокурором до суду не подано клопотання про арешт, або ж якщо після подання клопотання про арешт протягом 72 годин суддя не постановив ухвалу про арешт.

Як бачимо, непорозуміння зі статусом майна, вилученого під час обшуку, виправляється загальними засадами кримінального провадження. Шкода тільки, що не всі слідчі-судді хочуть зміцнювати авторитет і незалежність судової влади та застосовувати в описаних випадках ч. 6 ст. 9 КПК, хоча повинні.

УДК 342.7-053.2 (477)

**М. М. ГВАГВАЛІЯ**

*Маріка Мамуківна Гвагвалія, студентка магістратури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

### **СПРОЩЕНИЙ ПОРЯДОК ЗАХИСТУ ПРАВ ОСІБ В ЦИВІЛЬНОМУ ТА НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСАХ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ**

У зв'язку зі стрімкими змінами законодавства, що регулює інститути виконавчого напису нотаріуса та наказного провадження, є необхідність у їх додатковому дослідженні. Вивчення ознак та порівняння даних механізмів захисту цивільних прав дасть змогу розширити їх розуміння, визначити найбільш дієвий та виважений метод захисту прав, враховуючи ті чи інші життєві ситуації.

Необхідно підкреслити вплив статей Р. Майданика «Виконавчий напис нотаріуса як спосіб захисту цивільних прав: теорія і практика застосування», С. Сенік «Поняття та характерні ознаки наказного провадження», С. Вавженчук та Г. Фулей «Проблеми цивільно-правового захисту прав шляхом вчинення виконавчого напису нотаріусом», О. Грибанова «Виконавчий напис у судовому процесі», О. Штефан «Наказне провадження у цивільному судочинстві України» на позицію автора.

У межах статті буде проаналізовано ознаки наказного провадження та нотаріальної процедури вчинення виконавчого напису нотаріуса. Окреслено доцільність існування різних порядків безспірного захисту суб'єктивних прав та порівняно нотаріальну і судову функцію в аспекті захисту цивільних прав та визначено їх подібні й відмінні ознаки.

Юрисдикція суду та нотаріату чітко розмежовані. Основним критерієм підвідомчості між судом чи нотаріатом є наявність чи відсутність спору про право, за винятком наказного провадження, до компетенції якого також входять безспірні правовідносини.

Результати дослідження правової природи виконавчого напису нотаріуса та судового наказу свідчать про те, що між цими інститутами є багато як спільних, так і відмінних рис. Спрощена процедура наказного провадження певним чином подібна до вчинення виконавчого напису нотаріуса. По-перше, як і наказне провадження, процедура вчинення виконавчого напису не пов'язана із вирішенням спірних правовідносин. Натомість існує неоднакова позиція авторів щодо питання визначення нотаріусом безспірності заборгованості. Слід зауважити, що вчинення виконавчого напису нотаріуса характеризується не безспірністю заявленої вимоги, а безспірністю встановленого порядку стягнення<sup>1</sup>. Тобто, спільною рисою є відсутність позовної форми захисту права (неможливість боржника пред'явити зустрічні вимоги, надати докази, оскільки в процесі бере участь лише одна сторона – кредитор). Із цього приводу О. Штефан зазначає, що «бажання розглянути та вирішувати будь-які справи без урахування характеру поведінки сторін і ступеня обґрунтованості їх вимог у межах однієї процесуальної форми роз'єднує кінцеву мету судочинства і методи її досягнення»<sup>2</sup>. З даним твердженням неможливо погодитись, адже плюралізм захисту цивільних прав є основою сучасної європейської спільноти і свідчить про доцільність існування різних порядків захисту суб'єктивних прав.

По-друге, узагальнена практика Верховного суду України щодо розгляду судами цивільних прав у наказному провадженні містить вдале визначення наказного провадження, а саме – особливий спрощений вид цивільного процесу, спрямований на швидкий та ефективний захист безспірних прав осіб через видачу судового наказу, що водночас є судовим рішенням та виконавчим документом<sup>3</sup>. Із даного визначення випливає ще одна спільна ознака судового наказу та виконавчого напису, а саме: обидва документи поєднують в собі як процесуальний, так і виконавчий характер, тобто є водночас процесуальними та виконавчими документами, виконання яких покладається на державну виконавчу службу відповідно до законодавства про виконавче провадження.

По-третє, виконавчий напис, як і судовий наказ, видається тільки в разі передбачення правочинами сплати грошових сум, передання або повернення майна. Відмінною рисою в даному колі вимог є право звернення стягнення на заставлене майно, яке передбачене Переліком документів, за яким стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса<sup>4</sup>.

По-четверте, обидва документи – судовий наказ та виконавчий напис нотаріуса – мають ознаки умовності, оскільки процедуру як наказного, так і нотаріального провадження (в контексті вчинення виконавчого напису) ініціює кредитор; так і безумовності, зокрема виконавча сила судового наказу та виконавчого напису нотаріуса.

По-п'яте, вищезазначені документи видаються відповідно до видів заборгованостей, чітко та виключно визначених законодавством, що й підтверджує їх безспірний порядок учинення. Такі вимоги передбачені в ЦПК України та Переліком документів, за яким стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса. Так, ст. 96 ЦПК України передбачено, що «судовий наказ може бути видано, у разі, якщо:

- 1) заявлено вимогу про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати;
- 2) заявлено вимогу про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника;

- 3) заявлено вимогу про стягнення заборгованості за оплату житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення та радіомовлення з урахуванням індексу інфляції та трьох відсотків річних, нарахованих заявником на суму заборгованості;

- 4) заявлено вимогу про присудження аліментів на дитину в розмірі тридцяти відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб;

- 5) заявлено вимогу про повернення вартості товару неналежної якості, якщо є рішення суду, яке набрало законної сили, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола споживачів»<sup>5</sup>.

Переліком документів, за якими стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріуса, передбачено стягнення заборгованості за нотаріально посвідченими договорами, з підстав, які впливають з кредитних відносин, стягнення заборгованості, що впливає з відносин, пов'язаних з авторським правом, стягнення заборгованості з батьків або осіб, що їх замінюють, за утримання дітей у закладах освіти, стягнення заборгованості з батьків або осіб, що їх замінюють, за утримання дітей і підлітків в загальноосвітніх школах і професійно-технічних училищах соціальної реабілітації, стягнення за диспашею, стягнення заборгованості з військовослужбовців, звільнених з військової служби, і військовозобов'язаних після закінчення зборів, повернення об'єкта лізингу, стягнення заборгованості з орендної плати за користування державним та комунальним майном, стягнення заборгованості за векселями, опротестованими нотаріусами в установленому законом порядку, стягнення заборгованості за аграрними розписками, стягнення заборгованості з виплати дивідендів<sup>4</sup>.

Однак між цими інститутами захисту цивільних прав існує і низка розбіжностей. По-перше, йдеться про тривалість наказного провадження та вчинення виконавчого напису нотаріусом. У разі прийняття судом ухвали про відкриття наказного провадження суд у триденний строк з моменту її постановлення видає судовий наказ по суті заявлених вимог<sup>5</sup>. Однак ухвалі про відкриття наказного провадження передують запити до відповідних органів щодо місця реєстрації фізичної особи-боржника і у разі встановлення невідсудності заяви про видачу судового наказу даному суду повертає її стягувачеві. Натомість виконавчий напис вчинюється нотаріусом незалежно від місця виконання вимоги, місцезнаходження боржника або стягувача<sup>6</sup>.

По-друге, розбіжності виявляються у моменті набуття законної сили судовим наказом та набранні чинності виконавчим написом: виконавчий напис нотаріуса може бути пред'явленим до виконання з дня його вчинення, у той час як судовий наказ пред'явити можна лише після вступу його у законну силу. Тобто, у випадку оскарження судового наказу момент його виконання відкладається.

По-третє, у порядку і строках їх оскарження. Нотаріальна дія або відмова у її вчиненні, нотаріальний акт оскаржуються до суду. Таке оскарження відбувається в порядку позовного провадження із дотриманням строків позовної давності. Порівнюючи оскарження виконавчого напису нотаріуса з порядком оскарження судового наказу, слід зазначити, що в наказному провадженні боржник має право протягом десяти днів з дня отримання копії судового наказу та доданих до неї документів подати заяву про його скасування. Таким чином боржники можуть оспорити вчинений виконавчий напис нотаріуса протягом трьох років, а судовий наказ – протягом десяти днів.

По-четверте, у розмірі витрат. Так, наприклад, розмір ставки державного мита за вчинення виконавчого напису передбачений підпунктом «о» п. 3 ст. 3 Декрету Кабінету Міністрів України від 21 січня 1993 року № 7-93 «Про державне мито» і становить 1 відсоток суми, що стягується, або 1 відсоток вартості майна, яке підлягає витребуванню, але не менше трьох і не більше ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян<sup>7</sup>. Згідно із Законом України «Про судовий збір» розмір ставок судового збору за подачу заяви про видачу судового наказу для юридичних та фізичних осіб різняться та становить 0,5 і 0,2 розміри прожиткового мінімуму для працездатних осіб відповідно<sup>8</sup>.

По-п'яте, розбіжність виявляється у переліку справ, які можуть розглядатись в порядку наказного та нотаріального провадження. Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку, містить більше підстав для захисту прав у безспірному порядку на відміну від наказного провадження. Слід звернути увагу на той факт, що до 2010 р. судовий наказ та виконавчий напис мали більше спільного в аспекті вимог, зокрема п. 1 ч. 1 ст. 96 ЦПК України передбачалося, що видача судового наказу ґрунтувалась на правочині, вчиненому в письмовій формі<sup>9</sup>. Лише дана вимога стосувалась питання конкуру-



вання наказного провадження та нотаріальної форми захисту цивільних прав, однак зміни в цивільному процесуальному законодавстві, які відбулись в листопаді 2010 р., звузили коло вимог, за якими можливо видавати судові накази, а відтак роль виконавчого напису стала більш вагомим.

На думку Г. Вайштейна, перелік документів, на підставі яких вчиняється виконавчий напис нотаріуса, потребує розширення, оскільки в цей перелік можливо включити більшість справ, які вирішуються суддею одноособово шляхом видачі судового наказу<sup>10</sup>. Із цією думкою варто погодитись, оскільки нотаріус також має матеріально-технічні можливості, щоб вирішувати, наприклад, справи про стягнення заборгованості, вчиняючи виконавчий напис на підставі укладених договорів підряду, договорів поставки, у сфері трудових правовідносин: стягнення з роботодавця нарахованої, але не виплаченої заробітної плати.

Отже, можемо зробити такі висновки. Порівнюючи порядок вчинення виконавчого напису нотаріуса та наказного провадження, можна дійти висновку, що незважаючи на подібність цих двох інститутів, їх не можна ототожнювати. Натомість, наявність цих двох інститутів має позитивний характер для кредитора, який відповідно може обирати: вирішувати питання в позасудовому порядку чи в судовому. Автором доведено, що механізм використання виконавчого напису на практиці буде більш ефективним з розширенням позасудового порядку стягнення і вилучення майна з використанням виконавчого напису на інших видах зобов'язальних відносин.

<sup>1</sup> Фазикош Г. В. Судове рішення в цивільному судочинстві : авторефер. дис. ... канд. юрид. наук / Г. В. Фазикош. – Х., 2008. – С. 20.

<sup>2</sup> Штефан О. Наказне провадження у цивільному судочинстві України / О. Штефан // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 1. – С. 44.

<sup>3</sup> Практика розгляду судами цивільних справ у наказному провадженні : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/2A588DD61838F27BC22573DF0033FF3A>

<sup>4</sup> Про затвердження переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів : Постанова КМУ від 29 червня 1999 р. № 1172 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1172-99-п>

<sup>5</sup> Цивільний процесуальний кодекс України в редакції від 19 жовтня 2016 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

<sup>6</sup> Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України. Затв. наказом Мін'юсту України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12>

<sup>7</sup> Про державне мито : декрет Кабінету Міністрів України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1993. – № 13. – Ст. 113.

<sup>8</sup> Про судовий збір : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2012. – № 14. – Ст. 87.

<sup>9</sup> Цивільний процесуальний кодекс України в редакції від 30 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

<sup>10</sup> Вайштейн Р. Исполнительная надпись нотариуса – документ для принудительного исполнения / Р. Вайштейн // Российская юстиция. – 2002. – № 5. – С. 45–48.

### Резюме

**Гвагвалія М. М. Спрощений порядок захисту прав осіб в цивільному та нотаріальному процесах: порівняльний аспект.**

У статті визначаються сутність та характеристики таких правових інструментів, як виконавчий напис нотаріуса та судовий наказ у системі захисту цивільних прав. Порівнюється порядок стягнення заборгованості в позасудовому та судовому порядку на підставі вчинення виконавчих написів нотаріусів та в порядку наказного провадження відповідно.

**Ключові слова:** виконавчий напис нотаріуса, судовий наказ, наказне провадження, стягнення заборгованості, нотаріальна функція, захист цивільного права.

### Резюме

**Гвагвалія М. М. Упрощенный порядок защиты прав в гражданском и нотариальном процессах: сравнительный аспект.**

В статье освещаются суть и характеристика таких правовых инструментов, как исполнительная надпись нотариуса и судебный приказ в системе защиты гражданских прав. Сравняется порядок взыскания задолженности в внесудебном и судебном порядке на основании совершения исполнительной надписи нотариуса и в порядке приказного производства соответственно.

**Ключевые слова:** исполнительная надпись нотариуса, судебный приказ, приказное делопроизводство, взыскание задолженности, нотариальная функция, защита гражданских прав.

### Summary

**Gvagvaliia M. M. The simplified procedure for the protection of rights in civil and notarial processes: a comparative aspect.**

The article concerns the legal nature of such instruments as the executive inscription of a notary and a court order in the system of civil rights protection. It compares the order of debt collection in the pre-judicial and judicial proceedings, which grounds of execution inscription of the notary and in the order of the writ proceeding accordingly.

**Key words:** an Executive inscription of the notary, the Court order, the writ proceedings, debt collection, the notarial function, civil rights protection.

## Т. В. КУКСА

*Тетяна Володимирівна Кукса, студентка магістратури Київського університету права НАН України*

## ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ СІМЕЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Життя кожної людини є особливим, багатоаспектним та неповторним. Протягом нього фізична особа стає учасником різних суспільних відносин, у тому числі правовідносин – цивільних, трудових, адміністративних, житлових тощо, деколи – й кримінальних. Однак важко уявити, щоб особа протягом життя не перебувала у сімейних відносинах того чи іншого виду. Найімовірніше, це є неможливим.

Як зазначає З. В. Ромовська, сім'я, родина – основа буття кожної людини<sup>1</sup>. Саме тому сфера сімейно-правових відносин потребує особливої уваги суспільства, законодавця та інших нормотворців, науковців. Дана тематика невичерпна та завжди актуальна.

Правові відносини є необхідним елементом існування та функціонування цивілізованого суспільства. Поняття, ознаки, функції, елементи, підстави виникнення та руху правовідносин, незважаючи на постійну увагу науковців, залишаються популярним об'єктом наукових досліджень та дискусій. Що стосується сімейних правовідносин, то останнім часом вони розвиваються настільки динамічно та в багатьох випадках принципово відмінно та навіть протилежно порівняно із розвитком подібних відносин ще декілька десятиліть, і навіть років тому, що дослідження їх та тісно пов'язаних із ними явищ є вкрай нагальним питанням. Зокрема, це зумовлено розвитком медичних технологій у сфері репродуктивного здоров'я: сурогатне материнство, генетичні дослідження, штучне запліднення, можливість зберігання та використання крові та інших анатомічних матеріалів людини, у тому числі тих, які здатні виконувати репродуктивну функцію тощо.

В юридичній літературі за підставами виникнення та суб'єктним складом сімейні правовідносини підрозділяються на наступні види:

а) шлюбні (подружні) правовідносини, в основі яких лежить шлюб та учасниками яких є дружина та чоловік, зокрема і колишні дружина та чоловік (розділ II Сімейного кодексу України, далі – СК);

б) батьківські правовідносини, які виникають між батьками та дітьми, а також між самими батьками дитини (розділ III СК);

в) правовідносини, які прирівняні до батьківських повністю (відносини між усиновлювачами та усиновленими) або частково (відносини між опікунами, піклувальниками, прийомними батьками, батьками-вихователями, патронатними вихователями та дітьми, прийнятими на виховання тощо) (розділ IV, VI СК);

г) правовідносини між іншими членами сім'ї, родичами, тобто сестрами і братами, бабусями (дідусями) і онуками (онуками) тощо (розділ V СК).

Наведена класифікація сімейних правовідносин відображає структуру «особливої частини» СК. Вона віддзеркалює основні блоки правових зв'язків, які складаються у досліджуваній сфері. Так, одна особа може бути одночасно учасником декількох сімейних правовідносин, виступаючи в одних із них у якості чоловіка, в іншому – в якості батька, у третьому – як брат тощо. Функціонально ці правовідносини відносно незалежні одне від одного, виникають, змінюються та припиняються у силу різних підстав, складаються між різними особами, мають різний зміст тощо<sup>2</sup>.

Разом із тим, вона є вичерпною, і її можна розширити, зауважує О. М. Нечаєва, лише у випадках, спеціально передбачених законом<sup>3</sup>.

Специфічні ознаки сімейно-правових відносин узагальнюються в сучасній доктрині.

Предметом сімейного права є майнові та особисті немайнові сімейні правовідносини.

При цьому не будь-які особисті немайнові відносини є правовими. Це зумовлено тим, що сімейні відносини регулюються СК України лише у тій частині, у якій це є допустимим і можливим з точки зору інтересів їх учасників та інтересів суспільства (ч. 3 ст. 7 СК України).

Так, згідно ч. 4 ст. 2 СК України не регулюються сімейні відносини між: двоюрідними сестрами та братами, тіткою, дядьком та племінницею, племінником і між іншими родичами за походженням. При цьому, як зауважує Л.В. Афанасьева, сімейні відносини між зазначеними родичами за походженням існують, проте, оскільки вони не врегульовані нормами сімейного права, то не мають якості правовідносин і регулюються насамперед нормами моралі<sup>4</sup>. Тобто, нормами права врегульовуються насамперед майнові відносини, для яких все більш характерною є диспозитивність правового регулювання.

Будь-які сімейні правовідносини мають особистий характер, незалежно від їх цільової спрямованості, характеру та виду.

Більшість сімейних прав та обов'язків, маючи особистий характер, не можуть відчужуватися, передаватися іншим особам. Однак здійснення їх прав і обов'язків, а тим більш їх захист, не обов'язково вимагають особистої участі їх володільця<sup>5</sup>.

Існування сімейних відносин не залежить від наявності чи відсутності довіри між їх учасниками: чи довіряють одне одному платник та одержувач аліментів чи ні, зобов'язання зберігається<sup>6</sup>.

Отже, можна стверджувати, що усім сімейним відносинам властивий особистий характер, але не завжди особисто-довірчий.

Як правило, особа одночасно є учасником декількох сімейних правовідносин, різних за своїм змістом. Так, вона може виступати одночасно як син, як брат, як батько, як онук, як чоловік, і навіть як вітчим. Характер сімейного правовідношення і визначається тим, у якій саме якості особа виступає у даному правовідношенні<sup>7</sup>.

Сімейні правовідносини є тривалими за характером. Однак, на відміну від цивільних правовідносин (зокрема, власності, авторських правовідносин), для сімейних правовідносин він впливає із самої їх природи.

При укладенні шлюбу метою є створення сім'ї; у батьківських правовідносинах – забезпечення правових засобів для належного виховання дітей; в аліментних – забезпечення матеріального утримання.

Незважаючи на тривалий характер, сімейні правовідносини за строком дії можуть бути безстроковими (відносини між братами та сестрами), передбачаються безстроковими (відносини між подружжям), або є строковими (відносини по вихованню дітей). Строкові правовідносини встановлюються на максимальну доцільну у даному випадку тривалість часу.

Сімейні правовідносини виникають переважно не із правочинів та деліктів (як у цивільному праві), а з таких юридичних фактів, як шлюб, народження, усиновлення<sup>8</sup>. У структурі таких підстав виникнення правовідносин, поєднуються біологічні та юридичні засади<sup>9</sup>.

Підставами виникнення, зміни, припинення сімейних правовідносин можуть бути також акти державних органів про реєстрацію шлюбу, народження, смерть, усиновлення, розірвання шлюбу.

Сім'я як «осередок суспільства» має складатися щонайменше з двох осіб. Підстави створення сім'ї визначаються у ч. 4 ст. 3 СК. Відповідно до цієї норми ними є: шлюб; кровне споріднення; усиновлення; інші підстави, не заборонені законом і такі, що не суперечать моральним засадам суспільства.

Попри зовнішню нескладність переліку підстав створення сім'ї, щодо нього необхідні деякі застереження.

По-перше, слід зазначити, що у зазначеній нормі мається на увазі створення сім'ї у юридичному значенні цього поняття, оскільки «сім'я», як явище природне та соціальне, існує незалежно від приписів норм права, а її ознаки і підстави виникнення визначаються нормами не юридичного (так званого, «позитивного»), а природного права. Що ж стосується поняття сім'ї як юридичної категорії, зокрема, як категорії законодавства, то воно визначається законодавцями вольовим шляхом і може змінюватися у залежності від уявлень суспільства та державної політики у відповідній галузі.

По-друге, слід враховувати, що перелік підстав створення сім'ї, вказаних у ч. 4 ст. 3 СК (шлюб, кровне споріднення, усиновлення), не є вичерпним, а має орієнтовний характер, оскільки далі згадуються «інші підстави, не заборонені законом і такі, що не суперечать моральним засадам суспільства». Така позиція щодо визначення підстав створення сім'ї виглядає досить ліберальною, однак можливість практичного її втілення у життя залишається досить сумнівною. Зокрема, відносини опіки та піклування над дітьми, договору патронату щодо дітей відповідно до ст. 2 СК нібито можуть бути визнані «сімейними».

Важливим є те, що законом право на створення сім'ї пов'язується з поняттям «право на укладення шлюбу» (ч. 1 ст. 4 СК). Тим самим підкреслюється, що таке право виступає тут як елемент, так званої, «сімейної дієздатності» – складової частини цивільної дієздатності фізичної особи.

Слід звернути увагу на необхідність розрізнення понять «право на укладення шлюбу» і «право на сім'ю», оскільки останнє є ширшим і може реалізовуватися як за волею особи, так і незалежно від її волі (якщо існує прямиий припис закону). Прикладом такої «примусової» реалізації права на сім'ю може бути правило ч. 2 ст. 4 СК, яка передбачає, що «сім'ю може створити особа, яка народила дитину, незалежно від віку». Хоча у зазначеній нормі сказано «може створити», однак більш правильно вважати, що у разі народження дитини сім'я утворюється незалежно від бажання такої особи (очевидно, у законі мається на увазі жінка). Така презумпція має практичне значення з врахуванням сенсаційних повідомлень деяких ЗМІ про імплантацію ембріона чоловікові, народження ним дитини і т.п.). Підставою виникнення сім'ї тут є факт народження дитини, а не волевиявлення особи на створення сім'ї. Тим більше, що народити дитину може і неповнолітня, і навіть малолітня особа («незалежно від віку» – як сказано у ч. 2 ст. 4 СК). Отже, волевиявлення останньої юридичного значення саме по собі не має (ст.ст. 31, 32 ЦК України). Крім того, інший підхід до вирішення цього питання означав би порушення прав дитини, котра також є фізичною особою і відповідно до ст. 291 ЦК України незалежно від віку має право на сім'ю. Таким чином, при народженні дитини сім'я, яка складається з матері та дитини, виникає автоматично (підставою є кровна спорідненість, про що йдеться у ч. 4 ст. 3 СК). Перешкодою виникнення такої сім'ї, очевидно, могла б бути лише відмова матері від дитини (але, якщо матір малолітня, то дії, пов'язані з такою відмовою не входять до обсягу її цивільної дієздатності).

Варто зазначити, що право на сім'ю як елемент цивільної правоздатності охоплює не тільки можливість приватної особи мати сім'ю, але й право особи на повагу до свого сімейного життя.

<sup>1</sup> Ромовська З. В. Українське сімейне право : підручник [для студ. вищ. навч. закл.] / Зорислава Ромовська. – К. : Правова єдність, 2009. – С. 3.

<sup>2</sup> Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : ПБОЮЛ Л. В. Рожников, 2001. – Т. 3. – С. 289.

<sup>3</sup> Нечаева А. М. Семейное право : курс лекций / А. М. Нечаева. – М. : Юристъ, 2002. – С. 12.

<sup>4</sup> Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : ПБОЮЛ Л. В. Рожников, 2001. – Т. 3. – С. 282–285.

<sup>5</sup> Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве / Я. Р. Веберс. – Рига : Зинатне, 1976. – С. 185.

<sup>6</sup> Антокольская М. В. Семейное право [Текст] : учебн. / М. В. Антокольская. – [3-е изд., перераб. и доп.]. – М. : Норма: Инфра-М, 2010. – 20 с.

<sup>7</sup> Ворожейкин Е. М. Семейные правоотношения в СССР [Текст] / Е. М. Ворожейкин. – М. : Юрид. лит., 1972. – С. 69–70.

<sup>8</sup> Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : ПБОЮЛ Л. В. Рожников, 2001. – Т. 3. – С. 282.

<sup>9</sup> Данилин В. И. Юридические факты в советском семейном праве [Текст] / В. И. Данилин, С. И. Реутов. – Свердловск : Изд-во Урал. ун-та, 1989. – С. 10.

#### Резюме

##### **Кукса Т. В. Підстави виникнення сімейних правовідносин.**

Стаття присвячена дослідженню правової природи підстав виникнення сімейних правовідносин. У результаті аналізу сучасної сімейно-правової доктрини встановлено низку специфічних ознак, які дозволяють відмежувати їх від сфери правового регулювання цивільно-правових підстав виникнення правовідносин. Сімейні правовідносини є самостійним видом галузевих відносин, про що свідчить їх мета, соціальне призначення і характерні ознаки.

**Ключові слова:** сімейні правовідносини, виникнення, зміна, припинення відносин, правова природа, елементи, суб'єкт, об'єкт, зміст.

#### Резюме

##### **Кукса Т. В. Основания возникновения семейных правоотношений.**

Статья посвящена исследованию правовой природы оснований возникновения семейных правоотношений. В результате анализа современной семейно-правовой доктрины установлен ряд специфических признаков, которые позволяют отграничить их от сферы правового регулирования гражданско-правовых оснований возникновения правоотношений. Семейные правоотношения является самостоятельным видом отраслевых отношений, о чем свидетельствует их цель, социальное назначение и характерные признаки.

**Ключевые слова:** семейные правоотношения, возникновение, изменение, прекращения отношений, правовая природа, элементы, субъект, объект, содержание.

#### Summary

##### **Kuksa T. The grounds of family relationships.**

The article investigates the legal nature of the grounds of family relationships. The analysis of modern family law doctrine found a number of specific features that allow you to distinguish them from the scope of legal regulation of civil legal grounds of legal relations. Family relationship is independent view of industrial relations, as evidenced by their purpose, social purpose and characteristic features.

**Key words:** family relationship, occurrence, change, suspension of relations, legal nature, elements, subject, object, content.

УДК 341.63

**Н. Є. МУСІЄНКО**

*Наталія Євгеніївна Мусієнко, студентка магістратури Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ПРАВОНАСТУПНИЦТВО ЯК ПІДСТАВА ПЕРЕХОДУ ПРАВА НА АРБІТРАЖНУ УГОДУ

На сьогоднішній день в українських реаліях, у період скорочення штату суддівського корпусу альтернативні способи вирішення спорів виступають найбільш ефективними способами вирішення спорів.

Зокрема, провідне місце серед альтернативних способів вирішення спорів займає міжнародний комерційний арбітраж.

Серед вчених та практиків існують різні думки щодо переходу права на арбітражну угоду, оскільки одні виходять із принципу автономності арбітражної угоди, а інші вважають, що арбітражна угода є такою ж частиною угоди сторін нарівні з іншими положеннями угоди. Аналіз судової практики демонструє відсутність єдиного підходу до вирішення проблеми

Актуальність теми зумовлена недостатнім дослідженням питань, пов'язаних з переходом права на арбітражну угоду в результаті правонаступництва.



**Метою** статті є виявлення та аналіз підходів до переходу права на арбітражну угоду в результаті правонаступництва.

Проблеми міжнародного комерційного арбітражу були досліджені у роботах українських та зарубіжних науковців Г. Анцелевича, А. Венедиктова, В. Опришка, Д. Притики, Ю. Притики, О. Торгашина, Г. Цірата, С. Ніколюкіна, В. Мусіна, Г. Борна, П. Сандерс, В. Тетлей, К. Холбера тощо.

Щодня у світі укладається, виконується і порушується безліч різноманітних договорів. Більшість із них у тексті основного договору містять арбітражні застереження або ж окремо укладену арбітражну угоду.

Водночас постійно здійснюється реорганізація юридичних осіб, права за договорами передаються третім особам.

Постає закономірне питання, що ж відбувається з правом на арбітражний розгляд при переході прав (обов'язків) за договорами до третіх осіб.

Нижче ми подаємо аналіз вітчизняної та закордонної практики переходу права на арбітражну угоду в результаті правонаступництва, а також визначаємо, як в Україні на законодавчому рівні врегульовано питання переходу права на арбітражну угоду.

Право (обов'язок), яке виникло з договору, може перейти до іншої особи в результаті універсального (при реорганізації однієї або обох сторін договору – юридичних осіб, банкрутство, спадкування після громадянина-підприємця) або сингулярного правонаступництва. Останнє може ґрунтуватися на угоді сторін (цесії, переведенні боргу) або на нормах закону, що пов'язують правонаступництво з настанням певних юридичних фактів (наприклад, виконанням зобов'язання боржника його поручителем чи заставодавцем, суброгацію в майновому страхуванні).

Отже, перехід права на арбітражну угоду може бути наслідком універсального чи сингулярного правонаступництва.

У науці цивільного права залежно від обсягу розрізняють універсальне (повне) і сингулярне (часткове) правонаступництво. Універсальне правонаступництво настає у разі смерті громадянина та припинення юридичної особи з правонаступництвом або створення юридичної особи шляхом виділу, а сингулярне – заміни кредитора чи боржника у зобов'язанні, а також в інших випадках заміни особи у відносинах, щодо яких виник спір.

Відповідно до норм чинного законодавства України в частині універсального правонаступництва, зокрема, ч. 1 ст. 514 Цивільного кодексу України, *до нового кредитора переходять права первісного кредитора у зобов'язанні в обсязі і на умовах, що існували на момент переходу цих прав, якщо інше не встановлено договором або законом.*

Отже, у результаті універсального правонаступництва до правонаступника переходить увесь комплекс прав і обов'язків правовласника, що дає змогу дійти висновку, що до правонаступника переходить у тому числі і право на арбітражну угоду.

Проте згідно з ч. 1 ст. 16 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» *третейський суд може сам прийняти постанову про свою компетенцію, у тому числі стосовно будь-яких заперечень щодо наявності або дійсності арбітражної угоди. З цією метою арбітражне застереження, що є частиною договору, повинно трактуватися як угода, що не залежить від інших умов договору.*

Отже, Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж», який було прийнято на основі Типового закону ЮНСІТРАЛ, вказує на автономність (*separability*) арбітражного застереження.

Вважаємо, дану колізію допоможе усунути розуміння того, що дана норма Цивільного кодексу України є нормою матеріального права, у той час як норми, що регулюють арбітражні відносини, є нормами процесуального права. Як зазначали Ю. Притика та П. Куфтирєв, для виключення державного суду, тобто вилучення тієї чи іншої справи з його ведення і допустимості арбітражної угоди, ці питання вирішуються на підставі цивільного процесуального законодавства<sup>1</sup>.

Крім того, підхід, відповідно до якого право на арбітражну угоду переходить до правонаступника суперечить ст. 511 Цивільного кодексу України, згідно з якою *зобов'язання не створює обов'язку для третьої особи*. Ця норма стосується як і окремої арбітражної угоди між сторонами договору, так і арбітражного застереження, оскільки відповідно до Модельного закону ЮНСІТРАЛ арбітражне застереження, яке є частиною договору, повинно трактуватися як угода, що не залежить від інших умов договору.

Пропонуємо звернутися до праць авторитетних дослідників проблем, пов'язаних з міжнародним комерційним арбітражем та арбітражними угодами.

На думку В. Мусіна, у результаті правонаступництва до нової сторони (сторін) переходить право на арбітражну угоду. Зокрема, В. Мусін зазначив, що особа, до якої в порядку універсального правонаступництва переходить цивільне правовідношення, яке супроводжується домовленістю про вирішення пов'язаних з ним спорів третейським судом, становиться правонаступником не тільки матеріальних, але й відповідних процесуальних прав і обов'язків, які виникли із вказаної угоди<sup>2</sup>.

Іншої позиції дотримуються О. Скворцов та І. Резніченко, О. Скворцов вважає, що оскільки реорганізація є особливим способом утворення нових і припинення діючих юридичних осіб, то реорганізація повинна розглядатися як підстава для припинення дії арбітражної угоди<sup>3</sup>.

На думку І. Резніченка, третейська угода в силу її довірчої природи має не знеособлений, а персоніфікований характер. У зв'язку з чим участь в арбітражній угоді не переходить до інших осіб з жодних підстав, а це означає, що навряд чи можна вважати, що в третейському розгляді спорів існує інститут правонаступництва<sup>4</sup>.

Цікавою є думка науковців, які вважають, що при сингулярному правонаступництві, якщо сторони договору і нова сторона спільно погоджуються на заміну однієї зі сторін договору на цю нову особу, не передбачаючи яких-небудь інших умов для арбітражної угоди, то положення про останню також поширюються на нову сторону.

Зарубіжна судова практика також має розходження щодо підходів до переходу права на арбітражну угоду. Зокрема, Вищий арбітражний суд Російської Федерації у своїй постанові Пленуму «Про співвідношення правонаступництва і арбітражної (третейського) застереження (угоди)» дійшов висновку, що при універсальному правонаступництві до правонаступника переходить увесь комплекс майнових прав та обов'язків правласника, у тому числі права (обов'язки) по арбітражній (третейській) угоді. Проте водночас суд виокремив ряд випадків, коли право на арбітражну угоду автоматично не переходить до нових сторін (сторони), а потребує додаткового погодження порядку вирішення спорів між сторонами. До таких випадків, зокрема, належить перехід права на арбітражне застереження в результаті сингулярного правонаступництва.

Цікавим також є узагальнення арбітражної практики в Республіці Білорусь. Зокрема, згідно з п. 3 постанови Пленуму Вищого Господарського Суду Республіки Білорусь № 34 від 23 грудня 2005 р. *перехід цивільних прав та обов'язків від однієї сторони до іншої не тягне за собою переходу процесуальних прав і обов'язків, у зв'язку з чим, наприклад, арбітражна угода не може бути предметом цесії*.

Очевидно, що в даному випадку судді виходили з того факту, що при цесії відбувається заміна кредитора чи боржника в конкретному зобов'язанні, а не заміна сторони в договорі, а тому відповідно дана угода не може бути підставою для переходу права і на арбітражну угоду.

Щодо практики українських судів, то Вищий господарський суд України у своїй постанові у справі № 15/130-10-3656 від 2 лютого 2011 р. дійшов наступних висновків:

– угода, навіть укладена у вигляді арбітражного застереження у попередньому договорі, не втрачає свою силу з припиненням дії такого попереднього договору;

– оскільки основні договори купівлі-продажу та відповідні додатки, що були укладені на виконання попереднього договору, є такими, що не виконані, а зобов'язання за ними не припинили свою дію, спір між сторонами у цій справі має розглядатись в Міжнародному комерційному арбітражі при Торгово-промисловій палаті України відповідно до арбітражної угоди, провадження у справі підлягає припиненню відповідно до ст. 8 (1) та ст. 16 (1) Закону «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Колегія суддів Судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України в своїй Ухвалі від 1 червня 2011 р. у справі № 6-3343св11 дійшла висновку, що оскільки договір комісії розірвано, а тому арбітражна угода (третейське застереження) втратила силу, не заслуговують на увагу, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 16 Закону, третейський суд може сам прийняти постанову про свою компетенцію, у тому числі стосовно будь-яких заперечень щодо наявності або дійсності арбітражної угоди. З цією метою арбітражне застереження, що є частиною договору, повинно трактуватися як угода, що не залежить від інших умов договору. Винесення третейським судом рішення про недійсність договору не тягне за собою в силу закону недійсність арбітражного застереження.

На підставі вищевикладеного можемо дійти наступних висновків. Вважаємо, що підхід згідно з яким право на арбітражну угоду переходить до третіх осіб у результаті правонаступництва є некоректним, з огляду на наступне:

– такий підхід суперечить положенням чинного спеціалізованого міжнародного та українського законодавства, зокрема Модельному закону ЮНСІТРАЛ та Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»;

– сторони договору мають вільне волевиявлення щодо вибору того чи іншого способу вирішення спорів і фактично автоматичний перехід права на арбітражну угоду позбавляє особу права на вільний вибір підсудності спору при поновленні порушеного права;

– арбітражна угода є незалежною угодою сторін і відображає волевиявлення саме тих осіб, які її уклали;

– положення ст. 514 Цивільного кодексу України можна трактувати звужено, вказавши, що до нового кредитора у зобов'язанні переходять ті права, які стосуються самого зобов'язання, а не взаємовідносин сторін у цілому.

Підсумовуючи викладене та проаналізований матеріал вважаємо, що вітчизняній та зарубіжній практиці необхідно виробити єдиний підхід щодо переходу права на арбітражну угоду з метою уникнення тривалих процесів з визначення компетентності арбітражного суду.

<sup>1</sup> Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти / Ю. Д. Притика, П. В. Куфтирев // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 3. – С. 67–72.

<sup>2</sup> Мусин В. А. Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» // Третейский суд. – 2003. № 1. – С. 22.

<sup>3</sup> Скворцов О. Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России. Проблемы. Тенденции. Перспективы / О. Ю. Скворцов. – М., 2005. – С. 310–318.

<sup>4</sup> Резниченко И. М. Проблема правопреемства в третейском суде / И. М. Резниченко // Третейский суд. – 2002. – № 5/6. – С. 107.

Резюме

**Мусієнко Н. Є. правонаступництво як підстава переходу права на арбітражну угоду.**

У статті висвітлена проблема переходу права на арбітражну угоду в результаті правонаступництва. Проаналізовано зарубіжні та вітчизняні підходи щодо правонаступництва як підстави для переходу права на арбітражну угоду. В статті також було висвітлено зарубіжну та українську практику щодо переходу права на арбітражну угоду при правонаступництві. Окреслено умови переходу права на арбітражну угоду при універсальному та сингулярному правонаступництві.

**Ключові слова:** арбітраж, правонаступництво, Міжнародний комерційний арбітраж, арбітражна угода, арбітражне застереження, Модельний закон ЮНСІТРАЛ, перехід прав.

Резюме

**Мусиенко Н. Е. Правопреемство как основание для перехода права на арбитражное соглашение.**

В статье освещена проблема перехода права на арбитражное соглашение в результате правопреемства. Проанализированы зарубежные и отечественные подходы к правопреемству как основанию для перехода права на арбитражное соглашение. В статье была также освещена зарубежная и украинская практика перехода права на арбитражное соглашение при правопреемстве. Определены условия перехода права на арбитражное соглашение при универсальном и сингулярном правопреемстве.

**Ключевые слова:** арбитраж, правопреемство, Международный коммерческий арбитраж, арбитражное соглашение, арбитражная оговорка, Модельный закон ЮНСИТРАЛ, переход прав.

Summary

**Musiienko N. Assignment of an arbitration agreement as a result of succession.**

The article was focused on the problem of the assignment of an arbitration agreement as a result of succession. In the article has been analyzed the foreign and domestic approaches to succession as the basis of the assignment of an arbitration agreement. The article was also analyzed foreign and Ukrainian law on the assignment of an arbitration agreement as the result of succession. There was specified conditions of assignment of an arbitration agreement under the universal and singular succession in the article.

**Key words:** arbitration, succession, international commercial arbitration, arbitration agreement, arbitration clause, the UNCITRAL Model Law, the assignment of rights.

УДК 347.454.3

**А. О. НЕДОШОВЕНКО**

*Андрій Олексійович Недошовенко, студент  
магістратури Київського національного універси-  
тету імені Тараса Шевченка*

**ДОГОВІР БУДІВЕЛЬНОГО ПІДРЯДУ ТА ДОГОВІР ПІДРЯДУ  
НА КАПІТАЛЬНЕ БУДІВНИЦТВО: ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА  
ТА ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ**

Будівництво – це галузь матеріального виробництва, в якій створюються основні фонди виробничого і невиробничого призначення. Оскільки процес будівництва за власною юридичною природою є складним, багатоаспектним та ризикованим процесом, даний вид діяльності потребує детальної правової регламентації, що здійснюється через законодавче регулювання сфери будівництва уповноваженими органами державної влади шляхом прийняття обов'язкових до виконання юридичних актів та договірне регулювання, що здійснюється в децентралізованому порядку сторонами договірних відносин. У межах договірного регулювання відносин у галузі будівництва основними видами договорів виступають договір будівельного підряду та договір підряду на капітальне будівництво.

Актуальність даного дослідження зумовлена тим, що в доктрині цивільного та господарського права, на жаль, відсутній єдиний підхід щодо співвідношення договору будівельного підряду та договору підряду на капітальне будівництво, що зумовлює потребу у детальному аналізі даної проблеми.

Серед вчених, які досліджували правову природу договору будівельного підряду та договору підряду на капітальне будівництво в системі цивільно-правових та господарсько-правових договорів, слід виділити таких вчених, як: О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова, В. В. Вітрянський, М. І. Брагінський, Ю. Г. Басін, О. С. Іоффе, Н. В. Трофуненко, Г. М. Гриценко, Н. О. Тарасова, Е. С. Альохіна, В. Д. Базилевич, С. В. Сенік, О. В. Губський, С. Н. Братусь та інших. Однак, незважаючи на наявність значної кількості наукових праць, що присвячені договору будівельного підряду, питання співвідношення договору будівельного підряду та договору підряду на капітальне будівництво, а також особливості правового регулювання договірних відносин між сторонами зазначених договорів є недостатньо дослідженим у теоретичному плані.

**Метою** даної статті є дослідження спільних та відмінних ознак, що притаманні договору будівельного підряду та договору підряду на капітальне будівництво, визначення особливостей даних договірних конструкцій, а також порівняння зазначених договорів.

Згідно зі ст. 875 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) за договором будівельного підряду підрядник зобов'язується збудувати і здати у встановлений строк об'єкт або виконати інші будівельні роботи відповідно до проектно-кошторисної документації, а замовник зобов'язується надати підрядникові будівельний майданчик (фронт робіт), передати затверджену проектно-кошторисну документацію, якщо цей обов'язок не покладається на підрядника, прийняти об'єкт або закінчені будівельні роботи та оплатити їх. Договір будівельного підряду є різновидом договору підряду, що підпадає під регулювання глави 61 «Підряд» ЦК України, а отже, при з'ясуванні правової природи даного договору слід керуватися не лише спеціальними нормами, що регламентують будівельний підряд безпосередньо (ст.ст. 875–886), а також нормами, що регулюють загальні положення про підряд<sup>1</sup>.

Законодавче визначення договору підряду на капітальне будівництво міститься в главі 33 «Капітальне будівництво» Господарського кодексу України (далі – ГК України). Згідно зі ст. 318 ГК України за договором підряду на капітальне будівництво одна сторона (підрядник) зобов'язується своїми силами та засобами на замовлення другої сторони (замовника) побудувати і здати замовникові у встановлений строк визначений договором об'єкт відповідно до проектно-кошторисної документації або виконати зумовлені договором будівельні та інші роботи, а замовник зобов'язується передати підряднику затверджену проектно-кошторисну документацію, надати йому будівельний майданчик, прийняти закінчені будівництвом об'єкти і оплатити їх<sup>2</sup>.

Слід зазначити, що хоча ГК України й містить норми, присвячені істотним умовам договору підряду на капітальне будівництво, суб'єктному складу даного договору, відповідальності сторін, однак стосовно детального регулювання укладення та виконання договорів підряду у капітальному будівництві ГК України у ч. 1 ст. 323 передбачає лише бланкетну норму, яка відсилає до відповідних положень Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. № 668 (далі – Загальні умови)<sup>3</sup>. Зазначений підзаконний нормативно-правовий акт є обов'язковим для врахування під час укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві (п. 2 Загальних умов). З огляду на те, що Загальні умови регулюють саме відносини, пов'язані з капітальним будівництвом, положення зазначеного акта не є обов'язковими для врахування при укладенні договору будівельного підряду на виконання робіт, не пов'язаних з капітальним будівництвом.

Варто наголосити, що у радянській доктрині цивільного права існувала наукова дискусія щодо співвідношення договору будівельного підряду та договору підряду на капітальне будівництво. Так, зазначалося, що різниця між договорами підряду та підряду на капітальне будівництво виражалася в їх суб'єктному складі (у першому сторонами могли виступати будь-які учасники цивільного обороту, а в другому – тільки соціалістичні організації), в предметі (договір підряду опосередковував виконання будь-яких робіт, а договір підряду на капітальне будівництво – лише чітко визначених), у змісті (в той час як в договорі підряду йшлося про виконання робіт на свій ризик, у договорі підряду на капітальне будівництво обов'язок підрядника полягав у тому, щоб побудувати і здати об'єкт відповідно до затвердженої проектно-кошторисної документації; крім того, передбачалося покладання ризику випадку на замовника). Нарешті, особливе значення надавалося тому, що договір підряду на капітальне будівництво мав неодмінною основою обов'язковий для сторін плановий акт, що не було притаманним для підрядних договорів. Наведені вище аргументи надали підставу багатьом вченим, зокрема І. Л. Брауде, вказувати, що підрядний договір у капітальному будівництві не є різновидом договору підряду, а натомість виступає самостійним типом договору в системі договорів<sup>4</sup>.

Зі зміною положень радянського законодавства та доктрини цивільного права погляди щодо співвідношення договору будівельного підряду та договору підряду на капітальне будівництво також змінювалися, і на сьогодні наука цивільного права вже по-іншому визначає місце зазначених договірних конструкцій у зобов'язальному праві.

Першочергово слід звернути увагу на різницю в назвах даних договорів у ЦК України та ГК України та причини зміни назви договору підряду на капітальне будівництво, яка досить тривалий час застосовувалася у нормах Цивільного кодексу Української РСР 1963 р. на договір будівельного підряду у ЦК України 2003 року. Так, главою 29 Цивільного кодексу Української РСР (Підряд на капітальне будівництво) свого часу було врегульовано відносини, пов'язані з будівництвом, проте чинний ЦК України не згадує поняття «капітальне будівництво» взагалі<sup>5</sup>.

З приводу зазначеного питання заслуговує на увагу позиція, що була висловлена Н. С. Кузнєцовою та Р. А. Майдаником, згідно з якою відмова законодавця від застосування терміна «капітальне будівництво» зумовила поширення положень ЦК України про будівельний підряд на будь-які «капітальні» і «некапітальні» (наприклад, спорудження торгового павільйону, а також інших тимчасових споруд) види будівельних робіт, які проводяться відповідно до проектно-кошторисної документації, незалежно від характеристики об'єкта будівництва, яка, зокрема, ґрунтується на його природних властивостях і відображена у технічній інформації про такий об'єкт<sup>6</sup>.

Той факт, що ЦК України також регулює відносини з капітального будівництва поряд з ГК України, підтверджується ч. 2 ст. 875 ЦК України, в якій перераховано види робіт, заради виконання яких може уклада-



тися договір будівельного підряду. І хоча серед них безпосередньо не згадується термін «капітальне будівництво», однак серед цих робіт також зазначено проведення нового будівництва, що по суті згідно з п. 1 Загальних умов є різновидом капітального будівництва.

Водночас, оскільки ГК України містить норми, присвячені саме договору підряду на капітальне будівництво, даний нормативно-правовий акт спрямований на регулювання відносин, що виникають при проведенні робіт з капітального будівництва, серед яких проведення капітальної реконструкції, капітального ремонту тощо. У зв'язку з цим необхідно зазначити, що на відміну від положень ЦК України, які регулюють відносини, пов'язані з виконанням будь-яких робіт капітального та некапітального типу, норми ГК України, що присвячені підрядним правовідносинам, мають обмежену сферу регулювання, оскільки спрямовані виключно на сферу саме капітального будівництва.

Загальні умови опосередковано містять визначення робіт з капітального будівництва, зокрема у п. 1 зазначається, що капітальне будівництво може бути здійснене в таких формах, як проведення робіт з нового будівництва, реконструкції будівель і споруд та технічного переоснащення діючих підприємств, а також комплексів і видів робіт, пов'язаних із капітальним будівництвом об'єктів тощо.

Важливим є також питання істотних умов договору. Оскільки договір будівельного підряду, а також договір підряду на капітальне будівництво класично вважається укладеним при досягненні згоди з усіх істотних умов договору, слід зазначити, що господарське законодавство передбачає більшу кількість істотних умов договору порівняно з цивільним законодавством. На основі аналізу положень про будівельний підряд ЦК України істотними умовами договору будівельного підряду, на думку більшості вчених, є предмет, ціна та строки виконання робіт<sup>7</sup>.

При цьому ст. 318 ГК України та п. 5 Загальних умов містять значно більший перелік істотних умов договору підряду на капітальне будівництво, а саме – найменування та реквізити сторін, місце і дата укладення договору підряду, предмет договору підряду, договірна ціна, строки початку та закінчення робіт (будівництва об'єкта), права та обов'язки сторін, порядок забезпечення виконання зобов'язань за договором підряду, умови страхування ризиків випадкового знищення або пошкодження об'єкта будівництва, порядок забезпечення робіт проектною документацією, ресурсами та послугами, порядок залучення субпідрядників, вимоги до організації робіт, порядок здійснення замовником контролю за якістю ресурсів, умови здійснення авторського та технічного нагляду за виконанням робіт, джерела та порядок фінансування робіт, порядок розрахунків за виконані роботи, порядок здачі-приймання закінчених робіт (об'єкта будівництва), гарантійні строки якості закінчених робіт (експлуатації об'єкта будівництва), порядок усунення недоліків, відповідальність сторін за порушення умов договору підряду, порядок врегулювання спорів, порядок внесення змін до договору підряду та його розірвання та інші важливі для регулювання взаємовідносин умови, котрі можуть передбачити сторони.

Слід зазначити, що перелік істотних умов договору підряду на капітальне будівництво є досить широким, через що на практиці виникає низка проблем стосовно формулювання та реалізації перелічених істотних умов. Зокрема, досить суперечливою є така умова, як реквізити сторін, оскільки по суті найменування та реквізити сторін не є умовами договору. Найменування та реквізити сторін, місце та дата укладення договору – це реквізити документа, а не умови договору, про що наголошувалося в працях, присвячених договорам будівельного підряду<sup>8</sup>.

Також дискусійним є питання щодо такої істотної умови, як джерело фінансування робіт, оскільки підряднику не обов'язково знати про те, з яких джерел замовник отримує кошти для оплати виконаних робіт. Як правило, підрядник має право вимагати оплати виконаної роботи, а замовник, у свою чергу, зобов'язаний оплатити виконані будівельні роботи незалежно від джерел отримання коштів.

Варто також додати, що для отримання фінансування капітального будівництва за рахунок державних капітальних вкладень відповідно до п. 8 Порядку державного фінансування капітального будівництва, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2001 р. № 1764, необхідною умовою є наявність укладеного договору підряду і подання замовником даного договору разом з іншими документами (титул об'єкта, наказ або рішення про затвердження проектно-кошторисної документації на чергу будівництва тощо) до відповідних органів Казначейства<sup>9</sup>.

У даному випадку виникає проблема, адже, як підкреслювалося вище, для укладення договору підряду необхідним є зазначення у договорі джерела фінансування робіт, що є однією з істотних умов договору, однак вказати в договорі джерелом фінансування будівництва видатки на капітальне будівництво за рахунок державних капітальних вкладень до прийняття відповідного рішення уповноваженими на це органами щодо здійснення цих видатків видається не зовсім правильним, оскільки таке рішення може бути й не прийнято, що може викликати необхідність у зміні умов договору щодо джерел фінансування або припинення договору взагалі. Разом із тим, для прийняття такого рішення вимагається подання укладеного договору підряду, що може бути здійснено в разі досягнення згоди з усіх істотних умов договору, включаючи умови щодо джерела фінансування будівництва.

Також є дискусійним питання віднесення порядку врегулювання спорів саме до істотних умов договору. Беззаперечно, порядок врегулювання спорів, що зазначений в договорі, може мати значення, проте при формулюванні даної умови на практиці сторони, як правило, зазначають, що усі спори, які можуть виникнути між ними, підлягають вирішенню у судовому порядку. При цьому не слід забувати, що навіть при зазначенні конкретного порядку врегулювання спорів або обмеженні можливості застосування інших засобів

вирішення спорів між сторонами (наприклад, визначення позасудового захисту як обов'язкової передумови звернення до суду), сторона договору не втрачає права на судовий захист.

У даному випадку слід згадати рішення Конституційного суду України № 1-2/2002 (справа про досудове врегулювання спорів), у якому зазначено, що кожна особа має право вільно обирати не заборонений законом засіб захисту прав і свобод, у тому числі й судовий захист<sup>10</sup>.

Разом із тим підхід законодавця до істотних умов договору підряду на капітальне будівництво є також зрозумілим, оскільки процес капітального будівництва потребує значних фінансових ресурсів, отримання дозволів, ліцензій та вчинення інших організаційних дій сторонами договору. Даний вид діяльності вимагає детального правового регулювання.

Слід також зазначити про особливості суб'єктного складу зазначених договорів. Договір підряду на капітальне будівництво досить часто укладається у разі наявності державного замовлення, де однією зі сторін виступає державний замовник, а іншою – суб'єкт господарювання (державний виконавець). Такий договір за своєю правовою природою є господарсько-правовим, на який поширюються особливості укладення господарських договорів за державним замовленням, що передбачені нормами ГК України. Водночас положення ЦК України не містять норм, що регулюють особливості укладення та виконання договорів будівельного підряду за державним замовленням, оскільки такі відносини виходять за межі предмета правового регулювання цивільного права.

При цьому норми ЦК України також поширюють свою дію на такі договори, що підтверджується ч. 2 ст. 317 ГК України, в якій зазначено, що загальні умови договорів підряду визначаються відповідно до положень Цивільного кодексу України про договір підряду, якщо інше не передбачено цим Кодексом. Необхідно пам'ятати, що деякі положення ЦК України мають обмежену дію при регулюванні правовідносин, що засновані на державному замовленні. Зокрема, принцип свободи договору не може застосовуватися як підстава відмови виконавця державного замовлення від укладення договору підряду на капітальне будівництво за державним замовленням.

Варто зазначити, що відповідно до положень ЦК та ГК України обидва договори можуть передбачати майже однаковий суб'єктний склад: фізичні, юридичні особи, держава, органи місцевого самоврядування тощо. Усі перелічені вище суб'єкти можуть бути стороною у зазначених договорах.

При цьому в доктрині господарського права акцентується увага на ч. 3 ст. 175 ГК України, в якій зазначено, що зобов'язання майнового характеру, які виникають між суб'єктами господарювання та негосподарюючими суб'єктами – громадянами, не є господарськими і регулюються іншими актами законодавства. Згідно з положеннями даної статті замовник та підрядник при укладанні договорів підряду на капітальне будівництво повинні на момент укладення договору мати статус суб'єкта господарювання. Тобто, договір будівельного підряду передбачає значно ширше коло сторін, оскільки спеціальні вимоги до замовника у вигляді статусу суб'єкта господарювання відсутні. Договір підряду на капітальне будівництво передбачає, що замовником можуть бути лише суб'єкти господарювання відповідно до ст. 55 ГК України<sup>11</sup>.

Щодо спільних ознак договору будівельного підряду та договору підряду на капітальне будівництво, то слід зазначити, що обидва договори є консенсуальними, двосторонніми та оплатними. При цьому варто звернути увагу на відмінності у правовому регулюванні договору будівельного підряду у ЦК України та ГК України. Так, згідно з ч. 1 ст. 863 ЦК України до вимог щодо неналежної якості роботи, виконаної за договором підряду, застосовується позовна давність в один рік, а щодо будівель і споруд – три роки від дня прийняття роботи замовником. Водночас ч. 3 ст. 322 ГК передбачає наступні строки позовної давності для вимог, що випливають з неналежної якості робіт, виконаних за договором підряду на капітальне будівництво: один рік – щодо недоліків некапітальних конструкцій, а у разі якщо недоліки не могли бути виявлені за звичайного способу прийняття роботи, – два роки; три роки – щодо недоліків капітальних конструкцій, а у разі якщо недоліки не могли бути виявлені за звичайного способу прийняття роботи, – десять років; тридцять років – щодо відшкодування збитків, завданих замовникові протиправними діями підрядника, які призвели до руйнувань чи аварій.

З аналізу зазначених норм можна зробити висновок, що ГК України містить більш диференційовані строки позовної давності порівняно з ЦК України. При цьому в силу своєї правової природи норми ЦК України, що регулюють договір будівельного підряду, містять значну кількість норм диспозитивного характеру, які передбачають можливість декількох альтернативних варіантів поведінки сторін. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 858 ЦК України, якщо робота виконана підрядником з відступами від умов договору підряду, які погіршили роботу, або з іншими недоліками, які роблять її непридатною для використання відповідно до договору або для звичайного використання роботи такого характеру, замовник має право, якщо інше не встановлено договором або законом, за своїм вибором вимагати від підрядника: 1) безоплатного усунення недоліків у роботі в розумний строк; 2) пропорційного зменшення ціни роботи; 3) відшкодування своїх витрат на усунення недоліків, якщо таке право замовника усувати їх встановлено договором. У ч. 2 згаданої статті також передбачено, що підрядник має можливість замість усунення недоліків роботи, за які він відповідає, безоплатно виконати роботу заново з відшкодуванням замовникові збитків, завданих простроченням виконання. У цьому разі замовник зобов'язаний повернути раніше передану йому роботу підрядникові, якщо за характером роботи таке повернення можливе.

Інший підхід до регулювання відповідальності сторін відображений у ч. 1 ст. 322 ГК України, оскільки в нормі даної статті чітко зазначено, що за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договором підряду на капітальне будівництво винна сторона сплачує штрафні санкції, а також відшкодовує другій сто-

роні збитки (зроблені другою стороною витрати, втрату або пошкодження її майна, неoderжані доходи) в сумі, не покритій штрафними санкціями, якщо інший порядок не встановлено законом. У ч. 2 зазначеної статті вказано, що недоліки, які були виявлені при прийнятті робіт (об'єкта), підрядник зобов'язаний усунути за власний рахунок у строки, що погоджені з замовником. У разі порушення строків усунення недоліків підрядник несе відповідальність, передбачену договором.

Отже, аналізуючи вищезазначені аргументи та чинне законодавство, при порівнянні договору будівельного підряду та договору підряду на капітальне будівництво можна дійти висновку, що дані договори мають як спільні, так і відмінні ознаки. На законодавчому рівні закріплені різні джерела правового регулювання зазначених договорів, а також різні вимоги щодо змісту, порядку укладення та переліку істотних умов.

Однак, на відміну від цивільного законодавства часів Радянського Союзу, договір підряду на капітальне будівництво та договір будівельного підряду вже не розглядаються як окремі та самостійні типи договорів, що мають суттєві відмінності в правовому регулюванні. Натомість договір підряду на капітальне будівництво розглядається як різновид договору підряду, який регулює договірні відносини у сфері капітального будівництва об'єктів виробничого та іншого призначення, реконструкції будівель і споруд, технічного переоснащення діючих підприємств тощо.

При цьому, незважаючи на існування спеціальних нормативно-правових актів, які регулюють відносини у сфері капітального будівництва, такий договір регулюється спільно положеннями глави 33 ГК України та нормами ЦК України про договір будівельного підряду. Разом із тим правове регулювання договору будівельного підряду у ЦК України має свої особливості порівняно з регулюванням договору підряду на капітальне будівництво у ГК України, що проявляється у різних підходах до визначення строків позовної давності, відповідальності сторін договору за неналежне виконання тощо.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. зі змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

<sup>2</sup> Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. зі змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.

<sup>3</sup> Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві : постанова Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. зі змінами та доповненнями // Офіційний вісник України. – 2005. – № 31. – Ч. 2. – Ст. 1867.

<sup>4</sup> Брагинский М. И. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. 2-е изд., стер. – М. : Статут, 2008. – 1055 с. – С. 109–110.

<sup>5</sup> Цивільний кодекс Української РСР : Закон Української РСР від 1 січня 2004 р. (втратив чинність) // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1963. – № 30. – Ст. 463.

<sup>6</sup> Цивільне право України. Особлива частина : підруч. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданіка. – 4-ге вид., стереотип. – К. : Юрінком Інтер, 2014. – 1176 с. – С. 574–575.

<sup>7</sup> Договірне право. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Бондар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 1200 с. – С. 415.

<sup>8</sup> Сенік С. В. Правове регулювання договірних відносин генеральних підрядників та субпідрядників у капітальному будівництві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес» / С. В. Сенік. – Л., 2006. – 19 с. – С. 9.

<sup>9</sup> Про затвердження Порядку державного фінансування капітального будівництва : постанова Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2001 р. зі змінами та доповненнями // Офіційний вісник України. – 2001. – № 52. – Ст. 2374.

<sup>10</sup> Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2002 р. № 15-рп/2004 по справі № 1-2/2002 (справа про досудове врегулювання спорів) // Офіційний вісник України. – 2002. – № 28. – Ст. 1333.

<sup>11</sup> Вінник О. М. Господарське право / О. М. Вінник, В. С. Щербина, Р. П. Бойчук та ін. – К. : Право, 2008. – 711 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://textbooks.net.ua/content/view/1902/25/> – Заголовок з екрану.

#### Резюме

**Недошовенко А. О. Договір будівельного підряду та договір підряду на капітальне будівництво: порівняльна характеристика та особливості правового регулювання.**

У статті висвітлено основні ознаки договору будівельного підряду та договору підряду на капітальне будівництво. Було проведено аналіз чинного законодавства на предмет порівняння даних договорів, а також історичні аспекти трансформації договорів, що регулюють відносини будівництва.

Стаття включає в собі інформацію про: поняття договору будівельного підряду та договору підряду на капітальне будівництво, основні ознаки даних договорів, основні відмінності правового регулювання, а також спільні та відмінні ознаки законодавчого закріплення цих договорів.

**Ключові слова:** договір будівельного підряду, договір підряду на капітальне будівництво, умови договору, ознаки договору.

#### Резюме

**Недошовенко А. А. Договор строительного подряда и договор подряда на капитальное строительство: сравнительная характеристика и особенности правового регулирования.**

В статье отражены основные признаки договора строительного подряда и договора подряда на капитальное строительство. Был проведен анализ действующего законодательства на предмет сравнения данных договоров, а также исторические аспекты трансформации договоров, регулирующих отношения строительства.

Стаття включає в себе інформацію о понятті договору строительного подряда и договора подряда на капитальное строительство, основные признаки данных договоров, основные различия правового регулирования, а также общие и отличительные признаки законодательного закрепления этих договоров.

**Ключевые слова:** договор строительного подряда, договор подряда на капитальное строительство, условия договора, признаки договора.

#### Summary

**Nedoshovenko A. The building work contract and capital construction site contract: Comparative characteristics and features of legal regulation.**

The article contains the main information about building work contract and capital construction site contract. This article analyzes the current legislation on the subject of the main difference between mentioned contracts, and historical aspects of building relations transformation.

In addition, the article includes information about the concept of legal building work contract and capital construction site contract, the main features of these contracts, the main differences of legal regulation, general and different features of mentioned contracts.

**Key words:** building work contract, capital construction site contract, construction conditions, contracts features.

УДК 349.6

### І. В. НЕПИЙВОДА

*Іванна Василівна Непийвода, студентка магістратури Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

## ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОМЕРЦІЙНИХ ПОСЛУГ ІЗ ТРАНСПОРТУВАННЯ ВАНТАЖІВ НА НАВКОЛОЗЕМНУ ОРБИТУ У США

Комерціалізація космічних послуг та технологій значною мірою визначає розвиток сучасного національного і міжнародного космічного права<sup>1</sup>. На тлі глобалізації та урізноманітнення видів космічної діяльності вона потребує належного правового врегулювання усього комплексу питань, що виникають<sup>2</sup>. Для високої дієвості правового забезпечення космічної діяльності в Україні істотний внесок може зробити досвід передових космічних держав<sup>3</sup>. Зважаючи на це, значний інтерес для української науки й практики становить впровадження у США нових підходів до правового забезпечення комерційної діяльності із транспортування вантажів на навколоземну орбіту.

Одним із чільних напрямів діяльності Національної адміністрації з питань авіонавтики і космосу (НАСА; National Aeronautics and Space Administration, NASA), незалежної інституції у складі федерального уряду Сполучених Штатів Америки, є проекти, пов'язані з Міжнародною космічною станцією (МКС)\*. Змога доставляти на станцію і зі станції значні обсяги вантажів (обладнання, припасів і, щонайважливіше, членів екіпажу) – неодмінна передумова для такої діяльності. Ця проблема ставала дедалі гострішою внаслідок поступового згорання програми космічних човників після катастрофи ракетоплану «Колумбія» 2003 р., аж до її цілковитого закриття 2011 року. Із часом додався ще один чинник – прагнення звести нанівець залежність від співпраці з Росією, яка забезпечувала транспортування значної частини вантажів на станцію<sup>4</sup>.

Постало конкретне завдання – запропонувати й упровадити новий спосіб транспортування, що задовольняв би вимоги надійності й безпечності, водночас істотно знизивши вартість таких операцій<sup>5</sup>. Із прагнення скоротити державні видатки розвинувся ще один складник завдання – на відміну від попередньої практики НАСА відмовилася від купівлі ракет-носіїв. Натомість вона мала намір допомогти дібраним комерційним компаніям налагодити послуги з транспортування вантажів на навколоземну орбіту, а потім сама ж купувати ці послуги. Закон про комерційну космічну діяльність (1998 р.) встановлює, що комерційні послуги з космічного транспортування належить набувати як комерційну річ. Це дало підстави фахівцям НАСА провести аналогію своєї концепції із тим, як клієнт передає пакунок кур'єрові служби доставки. Інший образний приклад – купувати авіаквиток, а не самий літак<sup>6</sup>.

Такий підхід у загальних рисах мав прецедент в американській історії. Близькі за своєю природою правовідносини було встановлено на основі закону 1925 р. (Contract Air Mail Act), який заохочував комерційну авіацію, дозволивши Поштової службі США укладати контракти з приватними компаніями. І від самого заснування НАСА 1958 р. приватні компанії були причетні до її діяльності як підрядники, а з 1980-х рр. адміністрація почала активно шукати шляхи залучення приватного сектора до поточних космічних операцій<sup>7</sup>.

© І. В. Непийвода, 2017

\* Придатний для перебування людей штучний супутник Землі, який використовують як багатоцільовий дослідчий осередок з листопада 1998 р. Є наслідком міжнародного проекту за участю 14 країн. Питання, пов'язані зі створенням, використанням і власністю на МКС, урегульовано системою міжурядових договорів і угод.



Загальне правове підґрунтя для будь-яких комерційних закупівель НАСА сформувала низка правових актів. Відповідно до Закону про комерційну космічну діяльність федеральний уряд набуває (*acquire*) космічні транспортні послуги від комерційних надавачів США у тому разі, коли такі послуги потрібні в процесі його діяльності. Як «комерційного надавача США» цей закон розглядає компанію, понад 50 % якої володіють громадяни США, або філію іноземної компанії за умов, які встановлює Міністр транспорту<sup>8</sup>. До інших важливих документів належать Політика США з космічного транспортування (2005 р.), яка наголошує на використанні ракет-носіїв виготовлених у США; Національна космічна політика (2006 р.), що заохочує розбудову комерційної космічної галузі; Акт стримування Ірану, Північної Кореї та Сирії, який обмежує закупівлі російських космічних систем для потреб МКС<sup>9</sup>.

Принципове рішення про перехід до послуг з космічного транспортування від комерційних надавачів ухвалено в середині 2000-х років. Однак складність полягала в тому, щоб утілити цю ідею в життя, оскільки на той час не існувало якихось готових зразків чи конкретних настанов щодо взаємодії державних структур із приватними компаніями в такий спосіб<sup>10</sup>. Насамперед це потребувало належного правового забезпечення.

Організаційно вирішення завдання вилилося у створення в структурі НАСА в листопаді 2015 р. Управи комерційної програми щодо екіпажів і вантажів (Commercial Crew and Cargo Program Office, C3PO)<sup>11</sup>. До її завдань належало впроваджувати політику США щодо освоєння космосу; сприяти приватній американській промисловості у показі своїх спроможностей з транспортування вантажів і екіпажів на навколоземну орбіту в безпечний, надійний та ощадливий спосіб; творити ринкове середовище, в якому комерційні космічні транспортні послуги доступні для держави і клієнтів приватного сектора<sup>12</sup>. Управа провадила три пов'язані між собою програми. Програма «Комерційні послуги з орбітального транспортування» (Commercial Orbital Transportation Services, COTS) опікувалася питаннями проектування, розроблення, випробування й добору приватних ракет-носіїв. А вже на основі її результатів функціонують дві інші програми – Комерційні послуги з постачання (Commercial Resupply Services, CRS), яка власне й забезпечує транспортування вантажів для потреб МКС, і Commercial Crew Development (CCDev) – заміна екіпажів зі станції, яка послуговується тим правовим механізмом, що й COTS<sup>13</sup>.

У цьому випадку НАСА застосувала двоетапний підхід до придбання транспортних послуг для МКС. Мета COTS полягала в тому, щоб заохотити комерційних партнерів у їх конструкторській діяльності й дати змогу показати свої спроможності ще до процесу закупівель. Натомість CRS є програмою незалежної закупівлі послуг, які вже наявні на ринку<sup>14</sup>. Отже, урешті-решт НАСА мала забезпечити для компаній, що успішно показали свої спроможності у межах COTS, перехід до договорів про операційні послуги, притаманних для CRS<sup>15</sup>.

Підходи до договірних відносин, які застосували COTS і CRS, істотно різняться. CRS цілковито покладається на процедуру укладання договорів із постачальниками на основі давно опрацьованих і чинних Федеральних правил закупівель (Federal Acquisition Regulation). Для належного контролю Правила закупівель вимагають, щоб усі договори містили певний стандартний набір положень, зумовлюють можливість виконувати кошти лишень цілком згідно з умовами договору, передбачають складну бюрократичну процедуру звітування й перевірки виконання<sup>16</sup>. У разі невиконання своїх зобов'язань постачальники мають нести відповідальність, зокрема, до них можуть бути застосовані штрафні санкції. Проте такий підхід для COTS був би недоцільний, оскільки це аж ніяк не сприяло б ініціативі приватних компаній. Аби обрати оптимальні правові інструменти для досягнення мети COTS, тобто дати змогу компаніям розвивати свої технології, уникаючи водночас усталених вимог і нагляду з боку НАСА, передбачених у стандартних контрактах про закупівлі, працювала група правників у галузі закупівель, інтелектуальної власності та комерційного права. На основі аналізу наявних правових норм вони обрали підхід до регулювання цих правовідносин, застосовуючи зважену новизну, не виходячи за межі чинного законодавства, зокрема Competition in Contracting Act of 1984<sup>17</sup>.

Принципово важливим було питання, до якого типу зарахувати правочини, які укладатимуть в межах програми COTS, адже це визначало, норми яких саме правових документів слід застосовувати. Оскільки НАСА не набуває товар чи послугу для своєї безпосередньої вигоди, це не була закупівля у розумінні згаданих правил. Та й сама природа правочину в межах COTS інша – замість придбання товару чи послуги, НАСА допомагає промисловості розвинути послуги з транспортування на навколоземну орбіту<sup>18</sup>. Водночас це не доток (грант) або ж угода про співпрацю як у випадку, коли НАСА фінансує дослідження університетів на підставі відповідного закону (Federal Grant and Cooperative Agreement Act of 1977)<sup>19</sup>.

Найкращим правовим інструментом для надання фінансових і технічних ресурсів приватним компаніям виявився «договір на основі Закону про космос» (Space Act Agreement, SAA), який впливав із «повноважень щодо інших правочинів» (Other Transaction Authority, OTA). Цими повноваженнями НАСА, першу серед усіх і одну з небагатьох федеральних інституцій, було наділено на підставі Національного закону про аеронавтику і космос (1958 National Aeronautics and Space Act). Суть повноваження полягала у праві укладати й виконувати широкий спектр правочинів, «які потрібні для її роботи», не керуючись вимогами Федеральних правил закупівель. Первременною причиною таких майже всеосязних повноважень було прагнення сприяти успіхові в «космічних перегонах» із Радянським Союзом часів Холодної війни<sup>20</sup>. Щоправда, вдаватися до такого повноваження НАСА може лишень тоді, коли вважає, що жоден інший інструмент не буде дієвий<sup>21</sup>.

Для спрощення й надання гнучкості процесові придбання послуг, щоб наростити транспортувальні потужності комерційної космічної галузі НАСА скористалася таким своїм повноваженням і згодом уклала

низку договорів на основі Закону про космос у межах програми COTS<sup>22</sup>. Найдоцільніше їх назвати «договори про партнерство» (partnership agreements). Контрагентом НАСА тут є не постачальник чи підрядник, а партнер. Проте не існувало попереднього досвіду застосування такого різновиду договорів. Тому згадана група правників ретельно опрацювала всі їхні аспекти, зокрема й питання, що дають змогу виразно провести межу між діяльністю на підставі договорів про партнерство і закупівлями на основі відповідних федеральних правил<sup>23</sup>.

На першій стадії, у межах COTS, НАСА обрала для себе статус інвестора, технічного консультанта й партнера (тобто не мала наміру купувати товари й послуги) замість статусу державного клієнта, який сплачує всі кошти на виконання замовлення й винагороду постачальникові<sup>24</sup>. Найперша мета договорів про партнерство – заохотити комерційну космічну галузь розвивати й показати свої інноваційні та ошадливі можливості космічного транспортування, тобто їх укладають для демонстрації можливостей, а не для придбання товарів і послуг<sup>25</sup>. Більшість умов договорів про партнерство свідомо були пристосовані для цілком конкретної мети – посилити природу цих правочинів як зорієнтованих на комерційний розвиток, щоб зробити співпрацю привабливою як для НАСА, так і для приватних компаній<sup>26</sup>. І така здатність цього типу договорів є, найімовірніше, його найбільшою перевагою<sup>27</sup>. Цю дієвість договорів про партнерство спричинили їхні особливості, відмінності від традиційних договорів, які укладає НАСА.

Насамперед договори про партнерство уможливають для НАСА залучення різноманітних комерційних партнерів. Однією з цілей COTS було дати змогу малим або щойно започаткованим підприємствам взяти участь у конкурсах НАСА поряд із групою великих компаній, які посідають панівне становище на полі контрактів у космічній галузі<sup>28</sup>. Як і в більшості фінансових інвестицій, у цьому випадку також немає гарантії успіху. Проте в перспективі урізноманітнення інвестиційного портфеля підвищує шанс позитивних наслідків. Тому стратегія НАСА полягала в тому, аби зрівноважити великі визнані компанії, з якими пов'язаний нижчий технічний ризик, із малими, які мають вищий ступінь технічного ризику, але, ймовірно, запропонують значно нижчі ціни. Отже, внесок НАСА у витрати на розроблення у випадку малих компаній зазвичай менший, ніж у великих<sup>29</sup>.

Тому відповідні конкурси мали на меті забезпечити рівні умови для конкуренції компаній різного розміру. Добір компаній провадили на основі ступеня довіри з боку НАСА у їхню спроможність домогтися поставлених цілей. У цьому полягає різниця від звичної процедури державних закупівель, де компанії оцінюють за усталеним набором вимог, а також на основі досвіду співпраці в минулому. А це дає переваги великим компаніям, з якими пов'язаний нижчий ризик і значна історія укладання контрактів з державними органами<sup>30</sup>. Загалом, забезпечуючи загальні принципи державних закупівель (справедливий розподіл замовлень і суворий контроль за витрачанням коштів), договори про партнерство спростили процедуру набуття послуг і скоротили пов'язані з нею витрати як для держави, так і для комерційних партнерів<sup>31</sup>.

Зменшення кількості й обсягу вимог до контрагентів заохочує інновації та скорочує витрати НАСА на відповідні перевірки. Зазвичай НАСА накладає на постачальників великий обсяг розлогіх технічних вимог. У випадку складної космічної системи їх кількість становить тисячі. Дотримання вимог НАСА ретельно перевіряє. Це забезпечує щонайвищу якість, але потребує значних витрат часу, робочої сили й коштів з боку НАСА, а також гальмує інновації компаній-партнерів. Тому в межах COTS обмежилися доволі коротким переліком найважливіших показників, які мусять задовольняти запропонована техніка, поклавши відповідальність за опрацювання дрібніших конструкторських рішень і перевірку якості на компанії-партнерів. Компаніям дозволено оптимізувати свої системи, щоб краще пристосувати їх до власних бізнесових потреб, не порушуючи основних вимог. Виняток становлять лише вимоги, пов'язані із безпекою МКС і способами подавання інформації (interface requirements), які НАСА регламентує і контролює відповідно до звичного порядку. Але в будь-якому разі тепер кількість вимог становить сотні, а не тисячі<sup>32</sup>. Договори COTS не лише дозволили компаніям продавати свої ракети-носії іншим потенційним покупцям, а й заохочують їх до цього. Це докорінна різниця від попередньої практики договорів, коли вся система була спрямована на те, щоб лише НАСА і тільки вона володіла й могла використовувати вироби. Причина зміни – дати змогу компаніям отримати якнайбільші блага від результатів своєї діяльності, заохочуючи інновації<sup>33</sup>.

Однією з найцікавіших рис договорів про партнерство є те, що вони дозволяють «еволюцію» системних вимог щодо проєктованих виробів без потреби щоразу вносити відповідні зміни в тексти договорів і витрачати пов'язані із супроводом цих змін додаткові кошти. Зазвичай НАСА повсякчас аналізує й оцінює систему на предмет її відповідності до деталізованих проєктних вимог. Однак у договорах про партнерство вона встановлює тільки основні показники замовленої системи, а компанія може вільно впроваджувати інновації й оптимізувати систему. НАСА лише спостерігає за процесом проєктування, аби пересвідчитися, що систему побудовано та випробувано відповідно до вимог договору. Навіть у вимоги щодо безпеки й способу подання інформації за обоюсторонньою згодою сторін було внесено понад 70 змін, без будь-яких додаткових витрат з боку НАСА. У випадку звичайних контрактів досягнути такої гнучкості навряд чи було б можливо без відповідних додаткових витрат з боку НАСА<sup>34</sup>.

Уклавши договір про партнерство, НАСА погоджується сплатити компанії-партнерові наперед визначену максимальну суму, тобто встановлено відомий і обмежений фінансовий ризик<sup>35</sup>. Однак договір передбачає цілу серію (зазвичай близько 20 із щоквартальною періодичністю) проміжних стадій виконання договору, так званих віх (milestones). Саме задоволення вимог, встановлених віхами, є єдиною підставою для сплати відповідної частки коштів на користь компанії із боку НАСА та подальшого тривання договору<sup>36</sup>. Віхи

передбачають точний опис події, критерії оцінювання і плановані дати виконання, які дають змогу оцінити поступ компанії в технічному й часовому вимірі. Цей виразний і простий спосіб плати уникає суб'єктивного оцінювання розміру плати та спрощує для НАСА бюджетне планування фінансового року<sup>37</sup>. Розміри віхових сплат залишаються незмінними, вони не залежать від суми коштів, яку фактично витратила компанія<sup>38</sup>.

На відміну від традиційних договорів партнери можуть отримати плату від НАСА лише за умови виконання вимог, встановлених у віхах<sup>39</sup>. Однак якщо компанія їх не виконала, НАСА має з'ясувати причину збою і встановити, чи є якісь додаткові зусилля, щоб домогтися виконання в інтересах держави. Відставання з виконанням віх не спричиняє розірвання договору в тому разі, коли НАСА дійде висновку, що досягнуто істотного поступу<sup>40</sup>. Система віх із об'єктивними критеріями значно спрощує управління й нагляд за втіленням проекту, зокрема дозволяє НАСА залучити до цього відносно невелику кількість працівників. Оскільки саме об'єктивні критерії виконання віх, які закріплені в договорі, є єдиною підставою для оцінювання успішності виконання й відповідної плати для партнерів<sup>41</sup>.

Важливою ознакою договорів про партнерство є доповнення капіталу, якого вкладає в проект НАСА, інвестиціями, надходження яких забезпечує компанія. Це істотно різнить їх від звичайних договорів, у яких замовник сплачує всі кошти на виконання замовлення й винагороду постачальникові<sup>42</sup>. Договори про партнерство прямо передбачають, що НАСА не може бути єдиним джерелом коштів. Важливим критерієм добору є готовність і спроможність компанії зробити внесок у фінансування проекту. Водночас саме певність у серйозності намірів НАСА в майбутньому придбати послуги конкретної компанії визначає її спроможність залучати кошти на фінансових ринках. Загалом, внесок компаній у проекти дуже істотний – його вимірюють сотнями мільйонів доларів<sup>43</sup>.

Розмір внеску НАСА у втілення проекту встановлено заздалегідь, ще до підписання договору. А це означає, що саме на компанію, а не на НАСА, лягає тягар перевитрати коштів на будь-якій стадії проекту. Ще один важливий аспект: оскільки встановлено й фінансові віхи, то в разі, якщо компанія не залучить достатніх коштів з приватних джерел, договір може бути розірваний ще до того, як НАСА вкладає в цей проект значні кошти. Отже, в такий спосіб фінансовий ризик розподіляється, НАСА має вихід, якщо партнер виявиться неспроможний надати свою частку капіталу<sup>44</sup>. Варто відзначити, що це не гіпотетична ситуація. У жовтні 2007 р. НАСА розірвала договір про партнерство на суму 207 млн доларів із компанією Rocketplane Kistler лише за рік після його укладення, оскільки компанія не змогла залучити обсяг коштів, який передбачав договір<sup>45</sup>.

Договори про партнерство мали на меті створити сприятливі для партнерів права на інтелектуальну власність. Водночас це означає щонайменші можливості для держави зберігати за собою, ліцензувати чи використовувати інтелектуальну власність, яку створили компанії. Спеціальні положення договорів про партнерство передбачають, що компанії можуть застерегти за собою значно більший обсяг прав інтелектуальної власності на дані й винаходи, аніж це дозволяли традиційні договори, а також ускладнені можливості для НАСА обмежити ці права<sup>46</sup>. Правове обґрунтування полягало в тому, що в межах програми COTS партнери не виконували роботу безпосередньо для держави, отже, НАСА не може претендувати на їхню інтелектуальну власність, права на майно і дані чи конфіденційну інформацію. Промовисто, що ст.ст. 12 і 13 щодо прав на інтелектуальну власність і дані є найдовшими в договорах про партнерство<sup>47</sup>. Такий підхід покликаний запевнити, що компанії отримають щонайбільше від своїх інвестицій, і заохотити розвиток комерційної космічної галузі. Однак коли договір розірвано через невиконання умов з боку компанії, НАСА може користуватися всіма правами щодо власності й даних<sup>48</sup>.

Щоб заохотити приватні інвестиції договори про партнерство, також передбачають дуже обмежені можливості для їх розірвання з ініціативи НАСА<sup>49</sup>. Традиційні договори часто містили положення про розірвання договору з міркувань доцільності (a termination for convenience clause), що фактично дозволяло НАСА робити це на власний розсуд і з будь-яких міркувань. Натомість ст. 17 договорів про партнерство наводить вичерпний перелік підстав розірвання договору: спільна згода; невиконання умов з боку компанії; причини, що не залежать від НАСА, як-от надзвичайні ситуації національного рівня, оголошення війни, невиділення потрібних коштів з боку Конгресу<sup>50</sup>. Якщо ж держава змушена односторонньо розірвати договір, вона несе фінансову відповідальність у розмірі, що не перевищує суму виплат у межах наступної віхи<sup>51</sup>.

У межах програми COTS запуски космічних кораблів не провадить держава. Тому вони підпадають під ліцензійне регулювання Федеральної авіаційної адміністрації, яка відповідно до закону має сприяти підприємницькій космічній діяльності. Це, з одного боку, звільняє НАСА від передзапускового нагляду, а, з іншого, – готує компанії до подальшого надавання космічних транспортних послуг відповідно до правил Федеральної авіаційної адміністрації<sup>52</sup>.

Загалом, програма COTS, яка закінчилася 2013 р., стала успішною. Ця модель публічно-приватного партнерства, прототипувавши шлях для послуг приватних компаній із космічного транспортування, розпочала нову еру в комерційній космічній діяльності<sup>53</sup>.

За результатами кількох стадій добору дві провідні приватні компанії галузі, Space Exploration Technologies (SpaceX) та Orbital Service Corporation, розвинули й показали свою спроможність транспортувати вантажі на навколоземну орбіту. Із 2008 р. НАСА розпочала перехід від договорів про партнерство до договорів про надання послуг, обравши ці дві компанії як постачальників таких послуг. У жовтні 2012 р. ракета-носії Dragon компанії SpaceX вперше доставила вантаж на Міжнародну космічну станцію на комерційних засадах. З того часу SpaceX та Orbital Service забезпечують транспортне сполучення із МКС<sup>54</sup>.



Оскільки як правову форму організації програми COTS було використано договори про партнерство, а не традиційні договори на закупівлю послуг, SpaceX та Orbital Service вклали значні обсяги власних коштів у проектування, виробництво, випробування й експлуатацію ракет-носіїв, водночас здобувши право надавати свої послуги щодо космічних польотів публічним і приватним юридичним особам, а також фізичним особам<sup>55</sup>. Завдяки цьому COTS змогла обмежитися бюджетом 800 млн доларів, але вилілася у створення двох нових ракет-носіїв середнього класу і двох автоматизованих вантажних космічних кораблів<sup>56</sup>. Для порівняння: вартість контракту зі створення космічного корабля Orion, де було застосовано традиційні підходи НАСА, становить 12 млрд доларів. Це добре ілюструє дієвість договорів про партнерство.

Водночас доцільно зазначити, що загальновишнвану тепер ідею використовувати приватні ракети й космічні кораблі, на початках сприйняли насторожено, ба, навіть вороже. Причиною цього було тверде переконання, що тільки НАСА або ж її міжнародні державні контрагенти можуть належно забезпечити польоти на МКС. Як у самій адміністрації, так і в інших урядових установах багато фахівців не допускало в принципі можливості того, щоб приватні компанії зі своїми міжнародними астронавтами навіть наближалися до космічної станції вартістю 100 млрд доларів<sup>57</sup>.

Підсумовуючи, варто зазначити, що завдання із забезпечення Міжнародної космічної станції НАСА розв'язала, вперше залучивши послуги приватних компаній із космічного транспортування. Це незаперечний успіх і модель для майбутньої публічно-приватної співпраці. Договори про партнерство є правовою основою для заохочення діяльності приватних компаній у цій сфері та пошуку найкращих партнерів НАСА. Надавши нового імпульсу космічній галузі США, вони становлять значний інтерес для української науки космічного права і практики.

<sup>1</sup> Семеняка В. В. Перший підручник з космічного права в Україні / В. В. Семеняка // Держава і право : зб. наук. праць. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2013. – Вип. 60. – С. 580.

<sup>2</sup> Малишева Н. Р. Доктрина космічного права та основні тенденції її розвитку / Н. Р. Малишева // Правова доктрина України : у 5 т. – Х. : Право, 2013. – Т. 4: Доктринальні проблеми екологічного, аграрного та господарського права. – С. 794.

<sup>3</sup> Шемшученко Ю. С. Космічне право: підруч. / Ю. С. Шемшученко. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2012. – 280 с.

<sup>4</sup> Hackler Rebecca. Commercial Orbital Transportation Services: a new era in spaceflight. Houston, Texas: National Aeronautics and Space Administration, Lyndon B. Johnson Space Center. – 2014. – P. 19.

<sup>5</sup> Partnership for Public Service. Linking NASA and the private sector to further space exploration // The Washington Post. – January 22, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.washingtonpost.com/politics/federal\\_government/linking-nasa-and-the-private-sector-to-further-space-exploration/2015/01/22/d022b34e-a24b-11e4-9f89-561284a573f8\\_story.html?utm\\_term=.91a5087f748b](https://www.washingtonpost.com/politics/federal_government/linking-nasa-and-the-private-sector-to-further-space-exploration/2015/01/22/d022b34e-a24b-11e4-9f89-561284a573f8_story.html?utm_term=.91a5087f748b)

<sup>6</sup> Hackler Rebecca. Вказана праця. – P. 12.

<sup>7</sup> NASA Releases COTS Final Report // National Aeronautics and Space Administration. – June 3, 2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.nasa.gov/content/nasa-releases-cots-final-report>

<sup>8</sup> Lindenmoyer Alan. COTS Model for NASA Public-Private Partnerships // Commercial Orbital Transportation Services: a new era in spaceflight. Houston, Texas: National Aeronautics and Space Administration, Lyndon B. Johnson Space Center – 2014. – P. 104.

<sup>9</sup> Там само. – P. 105.

<sup>10</sup> Partnership for Public Service. Вказаний ресурс.

<sup>11</sup> Hackler Rebecca. Вказана праця. – P. 110.

<sup>12</sup> Commercial Crew and Cargo Program Office (C3PO). // National Aeronautics and Space Administration. – April 27, 2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.nasa.gov/offices/c3po/home/c3po\\_goal\\_objectives.html](https://www.nasa.gov/offices/c3po/home/c3po_goal_objectives.html)

<sup>13</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – P. 107.

<sup>14</sup> Commercial Orbital Transportation Services (COTS) // National Aeronautics and Space Administration. – October 22, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.nasa.gov/commercial-orbital-transportation-services-cots>

<sup>15</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – P. 109.

<sup>16</sup> Там само. – P. 107.

<sup>17</sup> Hackler Rebecca. Вказана праця. – P. 19.

<sup>18</sup> Там само. – P. 19.

<sup>19</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – P. 107.

<sup>20</sup> Hackler Rebecca. Вказана праця. – P. 20.

<sup>21</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – P. 107.

<sup>22</sup> Partnership for Public Service. Вказаний ресурс.

<sup>23</sup> Hackler Rebecca. Вказана праця. – P. 20.

<sup>24</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – P. 105.

<sup>25</sup> Там само. – P. 106.

<sup>26</sup> Partnership for Public Service. Вказаний ресурс.

<sup>27</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – P. 105–106.

<sup>28</sup> Hackler Rebecca. Вказана праця. – P. 22.

<sup>29</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – P. 106.

<sup>30</sup> Там само. – P. 106.

<sup>31</sup> Там само. – P. 107.

<sup>32</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – P. 108.

<sup>33</sup> Hackler Rebecca. Вказана праця. – P. 22.

<sup>34</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – P. 107.

<sup>35</sup> Там само. – P. 106.



- <sup>36</sup> Partnership for Public Service. Вказаний ресурс.  
<sup>37</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – Р. 106.  
<sup>38</sup> Hackler Rebecca. Вказана праця. – Р. 106.  
<sup>39</sup> Там само. – Р. 22.  
<sup>40</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – Р. 106.  
<sup>41</sup> Там само. – Р. 107.  
<sup>42</sup> Там само. – Р. 105.  
<sup>43</sup> Там само. – Р. 106.  
<sup>44</sup> Hackler Rebecca. Вказана праця. – Р. 22.  
<sup>45</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – Р. 108.  
<sup>46</sup> Partnership for Public Service. Вказаний ресурс.  
<sup>47</sup> Hackler Rebecca. Вказана праця. – Р. 22.  
<sup>48</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – Р. 108.  
<sup>49</sup> Partnership for Public Service. Вказаний ресурс.  
<sup>50</sup> Hackler Rebecca. Вказана праця. – Р. 22.  
<sup>51</sup> Lindenmoyer Alan. Вказана праця. – Р. 108.  
<sup>52</sup> Там само. – Р. 108.  
<sup>53</sup> Там само. – Р. 109.  
<sup>54</sup> NASA Releases COTS Final Report. Вказаний ресурс.  
<sup>55</sup> Partnership for Public Service. Вказаний ресурс.  
<sup>56</sup> NASA Releases COTS Final Report. Вказаний ресурс.  
<sup>57</sup> Partnership for Public Service. Вказаний ресурс.

### Резюме

#### **Непийвода І. В. Правове забезпечення комерційних послуг із транспортування вантажів на навколоземну орбіту у США.**

Стаття аналізує правові аспекти комерційних послуг із транспортування на навколоземну орбіту у США. Розглянуто становлення відповідної моделі публічно-приватного партнерства за участю НАСА, подібні правовідносини в історії США та систему правового регулювання загальних питань закупівель у комерційній космічній галузі для потреб НАСА. Висвітлено діяльність програми НАСА «Комерційні послуги з орбітального транспортування», яка впроваджує стратегію розвитку транспортувальних спроможностей приватних компаній. Обговорено договори про партнерство як оптимальний правовий інструмент для цієї мети. Після цього проаналізовано особливості договорів про партнерство, порівнюючи з традиційними договорами НАСА, які спираються на Федеральні правила закупівель.

**Ключові слова:** НАСА, комерційна космічна галузь, права на інтелектуальну власність, програма «Комерційні послуги з орбітального транспортування», договори про партнерство.

### Резюме

#### **Непийвода ІІ. В. Правовое обеспечение коммерческих услуг по транспортировке грузов на околоземную орбиту в США.**

Статья анализирует правовые аспекты коммерческих услуг по транспортировке на околоземную орбиту в США. Рассмотрено становление соответствующей модели публично-частного партнерства с участием НАСА, подобные правоотношения в истории США и систему правового регулирования общих вопросов закупок в коммерческой космической отрасли для нужд НАСА. Отражена деятельность программы НАСА «Коммерческие услуги по орбитальной транспортировке», которая внедряет стратегию развития транспортно-возможностей частных компаний. Обсуждены договоры о партнерстве как оптимальный правовой инструмент для этой цели. После этого проанализированы особенности договоров о партнерстве по сравнению с традиционными договорами НАСА, основывающимися на Федеральных правилах закупок.

**Ключевые слова:** НАСА, коммерческая космическая отрасль, права на интеллектуальную собственность, программа «Коммерческие услуги по орбитальной транспортировке», договоры о партнерстве.

### Summary

#### **Непийвода І. The U.S. Legal Framework Governing Commercial Cargo Transportation Services to the Low-Earth Orbit.**

This paper analyses the legal aspects of commercial transportation services to the low-Earth orbit in the U.S.A. The emergence of the relevant model for NASA public-private partnership, a brief overview of similar relationships in American history, and the framework governing general issues of commercial space acquisition for NASA are covered. Activities of NASA's Commercial Crew and Cargo Program Office realizing strategy on development of private companies' transportation capabilities are examined. The partnership agreements as the optimal legal instrument for this purpose are discussed. This discussion is followed by an analysis of partnership agreements features compared with traditional NASA contracts based on the Federal Acquisition Regulation.

**Key words:** NASA, commercial space industry, commercial friendly intellectual property rights, Commercial Orbital Transportation Services, partnership agreements.

**К. В. ПАНАСЮК**

*Катерина Валеріївна Панасюк, студентка магістратури Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВ  
ЗА НОВОВІЯВЛЕНИМИ ОБСТАВИНАМИ**

Розбудова України як правової держави потребує створення такого механізму функціонування судової влади, який забезпечував би доступність правосуддя, справедливість судочинства та ефективно поновлення порушених прав його учасників.

*Метою даної статті* є визначення особливостей здійснення кримінального провадження за нововиявленими обставинами, основою якого є ухвалення законного, обґрунтованого та справедливого судового рішення з припиненням матеріальних і процесуальних правовідносин внаслідок категоричного вирішення кримінального правового спору. Проте якою досконалою не була б організація судової системи, якими повними не були б законодавчо закріплені гарантії винесення судами правосудних рішень, на практиці існують об'єктивні й суб'єктивні умови допущення судових помилок, котрі не можуть бути абсолютно виключені при ухваленні цих рішень.

*Актуальність дослідження* полягає у визначенні місця такого способу перегляду рішень суду у відповідності до гарантування державою судового захисту прав і свобод людини і громадянина насамперед означає, що кожному, чий права порушено, забезпечується право на перегляд судових рішень вищим судом (п. 5 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, ст. 2 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ч.ч. 1, 2 ст. 55 Конституції України).

Водночас за змістом ч. 2 ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод «провадження у справі може бути відновлене згідно із законом та кримінальною процедурою відповідної держави за наявності ново виявлених фактів чи в разі виявлення суттєвих недоліків у попередньому судовому розгляді, які могли вплинути на результати розгляду справи».

Тобто перегляд вироків та ухвал суду, що набрали законної сили, за ново виявленими обставинами – це самостійна стадія судового провадження з перегляду судових рішень, яка поряд із апеляційним та касаційним розглядом покликана сприяти захисту прав та законних інтересів суб'єктів кримінальних правовідносин, усуваючи недоліки попереднього судового розгляду.

Завдання провадження за ново виявленими обставинами полягає в тому, щоб, не порушуючи принципу юридичної визначеності (забезпечення стабільності судових рішень, що набрали законної сили, та передбачуваності судової практики), надати можливість виправити допущені помилки, наявність яких зазвичай зумовлена обставинами, незалежними від суду, який ухвалював відповідне рішення.

Правильне розуміння поняття нововиявлених обставин, підстав та порядку здійснення кримінального провадження за нововиявленими обставинами має важливе значення для правозастосовної практики та дотримання прав і законних інтересів учасників цього провадження.

Зважаючи на те, що в чинному кримінальному процесуальному законі суттєво змінено порядок ініціювання та перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами порівняно з тим, що встановлювався в КПК України 1960 року<sup>1</sup> (розширено перелік обставин, які визнаються нововиявленими; збільшено кількість суб'єктів, які мають право подати заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами; змінено процесуальні строки звернення з відповідною заявою і т. п.), то значну увагу приділено висвітленню загальних теоретичних аспектів цього інституту, а також розглянуто найбільш проблемні питання практичного застосування норм глави 34 КПК України<sup>2</sup> (далі – КПК), яка його регламентує.

За змістом п. 24 ч. 1 ст. 3 КПК провадження з перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами є однією зі складових судового провадження, яка відокремлена від усіх інших стадій судового розгляду. Специфічний (винятковий) характер цього провадження зумовлений тим, що його основу становить *перегляд судових рішень, які набрали законної сили* (ч. 1 ст. 459, ст. 532 КПК) та фактично перебувають на стадії їх виконання (ч. 3 ст. 466, ст.ст. 533–535 КПК), а в деяких випадках – і тих, які вже виконано.

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) неодноразово відзначав, що за ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) виконання судового рішення повинно тлумачитися як складова судового розгляду. Доступ до правосуддя на стадії виконання судових рішень мусить гарантуватися на тому ж рівні, що й на стадіях, які йому передують.

При цьому не повинен порушуватися баланс між можливістю переглянути судові рішення за нововиявленими обставинами і принципом *юридичної визначеності*, який є одним із виявів верховенства права. Принцип юридичної визначеності потребує, серед іншого, не піддавати сумніву рішення суду, яким заверше-

но судовий розгляд, після набрання цим рішенням законної сили (за відсутності підстав для його апеляційного та касаційного оскарження або після перевірки законності вищими судовими інстанціями).

Іншими словами, **юридична визначеність** передбачає повагу до принципу остаточності судових рішень, згідно з яким «жодна зі сторін не повинна вимагати перегляду остаточного і обов'язкового судового рішення лише з метою повторного слухання та ухвалення нового рішення у справі». Відхилення від цього принципу можна виправдати тільки «наявністю обставин суттєвого і непереборного характеру»<sup>3</sup> (§ 51–52 рішення ЄСПЛ у справі «Рябих проти Росії» від 24.07.2003). ЄСПЛ допускає можливість перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами виключно у межах, що не порушують принципу юридичної визначеності<sup>4</sup> (§ 27–28 рішення ЄСПЛ у справі «Праведная проти Росії» від 18.11.2004).

**Гарантією стабільності та передбачуваності судової практики є відповідність ухвалених судових рішень вимогам закону** (нормам права, що урегульовують певну сферу правовідносин). Як зазначено в рішенні ЄСПЛ у справі «Салов проти України» від 27.04.2004, передбачуваність – центральна характеристика права<sup>5</sup> (право стоїть вище за розсуд осіб, які застосовують правові норми).

Визначений у главі 34 КПК порядок та підстави перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами у кримінальному провадженні і є тими законодавчими межами, що встановлюють винятки із загального правила, які дають змогу переглядати остаточне судове рішення, що набрало законної сили, за наявності підстав, зумовлених обставинами важливого та вимушеного характеру. У такий спосіб забезпечується специфічна можливість повернутися до остаточного вирішеного кримінального провадження (кримінальної справи) і відновити порушене право та охоронюваний законом інтерес, навіть після використання усіх процесуальних механізмів оскарження судових рішень і отримання, здавалося б, остаточного судового рішення, яке не повинно піддаватися сумніву.

У цьому контексті слід зауважити, що відповідно до п. 16 розділу XI «Перехідні положення» КПК та п. 7 роз'яснень у листі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26.11.2012 № 1735/0/4-12 «Про деякі питання застосування розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України» заяви (клопотання) про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами, подані учасниками процесу (судового провадження) безпосередньо до суду 20.11.2012 або пізніше, розглядаються судом у порядку, визначеному главою 34 КПК<sup>6</sup>.

Отже, за нормами чинного КПК можуть бути переглянуті за нововиявленими обставинами не лише вироки та ухвали, якими завершується судовий розгляд у кримінальних провадженнях (ст. 369, ч. 2 ст. 500, ч. 2 ст. 512, ч. 1 ст. 418, ч. 1 ст. 441, ч. 3 ст. 454 КПК), а й судові рішення (вироки, ухвали чи постанови), якими завершується судовий розгляд у кримінальних справах, що здійснювався у порядку, передбаченому КПК 1960 року (ст. 321, ч. 1 ст. 421, ч. 1 ст. 447, ч. 2 ст. 448, ст.ст. 366, 400-2, 400-21 зазначеного Кодексу). У зв'язку з цим у подальшому буде використовуватись уніфіковане поняття «**кримінальне провадження**», під яким слід розуміти і кримінальні провадження, і кримінальні справи, судові рішення у яких можуть бути переглянуті за нововиявленими обставинами.

Як уже було зазначено, **перегляд судового рішення у кримінальному провадженні на стадії його виконання може мати місце лише в разі виявлення (встановлення) виняткових обставин, що мають істотне значення для цього провадження**. При цьому перевірна діяльність суду є похідною від встановлення нововиявлених обставин: спочатку суд повинен з'ясувати їх наявність або відсутність, а вже потім перевірити законність та обґрунтованість судового рішення, якщо такі обставини буде встановлено, урахувавши їх істотність для цього провадження.

Такими, що мають **істотне значення**, обставини визнаються в разі, якщо їх встановлення безпосередньо впливає на законність і обґрунтованість судового рішення (ст. 370 КПК), зокрема на обсяг обвинувачення, кваліфікацію кримінального правопорушення, вид та міру покарання, розмір відшкодування тощо. Оскільки істотність нововиявлених обставин належить до оціночних понять, його застосування в кожному конкретному випадку визначається індивідуально, виходячи з фактичних обставин кримінального провадження, а також внутрішнього переконання заявника, інших учасників судового розгляду та суду.

Отже, суд, який ухвалив рішення і першим допустив помилку через незнання певних фактів (ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 463 КПК), має право скасувати своє рішення за нововиявленими обставинами лише за умови, що ці обставини безпосередньо впливають на юридичну оцінку фактів, надану ним у вирокі чи ухвалі, що переглядається (зазначене впливає зі змісту п. 4 ч. 2 ст. 462 КПК).

Ураховуючи те, що провадження з перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами фактично відокремлене від інших стадій кримінального процесу, воно має свої **характерні ознаки**. Зокрема, ця стадія відрізняється від інших:

- 1) специфікою завдань, властивих лише цій частині кримінального провадження (виправлення попередніх судових помилок чи недоліків, допущених, як правило, не з вини суду (крім зловживання судді) і таких, про які при ухваленні судового рішення заявнику та (або) суду не було відомо);
- 2) змістом та підставами перегляду судових рішень, що набрали законної сили (ст. 459 КПК);
- 3) колом учасників цього провадження, у якому заявником може бути будь-хто з учасників судового розгляду незалежно від того, чи було воно предметом розгляду в апеляційному та касаційному порядку (ст. 460 КПК);
- 4) процесуальними строками здійснення провадження (ст. 461 КПК);
- 5) процесуальними засобами, які можуть бути використані на цій стадії провадження (ст.ст. 462–466 КПК);

б) процесуальними рішеннями, з винесенням яких виникають підстави для переходу кримінального провадження у наступну стадію процесу: апеляційного провадження, виконання судового рішення, касаційного розгляду і т.д. (залежно від того, судом якої інстанції було ухвалено судове рішення, що переглядалося), або про завершення провадження загалом (ст. 467 КПК).

Слід зауважити, що за чинним кримінальним процесуальним законом поняття інстанційності (перегляд ухваленого судом рішення судом вищої інстанції) до цього провадження не може бути застосовано, бо стадія процесу, в якій він діє, має винятковий характер.

**Винятковий (особливий) характер кримінального провадження за нововиявленими обставинами** зумовлюється: 1) перевіркою законності та обґрунтованості судових рішень, що набрали законної сили і перебувають на стадії виконання (а в деяких випадках – і тих, що вже виконано) судами, які першими допустили помилку при їх ухваленні; 2) наявністю специфічних підстав для відкриття (відновлення) кримінального провадження, в якому судове рішення, яким завершено судовий розгляд, було визнано остаточним; 3) залежністю предмета перевірки судового рішення (його законності та обґрунтованості) від нововиявлених обставин; 4) структурою та процесуальним порядком здійснення провадження; 5) окремо визначеним колом повноважень суддів, що переглядають судові рішення за нововиявленими обставинами.

З процесуальної точки зору нововиявлені обставини є певними чинниками **настання можливих правових наслідків** (залежно від етапу провадження за нововиявленими обставинами), а саме: 1) зупинення виконання судового рішення, яке підлягає перегляду (ч. 3 ст. 466 КПК); 2) скасування вироку чи ухвали, які набрали законної сили, через визнання їх незаконними (ч. 1 ст. 467 КПК); 3) настання відповідних кримінально-правових наслідків при ухваленні нового судового рішення в результаті провадження за нововиявленими обставинами (ч. 2 ст. 467 КПК).

У кримінальному процесуальному законодавстві **відсутнє узагальнене визначення поняття нововиявлених обставин** (у ч. 2 ст. 459 КПК наводиться лише їх перелік), що викликає неоднозначне тлумачення правових норм, які регулюють цей інститут, та призводить до помилок при їх практичному застосуванні<sup>7</sup>. Водночас із аналізу ч. 2 ст. 459, ч. 1 ст. 461, п. 4 ч. 2 ст. 462 КПК вбачається, що під нововиявленими обставинами насамперед слід розуміти **юридичні факти**, які:

1) існували на час судового розгляду, але не були відомі заявнику (незалежно від того, чи знали про це інші учасники судового провадження), а також не були відомі суду на момент ухвалення судового рішення (п.п. 1, 2, 5 ч. 2 ст. 459 КПК);

2) пов'язані зі зловживанням судді, суду при ухваленні судового рішення, про що не було відомо заявнику (п. 2 ч. 2 ст. 459 КПК);

3) виникли після набрання судовим рішенням законної сили (на час його ухвалення об'єктивно не існували) та віднесені законом до нововиявлених обставин (п.п. 3, 4 ч. 2 ст. 459 КПК).

Тобто важливим є те, що ці факти, які мають істотне значення для вирішення кримінального провадження, як правило, вже існували на час судового розгляду, однак не були відомі й не могли бути відомі особі, яка звертається із заявою про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами, а також суду (за винятком зловживання судді), у зв'язку з чим не могли бути враховані під час судового розгляду, що і призвело до ухвалення помилкового (незаконного) судового рішення, яке належить переглянути.

Отже, розглядаючи питання судового розгляду справ за нововиявленими обставинами варто вказати, що було виділено декілька проблемних питань, які викликають інтерес для подальшого дослідження та їх вирішення на основі теоретичних, наукових та практичних знань.

По-перше, варто надати визначення поняття дати нововиявлених обставин у чинному КПК України. І розглянути «нововиявлені обставини», як встановлені матеріалами кримінального провадження чи вироком суду, що набрав законної сили, нові юридичні факти, що не були відомі суду, та які засвідчують обставини вчинення злочину, що підлягають доказуванню і повністю або частково спростовують висновки, викладені раніше у рішенні суду у цій же справі як такі, що не відповідають об'єктивній дійсності.

По-друге, варто було б доповнити перелік обставин, що можуть вплинути на не встановлення обставин злочину зловживанням начальником органу досудового розслідування; неумисні діяння учасників кримінального процесу (не кваліфікованість розслідування, не встановлення певних доказів), які в подальшому самі по собі або разом з іншими могли вплинути на прийняте судом рішення.

По-третє, доцільно внести до КПК України зміни, що стосуються порядку подання інформації про нововиявлені обставини вчинення злочину. Право на подання заяв про нові обставини вчинення злочину має належати не тільки заінтересованій особі, а й кожному, кому стала відома інформація, що стосується нових обставин вчинення злочину. Заяви та повідомлення про нові обставини вчинення злочину можуть подаватися в будь-який правоохоронний орган, адміністрацію місця попереднього ув'язнення та відбуття покарання, та інші державні органи, за місцем проживання чи перебування заявника. Форма та зміст заяв про перегляд справи за нововиявленими обставинами повинна бути чітко визначена в КПК.

По-четверте, слід в КПК України закріпити строки перевірки заяв про нововиявлені обставини: щодо обставин, передбачених ч. 1 і ч. 2 ст. 400-5 КПК – протягом трьох діб, обставин, передбачених ч. 3 ст. 400-5 КПК – протягом десяти діб. У разі необхідності – строк перевірки заяв може продовжуватися прокурором до 1 місяця.

По-п'яте, обґрунтованим передбачається встановлення прокурорів, які будуть наділені правом відновлення провадження у справі, з тим, щоб була виключена можливість прийняття рішення про відновлення



провадження у зв'язку з нововиявленими обставинами, який приймав рішення у справі. Розслідування нововиявлених обставин повинно проводитися прокурором, який у будь-якій формі не приймав участі у кримінальній справі, про перегляд якої йдеться мова, й який не буде зацікавлений в результатах її розслідування чи за його дорученням та слідчим.

І окремо варто зазначити про необхідність ознайомлення з матеріалами розслідування всіх осіб, інтересів яких воно стосується, та необхідністю слідчого складати висновок за результатами проведення розслідування даних про нововиявлені обставини.

---

<sup>1</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України затверджений Законом від 28.12.60 № 1000-05 // ВВРУ. – 1961. – № 2. – ст. 15 (із змінами і доповненнями).

<sup>2</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України затверджений Законом від 13.04.2012 № 4651-VI // ВВРУ. – 2013. – № 9–10. – Ст. 88 (із змінами і доповненнями).

<sup>3</sup> Рішення ЄСПЛ у справі «Рябих проти Росії» від 24.07.2003 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/SO1056.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1056.html)

<sup>4</sup> Рішення ЄСПЛ у справі «Праведная проти Росії» від 18.11.2004 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/SO1150.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1150.html)

<sup>5</sup> Рішення ЄСПЛ у справі «Салов проти України» від 27.04.2004 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980\\_428](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_428)

<sup>6</sup> Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26.11.2012 № 1735/0/4-12 «Про деякі питання застосування розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v1735740-12>

<sup>7</sup> Романюк Б. В., Татаров О. Ю. Нововиявлені обставини: проблеми правового визначення // Вісник Національної академії внутрішніх справ України. – 2005. – № 3. – С. 215–223.

### Резюме

#### **Панасюк К. В. Проблемні питання судового розгляду справ за нововиявленими обставинами.**

У статті розглядаються теоретичні та правові проблеми застосування інституту перегляду судових рішень за ново виявленими обставинами. Аналізуючи наукові праці фахівців українського та зарубіжного законодавства, матеріалів слідчо-прокурорської практики, розкривається суть, значення перегляду судових рішень, що набрали законної сили, юридичні й практичні аспекти проблем застосування даного виду перегляду. У роботі викладено обґрунтовану концептуальну схему наукових та прикладних положень, спрямованих на вдосконалення процесу перегляду судових рішень за ново виявленими обставинами. Запропоновано ряд змін до кримінально-процесуального законодавства та інших нормативних актів щодо безпосереднього розслідування даних про ново виявлені обставини.

**Ключові слова:** нововиявлені обставини, перегляд, відновлення провадження, перевірка, розслідування.

### Резюме

#### **Панасюк К. В. Проблемные вопросы судебного рассмотрения дел по вновь открывшимся обстоятельствам.**

В статье рассматриваются теоретические и правовые проблемы использования института пересмотра судебных решений по вновь открывшимся обстоятельствам. Анализ научных работ специалистов украинского и зарубежного законодательства, материалов следственно-прокурорской практики, позволил раскрыть сущность, значение пересмотра судебных решений, что вступили в законную силу, юридические и практические проблемы использования указанного вида пересмотра. В работе изложено обоснованную концептуальную схему научных и прикладных положений, направленных на усовершенствование процесса пересмотра судебных решений по вновь открывшимся обстоятельствам.

**Ключевые слова:** вновь открывшиеся обстоятельства, пересмотр, возобновление производства, проверка, расследование.

### Summary

#### **Panasjuk C. Problems of adjudication to the recently revealed circumstances.**

During the research theoretical and legal problems of application the institute for examining decrees with recently revealed circumstances are examined. Analyzing scientific literature of lawyers, works of other Ukrainian and foreign specialists in legislation and the evidence of investigation, the author reveals the essence, the meaning of examination the decrees which gained lawfulness, legislative and practical aspects of problems of usage the given examination. In the research was stated the conceptual schema for scientific and practical regulations directed towards improvement of process of examination the decrees under newly-revealed circumstances. Number of alternations to Criminal-Investigating Legislation and other Normative Acts as for direct investigating the evidence of the recently revealed circumstances were suggested.

**Key words:** recently revealed circumstances, examination, renovation of execution, verification, investigation.

**А. О. ПИСЬМЕННА**

*Альона Олександрівна Письменна, студентка  
Київського університету права НАН України*

**ХАРАКТЕРИСТИКА ВЗАЄМОДІЇ ДЕРЖАВИ ТА ЦЕРКВИ ЯК СИЛИ,  
ЯКА РЕГУЛЮЄ СУСПІЛЬНІ ВІДНОСИНИ: ІСТОРИЧНІ ЕТАПИ**

Ключовою складовою у проблематиці взаємодії держави та церкви є те, що держава і церква відіграють значну роль у духовному, соціальному та політичному житті суспільства, але роль церкви в державі не є однозначною. У різних умовах і церква, і релігійні організації можуть як сприяти процесу трансформації суспільства, так і його гальмувати. Тому відповідальність за діяльність релігійних організацій лягає як на церкву, так і на державу. Задоволення релігійних потреб громадян має здійснюватись у межах чинного законодавства, і держава не повинна впливати на релігійну свідомість та релігійні відносини в країні.

Одним із важливих напрямів державної політики в релігійно-церковному житті є розроблення ефективних механізмів взаємодії держави і церкви, включення релігійних організацій у процес формування громадянського суспільства.

Державно-церковними відносинами займалися багато науковців. Серед них можна назвати зарубіжних філософів і вчених: Т. Гоббса, Д. Локка, М. Вебера. Також займалися цим питанням і українські вчені, а саме В. Андрущенко, А. Колодний, М. Михайличенко.

Характер співвідношення права і релігії часто має суперечливий характер. Спроби вирішити це протиріччя мають на меті комплексне вивчення права і релігії як найважливіших соціальних регуляторів, що активно взаємодіють у процесі впливу на суспільні відносини в усіх основних сферах життєдіяльності людини.

Історія багатьох держав включає в себе взаємини церковної влади, держави і релігійних організацій. Останнім часом вплив церкви, релігійних норм та цінностей на життя суспільства у державах помітно збільшився. Це пояснюється певною мірою істотною зміною умов життєдіяльності та підходом до релігії як до найважливішої інтегруючої сили і фактору духовно-морального відродження народів.

Середньовічні схоласти міркували про те, що існує вічне природне право – вічні природні закони, які покладені Богом у серця і свідомість людей. З цією думкою також погоджувався Фома Аквінський, який у своєму вченні писав, що усі закони зібрані у піраміду за загальним правилом субординації. На вершині піраміди стоїть вічний закон, що втілює божественну волю і складається із універсальних вічних незмінних норм та загальних принципів, які правлять Всесвітом. Вічний закон є тотожним Богу. Від нього походять усі інші закони і насамперед природний закон, який відображає вічний закон у свідомості людини. Наступною ланкою у піраміді є людський позитивний закон, норми якого можуть змінюватися за змістом у різних народів і в різних країнах. Схожість цих норм створює «право народів».

Відомий російський філософ І. Льїн (1883–1954 рр.) визначив співвідношення держави і церкви наступним чином: «Церква і держава взаємно чужорідні – по встановленню, за духом, по гідності, за метою і за способом дії. Держава, що намагається привласнити собі силу і гідність церкви, творить гріх. Церква, яка намагається привласнити собі владу і меч держави, втрачає свою гідність і зраджує своєму призначенню. Церква не повинна брати меча – ні для насадження віри, ні для страти еретика або лиходія, ні для війни ... в цьому сенсі церква «аполітична», завдання політики не є її завдання; засоби політики несуть її кошти; ранг політики не є її ранг».

Аналізуючи законодавство та практику, можна виділити два основних види статусу церкви в державі:

- 1) державна церква, закріплення її привілейованого становища порівняно з іншими віросповіданнями;
- 2) режим відділення церкви від держави і школи від церкви.

Статус державної церкви передбачає тісну співпрацю держави і церкви, що охоплює різні сфери суспільних відносин, а також різні привілеї для релігійних організацій, що належать до державної церкви. У Великобританії офіційною державною церквою є англіканська церква, головою якої виступає монарх. У дореволюційній Росії такий статус був у Російської православної Церкви.

Статус державної церкви має ряд особливостей.

1. У галузі економічних відносин – церква має право власності на широке коло об'єктів: землю, будівлі, споруди, предмети культури і т.д. У багатьох випадках держава звільняє власність церкви від оподаткування або істотно знижує податки на неї. Так, до жовтня 1917 р. Російська православна Церква була звільнена від податків і цивільних повинностей.

2. Церква отримує від держави різні субсидії та матеріальну допомогу. Наприклад, у Великобританії держава за свій рахунок утримує капеланів в армії та у в'язницях. У дореволюційній Росії православна Церква отримувала великі субсидії від держави (наприклад, у 1907 р. – 31 млн рублів на утримання церковного апарату).

3. Церква уповноважена низкою юридичних повноважень – вона має право реєструвати шлюб, народження, смерть, а в ряді випадків – регулювати шлюбно-сімейні відносини.

4. У сфері політичних відносин церква має право брати участь у політичному житті країни, в тому числі і через представництво церкви в державних органах. Так, у Великобританії представники вищого духовенства англіканської церкви засідають в палаті лордів. Православна Церква у дореволюційній Росії була частиною державного апарату. Всі керівні державні посади мають право займати лише особи, які сповідують державну релігію (Данія, Норвегія, Парагвай, Швеція та ін.).

5. У релігійних відносинах союз церкви і держави полягає в тому, що глава держави навіть при республіканській формі правління дає релігійну клятву або присягу при вступі на посаду. Також церква бере участь і в коронації монархів.

6. Церква має широкі повноваження в галузі виховання та освіти підростаючого покоління, веде релігійну цензуру друкованої продукції, кіно, телебачення. Обов'язкове викладання релігії передбачено законодавством Австрії (за згодою батьків), Швеції, Італії, Іспанії у всіх початкових, середніх і спеціальних школах, у навчальних закладах з підготовки вчителів та вихователів дитячих садків. У Великобританії вивчення релігії є обов'язковим предметом у початкових і середніх державних школах. В Ізраїлі в усіх школах обов'язковим є вивчення іудаїзму.

Державних церков у Європі залишилося небагато: лютеранська церква в Норвегії, Швеції і Данії, англіканська церква в Англії. У Фінляндії лютеранська церква наділена особливим статусом. У конституції Греції православ'я визнається переважною релігією. На практиці ж становище церкви в цих країнах мало чим відрізняється від її існування в державах, що вибрали режим відділення. Наприклад, англійська королева офіційно є главою англіканської церкви, але посада її швидше номінальна, насправді англіканською церквою керує релігійна ієрархія. Проте для ухвалення певних рішень, що стосуються внутрішнього порядку церкви, потрібно голосувати в парламенті. Таким чином, статус державної релігії, навіть у пом'якшеній сучасній формі, все ж таки ставить церкву у залежність від держави.

Майже в 30 мусульманських країнах державною релігією офіційно визнаний іслам. У конституціях та інших конституційних актах Марокко, Пакистану, Йорданії, Бахрейну, ОАЕ та інших країн закріплена концепція ісламської форми правління і відповідно привілейоване становище ісламу, роль якого в мусульманських державах особливо велика. Релігія регулює всі сторони життя суспільства за допомогою правової системи, заснованої на вченні ісламу – мусульманського права. Конституційне оголошення ісламу державною релігією слугує закріпленню верховенства мусульманського права щодо прийнятих державою законів. Дослідники зазначають, що жодна з арабських держав не встановлює світського характеру держави. Навіть там, де конституція не проголошує іслам державною релігією, це не означає відокремлення релігії від держави, а лише є визнанням існування, крім ісламу, інших конфесій (Лівія, Судан).

У державах, де одна з релігій оголошена державною, можуть існувати й інші релігії, але їх статус більш обмежений порівняно з офіційною церквою. Наприклад, урядовим меморандумом 1918 р. на території британських колоній допускалася діяльність місіонерських організацій католицької церкви, які мають статус «визнаних товариств», тобто товариств, діяльність яких пересвідчувалася Вестмінстерським архієпископом. Особи неправославного віросповідання офіційно іменувалися іновірцями.

У деяких країнах встановлено формальну рівність усіх релігій, що є ознакою демократичного суспільства (Ірландія, Аргентина), оскільки закріплюється терпимість щодо інших релігій. Однак ця рівність не завжди дотримується на практиці. Зокрема, в Італії у 1984 р. уряд і Ватикан підписали конкордат про скасування положення католицької релігії в якості єдиної державної релігії Італії.

Режим відділення церкви від держави існує у багатьох країнах – у сучасній Росії, у Франції, в Німеччині, Португалії та ін. Даний режим обумовлений найчастіше прагненням позбавити церкву монополії на виконання ідеологічної та інтеграційної функцій, оскільки церква має потужний потенціал впливу на свідомість людей. Режим відділення має такі характеристики:

1) держава та її органи не мають права контролювати ставлення своїх громадян до релігії і не ведуть обліку громадян за цією ознакою;

2) держава не втручається у внутрішньоцерковну діяльність (якщо при цьому не порушуються чинні закони). Зокрема, держава не повинна втручатися у зміст віровчень, обрядів, церемоній культу та інші форми задоволення релігійних потреб, у внутрішнє самоврядування релігійних організацій, у взаємини органів релігійних організацій, в їхні стосунки з віруючими, а також у витрачання коштів, пов'язаних з релігійними потребами;

3) держава не надає церкві матеріальної або будь-якої іншої, в тому числі й фінансової, допомоги;

4) церква не втручається у справи держави, а лише займається питаннями, пов'язаними із задоволенням релігійних потреб громадян. Держава, зі свого боку, охороняє законну діяльність церкви і релігійних організацій;

5) церква не виконує будь-яких державних функцій.

Сьогодні в більшості західних країн церква відділена від держави. Релігійні меншини користуються релігійною свободою без дискримінацій. Церква не втручається в державні справи і, навпаки, держава не втручається у справи церковні. Відділення не виключає і співпраці між державою та релігійними організаціями в деяких справах.

У 1976 р. відділення церкви від держави відбулося в Іспанії, а в 1984 р. – навіть в Італії, незважаючи на історично найтісніший зв'язок італійської держави з центром католицької церкви (Ватикан).

Режим відділення церкви від держави не означає відсутність контролю державою за діяльністю релігійних організацій. Держава не ухиляється від правового регулювання їх статусу та діяльності. Так, Франція, проголосивши в 1905 р. відділення церкви від держави (Закон від 9 грудня 1905 р.), все одно використовує певні засоби контролю місіонерської діяльності у своїх колишніх колоніях, наприклад, контроль за змістом проповідей, встановила дозвільний порядок відкриття місіонерських шкіл, а також регулювала деякі елементи законів внутрішньоцерковної організації (утворення церковно-територіальних округів, статус місіонерських організацій).

Режим відділення церкви від держави передбачає правове регулювання діяльності релігійних організацій, що забезпечує певний баланс церковно-державних відносин і дозволяє співпрацю церкви та держави при вирішенні соціальних питань. При регламентації правового статусу релігійних організацій законодавство більшості держав виходить з визнання свободи совісті та віросповідання, тобто права сповідувати будь-яку релігію, вільно обирати й поширювати релігійні переконання.

Держави мусульманської правової системи є одним із прикладів взаємодії релігії та держави. Головна особливість цієї правової системи полягає у її тісному взаємозв'язку з ісламською релігією.

Іслам – це одна із трьох світових релігій поряд з християнством і буддизмом. Чисельність послідовників ісламу – понад 1 млрд чоловік. Хоча мусульманські громади є на всіх континентах, переважна більшість мусульман живуть в Західній, Південній і Південно-Східній Азії та Північній Африці. У Росії більшість мусульман проживають в регіонах Північного Кавказу, Поволжя і Приуралля, Сибіру. Фактично мусульманське право – частина шаріату, що являє собою найважливішу складову мусульманської релігії. Шаріат (дослівний переклад з арабської – «прямий шлях») розуміється в ісламській релігії як сукупність звернених до людей приписів, встановлених Аллахом та переданих їм через пророка. Деякі дослідники ототожнюють шаріат з мусульманським правом, однак більшість розрізняють ці поняття. Справа в тому, що шаріат містить у собі всі звернені до людей приписи Корану і сунни, а до мусульманського права відносять лише ті принципи та норми, які були розроблені й витлумачені доктриною і відповідають принципам права. Згідно з цією точкою зору шаріат поділяється на три основні частини – релігійну догматику, ісламську етику і так звані практичні норми. Останні поділяються на культові приписи, що встановлюють порядок виконання релігійних обов'язків і норми, які регулюють усі інші сторони поведінки мусульман, їхні світські взаємини. Правові взаємовідносини входять саме в цю, останню групу. Для мусульманського права, як і для будь-якої іншої правової системи, властива специфіка взаємозв'язку трьох основних проявів права – норм, правосвідомості й поведінки. Для мусульманської правової системи характерна особлива близькість цих елементів між собою при центральній ролі правосвідомості (як елемента, найбільш схильного до впливу релігії).

Щодо походження і розвитку мусульманської правової системи, то можна сказати наступне.

Становлення ісламу, включаючи шаріат і мусульманське право, пов'язане з діяльністю пророка Мухаммеда (570–632 рр. н.е.). У своїх публічних проповідях Мухаммед наголошував на основних нормах поведінки віруючих в Аллаха, серед яких були і юридично значимі норми. Після смерті пророка його найближчі однодумці (халіфи Абу-Бакр, Осман, Омар і Алі) продовжили нормотворчу діяльність на основі Корану і сунни.

Головна роль у розвитку мусульманського права у VIII–X ст.ст. належала суддям – кадї, які на основі тлумачення Корану заповнювали правові прогалини. У цей період зароджуються основні гілки ісламу. До кінця X ст. мусульманське право стабілізується і канонізується. Судді вже не мають права виносити рішення, не маючи відповідної норми в Корані та інших джерелах, на яку вони посилаються. Подальший розвиток залежав від інтеграції права різних ісламських країн, вироблення єдиних принципів для всіх мусульманських правових шкіл. У XIX ст. в результаті розширення контактів мусульманських країн з країнами романо-германської правової системи відбувається становлення законодавства як самостійного джерела права в ісламських країнах. Потім деякі країни розвивалися до подальшої рецепції європейського права, в інших же, де домінувала ісламсько-фундаменталістична позиція, що «класичне» мусульманське право відіграє домінуючу роль.

Важливу роль у формуванні мусульманського права, як самостійної галузі права відіграють джерела.

Першим і головним джерелом мусульманського права є Коран – священна книга мусульман. Коран складається із 114 сур (глав), більше 4 тисяч віршованих фрагментів, які не пов'язані концептуально між собою.

Ці записи датуються періодом з 610 по 632 роки. Вони є промовами і проповідями Мухаммеда, сказаними з різних приводів. І лише згодом вони були зібрані в один твір. Тільки деяку частину приписів Корану можна назвати правовими, у зв'язку з цим він не став для мусульманського права системним юридичним документом, подібно до кодексу або конституції, проте для мусульманських юристів він і зараз залишається найавторитетнішим джерелом права. Друге джерело – сунна – це зібрання переказів (хадисів) про вчинки і висловлювання Мухаммеда. Як і Коран, сунна містить мало юридичних норм, у зв'язку з домінуванням у ній релігійно-моральних положень. У сунні описані ситуації з життя Мухаммеда, тому її юридичні приписи не мають узагальненого характеру. Коран і сунна часто іменуються в ісламській літературі «корінням фікха». Термін «фікх» означає глибоке джерело мусульманського права – релігійно-правову доктрину. Саме доктрина визначає логічний розвиток мусульманського права, взаємозв'язок його формальних джерел. Зв'язок релігії, доктрини і права в ісламі можна визначити наступним чином: Коран і сунна, тобто релігійні приписи, становлять зміст і джерело шаріату, який, у свою чергу, є основою доктрини. На фікху і його коре-



нях (Корані і сунні) базуються два інші джерела мусульманського права – іджма і кияс. Іджма являє собою розроблені мусульманськими правознавцями (муджтахідами) раціональне тлумачення норм Корана і сунни. Процес їх тлумачення отримав назву Іджтихад. Кияс – це міркування за аналогією. Він стає легітимним завдяки Корану і сунні. Однак розглядати кияс можна лише як спосіб тлумачення і застосування права, оскільки на відміну від юристів іншого права, ісламські юристи не створюють правових норм.

Державно-церковні відносини – це сукупність форм взаємозв'язку між інститутами держави та інституціональними релігійними організаціями, що історично склалися та розвивалися. В основі цих відносин закладено законодавчо закріплені уявлення про місце релігії та церкви в житті суспільства, їх функції, сфери діяльності та компетенції всіх суб'єктів цих відносин. Разом із тим на ці стосунки впливають ідеї й уявлення віруючих громадян та різних релігійних об'єднань про їх бажану спрямованість і характер. Демократичні держави, на відміну від тоталітарних (особливо з сильним громадянським суспільством), намагаються прислухатися до інтересів віруючих громадян різних релігійних об'єднань таким чином, щоб волевиявлення одного не ущемляло волі іншого громадянина або невіруючого.

Якщо спиратися на національне законодавство, то Конституція України у ст. 35 визначає, що «кожен має право на свободу світогляду і віросповідання». Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культури і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність.

А Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23 квітня 1991 р. релігійні права визначає наступним чином: «Кожному громадянину в Україні гарантується право на свободу совісті».

Це право включає у себе свободу мати, приймати і змінювати релігію або переконання за своїм вибором і свободу одноособово чи разом з іншими сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, відправляти релігійні культури, відкрито виражати і вільно поширювати свої релігійні або атеїстичні переконання. Тому, можна сказати, що між положеннями Конституції та Закону є деякі розбіжності, які можливо усунути шляхом внесення змін до Закону.

Точніше кажучи, термін «свобода світогляду і віросповідання», який вживає Конституція, мусить бути введений у Закон замість «свобода совісті», а також гарантування релігійних прав кожному, а не лише громадянам України.

Щодо з'ясування змісту релігійних прав, то можна взяти за основу ст. 6 Декларації про ліквідацію всіх форм нетерпимості та дискримінації на підставі релігії чи переконань, за якою право на свободу думки, совісті, релігії або переконань включає зокрема і такі свободи:

- відправляти культури чи збиратися у зв'язку з релігією або переконаннями і створювати та утримувати місця для цієї мети;
- створювати і утримувати відповідні благодійні або гуманітарні установи;
- виробляти, набувати та використовувати у відповідному обсязі необхідні предмети і матеріали, пов'язані з релігійними обрядами або звичаями чи переконаннями;
- писати, випускати та розповсюджувати відповідні публікації у цих галузях;
- вести викладання з питань релігії або переконань у місцях, що підходять для цієї мети;
- клопотатися про отримання і отримувати від окремих осіб та організацій добровільні й фінансові пожертви;
- готувати, призначати, обирати або призначати за правом успадковування відповідних керівників згідно з потребами та нормами тієї чи іншої релігії або переконань;
- дотримуватися днів відпочинку та відзначати свята та відправляти обряди відповідно до приписів релігії чи переконань;
- встановлювати і підтримувати зв'язки з окремими особами та громадами в галузі релігії та переконань на національному й міжнародному рівнях.

Національне законодавство встановлює перелік інших умов та засобів, з яких складаються можливості людини для забезпечення нею своїх релігійних потреб. Наприклад, у Законі України «Про свободу совісті та релігійні організації» підкреслюється: «Батьки або особи, які їх замінюють, за взаємною згодою мають право виховувати своїх дітей відповідно до своїх власних переконань та ставлення до релігії».

Отже, можна зробити висновок, що держава та релігія, маючи спільні та відмінні риси, все-таки є взаємопов'язаними регуляторами суспільних відносин на даний час. Хоча держава і має деякий вплив на церкву, шляхом прийняття законів, які є обов'язковими до виконання, становище церкви у державі не зазнає кардинальних змін. Але завдяки цим же ж законам, які приймає держава, більшість релігійних прав громадян різних країн стають узаконеними та мають шануватися громадянами стосовно один одного. Не зважаючи на це, розвиток державно-церковних відносин триває і далі. Вчені та науковці не зупиняються на дослідженні цього питання. Адже релігія та право – це науки, які знаходяться у постійному розвитку та мають важливе значення для суспільства в цілому і окремо для кожного громадянина.

<sup>1</sup> Аман Ів. Государство и церковь / Ив Аман // Континент. – 1995. – № 86. – С. 51.

<sup>2</sup> Вовк Д. Сучасні проблеми відносин держави і церкви в Україні / Д. Вовк // «Круглий стіл»: «Сучасний етап розвитку Української держави і права в світлі реалізації Програми діяльності Кабінету Міністрів України «Назустріч людям» // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 1 (40). – С. 246, 247.

Декларація про ліквідацію всіх форм нетерпимості та дискримінації а основі релігії чи переконань : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_284](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_284)

<sup>3</sup> Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України від 23 квітня 1991 р. (в редакції від 12 грудня 2012 р.). // Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР). – 1991. – № 25. – Ст. 283.

<sup>4</sup> Ильин И. А. О государственной форме / И. А. Ильин // Советское государство и право. – 1991. – № 11. – С. 30.

<sup>5</sup> Клочков В. В. Религия. Государство. Право / В. В. Клочков. – М.: Изд-во «Мысль», 1978.

<sup>6</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>7</sup> Отделение церкви от государства // Никко – Отолиты. – М. : Советская энциклопедия, 1974. – (Большая советская энциклопедия : [в 30 т.] / гл. ред. А. М. Прохоров; 1969–1978. – Т. 18.

#### Резюме

**Письменна А. О. Характеристика взаємодії держави та церкви як сили, яка регулює суспільні відносини: історичні етапи.**

Автором розглянуто проблему взаємодії церкви та держави, яка постійно розвивається та досліджується вченими протягом багатьох років. Проаналізовано законодавство різних держав у сфері свободи совісті та віросповідання. Також зазначено, що державна політика у цій сфері базується на правових засадах, які відповідають міжнародним стандартам.

**Ключові слова:** держава, церква, законодавство, релігія, правова система, відділення церкви від держави.

#### Резюме

**Письменная А. А. Характеристика взаимодействия государства и церкви как силы, регулирующей общественные отношения: исторические этапы.**

Автором рассмотрена проблема взаимодействия церкви и государства, которая постоянно развивается и исследуется учеными на протяжении многих лет. Проанализировано законодательство различных государств в области свободы совести и вероисповедания. Также указано, что государственная политика в этой сфере базируется на правовых принципах, которые отвечают международным стандартам.

**Ключевые слова:** государство, церковь, законодательство, религия, правовая система, отделение церкви от государства.

#### Summary

**Pysmenna A. Characterization of the interaction of Church and state as a force regulating social relations: the historical stages.**

The author considers the problem of the interaction of Church and state, which is constantly evolving and investigated by scientists for many years. Analysed the legislation of different countries in the field of freedom of conscience and religion. Also noted the public policy in this area is based on legal principles that meet international standards.

**Key words:** state, Church, law, religion, legal system, separation of Church and state.

УДК 347.672

### К. І. ПОДВОРНА

*Катерина Іванівна Подворна, студентка VI курсу  
Київського університету права НАН України*

## ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАПОВІТУ З УМОВОЮ

У сучасній науковій літературі недостатньо уваги приділено питанню існування умови в заповіті на час відкриття спадщини. З'ясування цього та інших пов'язаних із ним питань є вкрай важливим як для наукової спільноти, так і для практикуючих фахівців, так як від нього безпосередньо залежить практика застосування положень законодавства.

Інститут заповіту з умовою вперше був закріплений у ЦК України 2003 року, і потреба у його позитивній підтвердженні практикою та досвідом. Він був відомий ще римському приватному праву. Допускалось призначення спадкоємця за відкладальної умови. У такому разі днем відкриття спадщини вважався не день смерті спадкодавця, а день настання зазначеної умови, наприклад за підпризначення спадкоємця (субституція), коли заповідач визначав запасного спадкоємця на випадок, якщо перший спадкоємець чомусь відмовиться прийняти спадщину чи помре до відкриття спадщини. Призначення спадкоємця за скасувальною умовою не допускалось, оскільки суперечило загальновизнаному принципу римського спадкового права – *semel heres semper heres* – спадкоємець завжди спадкоємець, тобто призначений назавжди і замінити його не можна!

Заповіти з умовою здебільшого притаманні англо-американській системі права. З огляду, що зараз Україна прагне євроінтеграції, варто звернути увагу на досвід європейських країн у тій частині, що стосується розвитку заповіту з умовою.

ЦК Франції (Кодекс Наполеона 1804 р.)<sup>2</sup> допускає можливість укладання заповіту з певною умовою. У ст. 900 цього кодексу зазначено, що у будь-якому розпорядженні між живими або заповідальному розпорядженні будуть вважатися ненаписаними умови неможливі і умови, які суперечать законам і добрим звичаям.

В Іспанії заповідальні розпорядження можуть складатися під умовою незалежно від того, чи мають вони універсальний характер, тобто зроблені щодо всього спадкового майна, чи партикулярний характер, тобто стосуються лише частини спадщини. Умови заповіту, що суперечать закону чи добрим звичаям, вважаються такими, що ненаписані, тому такі умови спадкоємцям нічим зашкодити не можуть<sup>3</sup>.

У Німецькому цивільному уложенні також існують норми, які допускають можливість складання заповіту як з відкладальною, так і зі скасувальною умовою. Під скасувальною умовою розуміється наступне: якщо спадкодавець передбачив у заповіті таку умову, яку особа, на користь якої її вказано, протягом певного часу зобов'язана виконати, то у разі, коли таке виконання залежить виключно від волі зазначеної особи, необхідно вважати, що результат буде залежати від скасувальної умови, пов'язаної із виконанням дії цією особою. Тобто, ця новела містить важливе правило: якщо спадкоємець вчиняє все від нього залежне, умова заповіту вважається як така, що настала<sup>4</sup>.

Окремі аспекти окресленої проблеми досліджували такі вітчизняні фахівці як З. В. Ромовська, О. В. Коротюк, Ю. О. Заїка, Н. І. Коровяковська, С. Я. Фурса, Є. О. Рябоконт, С. Н. Самарський, В. І. Серебровський та інші, проте й ними не було розглянуто деяких проблемних аспектів.

Метою цієї статті є з'ясування вищезазначених проблемних аспектів функціонування такої правової категорії як заповіт з умовою, встановлення його правової природи, а також дослідження проблематики застосування законодавства, що регулює вищезазначений інститут.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що складаються з приводу застосування заповіту з умовою.

Предметом дослідження є спадкування за заповітом з умовою як категорія цивільного права, а також норми права, що регулюють відповідні відносини.

Визначення заповіту з умовою в чинному законодавстві України закріплено у ст. 1242 ЦК України<sup>5</sup>, за якою заповідач може обумовити виникнення права на спадкування у особи, яка призначена в заповіті, певної умови, як пов'язаної, так і не пов'язаної з її поведінкою (наявність інших спадкоємців, проживання в певному місці, народження дитини, здобуття освіти тощо). Умова щодо поведінки певної особи передусім передбачає вчинення спадкоємцем певних дій, внаслідок яких спадкоємець виконав таку умову на момент відкриття спадщини. При цьому спадкоємець може і не знати про встановлену щодо нього умову. Умова, яка не пов'язана з поведінкою особи, передбачає настання певних подій як юридичних право встановлювальних фактів, що зумовили виконання такої умови на момент відкриття спадщини. Наприклад, заповідач може заповісти свої права та обов'язки за умови досягнення спадкоємцем повноліття. У такому разі особа, вказана в заповіті, отримує право на спадкування за заповітом, якщо вона на день смерті заповідача досягла 18 років<sup>6</sup>.

Законодавець у ст. 1242 ЦК України чітко встановив, що умова, визначена у заповіті, має існувати на час відкриття спадщини. Це означає, що на час відкриття спадщини умова повинна бути вчиненою, у протилежному ж випадку спадкування щодо спадкоємця, щодо якого була зазначена умова, не настане.

Умова також повинна бути правомірною, що прямо впливає зі змісту ч. 2 ст. 1242 ЦК України, відповідно до якої умова, визначена в заповіті, є нікчемною, якщо вона суперечить закону або моральним засадам суспільства<sup>7</sup>. Якщо відповідність нормам закону зазвичай не викликає запитань, то відповідність моральним засадам суспільства потребує детального з'ясування.

При оцінці умови на її відповідність моральним засадам суспільства слід виходити із ст. 1 Закону України «Про захист суспільної моралі»<sup>8</sup>, де зазначено таке: по-перше, дефініція «суспільна мораль» – це система етичних норм, правил поведінки, що склалися у суспільстві на основі традиційних духовних і культурних цінностей, уявлень про добро, честь і гідність, громадський порядок, совість, справедливість; по-друге, встановлено перелік тих дій, які суперечать засадам суспільної моралі.

Спадкоємець не має права вимагати визнання умови недійсною лише на підставі того, що він не знав про існування такої умови, чи посилатися на те, що настання умови від нього не залежить, що прямо передбачено в ст. 1242 ЦК України.

Тривалий час після впровадження заповіту з умовою дискусійним було питання з приводу того, чи не є умова, що стосується особистих немайнових прав спадкоємця, обмеженням його правоздатності. З цього приводу З. В. Ромовська зазначила, що тут йдеться про нерозуміння самої суті цивільної правоздатності, так як правоздатність – це природна здатність мати певні права та обов'язки, яка ніким не може бути обмежена. Якщо, наприклад, К. у заповіті зазначив: «Заповідаю дочці Л. право власності на будинок за умови, що на момент відкриття спадщини вона проживатиме в Україні», він не обмежив ні її здатності мати право на вибір місця свого проживання, ні самого цього права<sup>9</sup>. З даною позицією погоджується О. В. Коротюк, зазначаючи, що наявність умови не покладає на спадкоємця жодного обов'язку, а лише виражає волю спадкодавця щодо можливості успадкування його прав та обов'язків конкретною особою і за конкретних умов<sup>10</sup>. Очевидно, що з такою умовою має бути ознайомлений при посвідченні заповіту.

Водночас, цивілісти розходяться з приводу нездійсненності умови. Зокрема, Ю. О. Заїка вважає, що умова заповіту може виявитись нездійсненою, якщо неможливо виконати її взагалі або протягом певного строку й тоді умова може вважатись такою, що настала<sup>11</sup>. З. В. Ромовська з цього приводу зазначає, що така позиція може бути предметом дискусії, так як об'єктивна і суб'єктивна здійсненність умови правочину вва-

жається однією із його ознак<sup>12</sup>. З цього приводу варто зазначити, що позиція Ю. О. Заїки є більш об'єктивною, тому що умова, зазначена в заповіті, повинна бути спрямованою на користь спадкоємця, а не на штучне обмеження його прав.

При дослідженні правової конструкції заповіту з умовою варто звернути увагу на таку ситуацію, коли спадкодавець склав заповіт з умовою на користь одного зі спадкоємців, з яким вони можуть і не перебувати в родинних відносинах або коли цей спадкоємець входить у коло осіб, що мають право на обов'язкову частку у спадщині, закріплене у ст. 1241 ЦК. Слід з'ясувати, які саме наслідки настануть для особи, що одночасно є спадкоємцем за заповітом з умовою та спадкоємцем, що має право на обов'язкову частку у спадщині. Адже за загальним правилом, встановленим у законодавстві, спадкоємець, умова щодо якого не виконана на момент відкриття спадщини, позбавляється права на спадкування. Але в даному випадку, виходячи положень законодавства про спадкування, така особа всупереч волі спадкодавця, волею якого було передати такому спадкоємцю право на власність лише після виконання певної умови, все одно спадкуватиме ту частину спадкового майна, що передбачена правом на обов'язкову частку у спадщині. Вважаємо, що тут недоречно говорити про неузгодженість норм цивільного законодавства між собою, скоріше відбувається превалювання однієї норми над іншою, тому що тут обов'язок законодавця захистити соціально слабку категорію спадкоємців переважає над волею спадкодавця обумовити отримання нею спадку. Воля спадкодавця тут реалізується в тій частині, що не охоплюється правом на обов'язкову частку у спадщині.

У ході проведеного дослідження з'ясувалось, що існує проблема тлумачення змісту ст. 1242 ЦК, зокрема у тій частині, в якій зазначено, що «умова повинна існувати на момент відкриття спадщини». Критерій існування на момент відкриття спадщини можна віднести до ознак умови, які зазначені в самій статті. Не дивлячись на те, що переважна більшість науковців, а також судова практика тлумачать її як таку, що передбачає виконання умови на час відкриття спадщини і неможливість початку її виконання після смерті спадкодавця, у літературі висловлена абсолютно протилежна позиція. Зокрема, Н. І. Коровяковська вважає, що положення абз. 2 ч. 1 ст. 1242 про те, що умова, визначена у заповіті, має існувати на час відкриття спадщини, слід розуміти таким чином: умова, зазначена в заповіті, зберігає свою силу і продовжує обумовлювати виникнення права на спадкування, якщо тільки на день смерті спадкодавця вона не виконана, не досягнута, не втратила своє значення. Іншими словами, на час відкриття спадщини має зберігатися теоретична можливість настання даної умови. В іншому випадку умова в заповіті втрачає своє значення і спадщина відкривається на користь спадкоємця за заповітом без умови. Наприклад, спадкодавець у заповіті обумовив виникнення права на спадкування необхідністю спадкоємця здобути освіту у навчальному закладі N. На час відкриття спадщини з'ясувалося, що особа, призначена спадкоємцем, вже закінчила своє навчання у даному закладі, отримавши диплом, або навчальний заклад N припинив своє існування. І в першому, і в другому випадку умова вже не існує на час відкриття спадщини і тому в залежність від її настання не можуть ставитись правові наслідки<sup>13</sup>.

Для вирішення цієї проблеми слід ретельно проаналізувати, що ж саме є підставою для діаметрально протилежного тлумачення даного правила. Вважаємо, що причина полягає у викладенні норми саме таким чином, що умова повинна «існувати» на час відкриття спадщини. Якщо осмислювати цю категорію у площині філософії, то постає питання, чи на час відкриття спадщини умова повинна існувати як така, що буде спричиняти настання необхідних наслідків у майбутньому, чи вона повинна вже бути здійснена. Право за своєю природою надзвичайно тісно пов'язане із логікою, тому слід звернутись до з'ясування логічних особливостей категорії «умова». Логіка як наука передбачає два види умов – необхідну та достатню, при цьому необхідною умовою є така, яка має бути виконана для того, щоб твердження було істинним, а достатня – це така, виконання якої тягне за собою істинність твердження. Отже, шляхом вирішення цієї проблеми з метою виключення можливості двояких тлумачень даної норми і уникнення будь-яких суперечностей термін «існувати» слід замінити на «бути здійсненою», тобто «умова, визначена у заповіті, повинна бути здійсненою на час відкриття спадщини».

У судовій практиці зустрічається справа, де суд неправильно тлумачить і застосовує норми, що стосуються заповіту з умовою. Можна навести приклад з судової справи, де спадкоємці посилаються на усне розпорядження спадкодавця розподілити все заповідане майно між ними порівну, хоча складено заповіт, в якому спадкоємцем визначена лише одна особа. Суд же в своїй аргументації посилається на ст. 1242 ЦК і зазначив, що вказана умова відсутня в заповіті, а тому її існування позивачами не доведено. З приводу цього можна відмітити, що навіть суд не завжди достатньо компетентний у питаннях, що стосуються заповіту з умовою, адже мотивувальна частина судового рішення не повинна містити констатації загальновідомих фактів, що безпосередньо впливають із самої суті речей. Адже усні розпорядження спадкоємця умовою заповіту не є і тому навряд чи в цьому випадку доречно вести мову про заповіт з умовою.

Підсумувавши все вищевикладене, можна зробити такі висновки. Заповіт з умовою є безперечно позитивним явищем в сучасній правовій системі, оскільки надає спадкодавцю можливість більш повно та конкретно виражати своє волевиявлення. Але слід неухильно дотримуватись всіх визначених законодавством вимог до умови в такому заповіті, щоб її встановлення та виконання призводило до сприятливих та позитивних наслідків не лише для спадкодавця, а й для спадкоємця. Постійний і безперервний розвиток суспільства відповідно вимагає й внесення змін до законодавства. Як вже було зазначено, потрібно внести зміни до ч. 1 ст. 1242 ЦК України з метою уникнення різних тлумачень цієї норми. Її варто викласти в такій редакції: «Заповідач може обумовити права на спадкування у особи, яка призначена у заповіті, наявністю певної



умови, як пов'язаної, так і не пов'язаної з її поведінкою (наявність інших спадкоємців, проживання у певному місці, народження дитини, здобуття освіти тощо. Умова, визначена в заповіті, має бути виконана на час відкриття спадщини». Крім цього, важливо розглянути можливість спадкування за заповітом з умовою в межах розумного строку після відкриття спадщини, а саме в межах строку, визначеного законодавством на її прийняття. Також потрібно включити до Правил про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами положення, що регулювало б особливості дій нотаріусів при посвідченні заповіту з умовою. Вважаємо, що посвідчення заповіту з умовою варто виділити пунктом 2.8 у главі 3 розділу 2 Правил і окрім дублювання положень Цивільного кодексу України слід включити уточнюючий підпункт в такій редакції: «Посвідчуючи заповіт з умовою, нотаріус повинен роз'яснити заповідачу вимоги, що ставляться до умови в заповіті, а також довести до його відома таке: так як умова повинна бути виконаною на момент відкриття спадщини, спадкоємець має бути ознайомлений із нею при посвідченні заповіту задля настання сприятливих наслідків». Ще однією доцільною на наш погляд пропозицією є юридичне закріплення підстави для судового оскарження такого заповіту з умовою, за якого спадкоємець не мав можливості виконати умову внаслідок такого проміжку часу між складанням заповіту і смертю спадкодавця, що є недостатнім для її виконання.

<sup>1</sup> Підпригора О. А. Римське право: Підручник / О. А. Підпригора, Є. О. Харитонов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 512 с. – С. 433.

<sup>2</sup> Французький цивільний кодекс (Кодекс Наполеона) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law-students.net/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=345>

<sup>3</sup> Заїка О. Ю. Актуальні проблеми спадкового права. Навч. посібник / О. Ю. Заїка, О. О. Лов'як. – К.: КНТ, ЦУЛ, 2014. – 336 с. – С. 80.

<sup>4</sup> Там само. – С. 80.

<sup>5</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356.

<sup>6</sup> Коротюк О. В. Спадкове право: Коментар до книги VI Цивільного кодексу України / О. В. Коротюк. – К.: ОВК, 2015. – 222 с. – С. 115–118.

<sup>7</sup> Кухарев О. Є. Спадкове право України: Навчально-практичний посібник / О. Є. Кухарев. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 222 с. – С. 60.

<sup>8</sup> Шишка Р. Б. Спадкове право в Україні: навчальний посібник / Р. Б. Шишка, І. М. Сопілко, В. П. Козирева. – К.: Ліра-К, 2014. – 216 с. – С. 111.

<sup>9</sup> Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право: підручник / З. В. Ромовська. – К.: ВД «Дакор», 2013. – 304 с. – С. 155, 339.

<sup>10</sup> Коротюк О. В. Вказана праця. – С. 116.

<sup>11</sup> Заїка О. Ю. Вказана праця. – С. 80, 123.

<sup>12</sup> Ромовська З. В. Вказана праця. – С. 339.

<sup>13</sup> Коментар до Цивільного кодексу України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://legalexpert.in.ua/komkodeks/gk/79-gk/1610-1242.html>

### Резюме

#### **Подворна К. І. Деякі проблемні аспекти заповіту з умовою.**

Розглянуто проблемні питання правового регулювання заповіту з умовою, виявлено недоліки практичного застосування норм, що регулюють відповідні правовідносини. Проаналізовано виникнення інституту заповіту з умовою, особливості міжнародного досвіду, окремі аспекти тлумачення умовних заповітів.

**Ключові слова:** заповіт з умовою, спадкування, момент відкриття спадщини.

### Резюме

#### **Подворная К. И. Некоторые проблемные аспекты завещания с условием.**

Рассмотрены проблемные вопросы правового регулирования завещания с условием, выявлены недостатки практического применения норм, регулирующих соответствующие правоотношения. Проанализировано возникновение института завещания с условием, особенности международного опыта, отдельные аспекты толкования условных завещаний.

**Ключевые слова:** завещание с условием, наследование, момент открытия наследства.

### Summary

#### **Podvorna K. Some problematic aspects of the covenant with the condition.**

Problems of legal regulation covenant with the condition defective practical application of the rules governing the relevant relationship. The emergence of the institution of the covenant with the condition, especially the international experience, some aspects of conventional interpretation of wills.

**Key words:** testament with the condition, inheritance, the opening of heritage.

**Ю. О. СУЛІМА**

*Юлія Олегівна Суліма, студентка магістратури  
Київського національного університету імені Тараса  
Шевченка*

## **ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ОСКАРЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДАХ АДМІНІСТРАТИВНИХ АКТИВ СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ**

Оскарження адміністративних актів суб'єктів публічної адміністрації в адміністративних судах є досить поширеним способом захисту прав, свобод та інтересів осіб. Саме завдяки судовому захисту особа може захистити та відновити своє порушене право, зобов'язати суб'єкта публічної адміністрації вчинити певні дії, чи навпаки, утриматися від вчинення дій, скасувати акт та зобов'язати прийняти новий, який буде відповідати дійсності та нормам чинного законодавства.

Але варто враховувати той факт, що при судовому розгляді виникають певні проблеми, такі як затягування процесу, скасування рішень, прийнятих судами першої та апеляційної інстанцій, відмова у прийнятті позовних заяв тощо. Виникнення даних проблем на практиці зумовлює необхідність впровадження змін та доповнень чинного законодавства для удосконалення механізму захисту при порушенні прав, свобод та законних інтересів адміністративними актами.

Виникнення проблем під час оскарження адміністративних актів суб'єктів публічної адміністрації зумовлює необхідність внесення відповідних змін до нормативно-правових актів, якими регулюються відповідні відносини.

Питання оскарження адміністративних актів досліджували у своїх наукових працях такі вчені, як Б. В. Авер'янов, Н. В. Александрова, О. М. Бандурка, В. М. Бевзенко, Ю. П. Битяк, В. В. Гарашук, А. С. Євстигнєєв, С. В. Кальченко, Л. Є. Кисіль, В. К. Колпаков, Р. С. Мельник, В. І. Плюхович, М. І. Смокович, В. П. Тимошук, Н. В. Янюк та ін.

**Метою** наукового дослідження є аналіз механізму оскарження адміністративних актів суб'єктів публічної адміністрації, виокремлення проблем, що виникають при оскарженні адміністративних актів в адміністративних судах, та формування власних пропозицій щодо їх уникнення та удосконалення нормативно-правового регулювання розгляду справ щодо оскарження адміністративних актів в адміністративних судах.

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає, що 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. Стаття 4 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) передбачає, що правосуддя в адміністративних справах здійснюється адміністративними судами; юрисдикція адміністративних судів поширюється на всі публічно-правові спори, крім спорів, для яких законом встановлений інший порядок судового вирішення. Відповідно до ст. 7 КАС України принципами здійснення правосуддя в адміністративних судах є: верховенство права; законність; рівність усіх учасників адміністративного процесу перед законом і судом; змагальність сторін, диспозитивність та офіційне з'ясування всіх обставин у справі; гласність і відкритість адміністративного процесу; забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішень адміністративного суду, крім випадків, установлених цим Кодексом<sup>1</sup>.

Загалом, оскарження адміністративних актів може здійснюватися двома шляхами: до органу, що видав відповідний акт, та у судовому порядку. Кожен із даних способів оскарження є результативним, а от ефективність вирішення залежить від того який саме акт оскаржується, враховуючи особливості в кожному індивідуальному випадку. Проте варто зауважити, що хоч оскарження в адміністративному суді є лише одним із засобів захисту порушених прав, даний спосіб беззаперечно залишається найбільш ефективним та повним.

Процес судового розгляду позовів щодо захисту порушеного права є, звичайно, об'єктивним та неупередженим. На це наголошує чинне законодавство України, в тому числі, про це йдеться в Конституції. Але на практиці зустрічаються непоодинокі випадки ігнорування суддями норм закону, упереджене ставлення до якоїсь із сторін процесу тощо. Проблеми, що виникають під час судового розгляду адміністративних позовів щодо оскарження адміністративних актів органів публічної адміністрації, не є поодинокими випадками і потребують впровадження певних змін, в тому числі на законодавчому рівні.

Як свідчить практика, через суб'єктивні (некомпетентність, неувважність, спрощений підхід тощо) та об'єктивні причини (складність правовідносин, велика кількість учасників процесу тощо) судами ухвалюються рішення, які не відповідають обставинам справи або нормам матеріального чи процесуального права<sup>2</sup>.

Першою проблемою, що виникає при оскарженні адміністративних актів, є необґрунтована відмова у відкритті провадження в адміністративній справі. Відповідно до ч. 1 ст. 104 КАС України позов пред'явля-

ється шляхом подання позовної заяви до суду першої інстанції. Частина 2 ст. 107 КАС України вказує, що суддя відкриває провадження в адміністративній справі на підставі позовної заяви, якщо відсутні підстави для повернення позовної заяви, залишення її без розгляду чи відмови у відкритті провадження у справі<sup>3</sup>.

У КАС України чітко передбачено перелік підстав, при наявності яких суддя відмовляє у відкритті провадження в адміністративній справі, а саме: якщо заяву не належить розглядати в порядку адміністративного судочинства; у спорі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав є такі, що набрали законної сили: постанова суду; ухвала суду про відмову у відкритті провадження в адміністративній справі; ухвала про закриття провадження в адміністративній справі; ухвала про залишення позовної заяви без розгляду у зв'язку з пропуском строку звернення до адміністративного суду (крім випадків, коли така ухвала винесена до відкриття провадження в адміністративній справі); настала смерть фізичної особи чи припинено юридичну особу, які звернулися із позовною заявою або до яких пред'явлено адміністративний позов, якщо спірні правовідносини не допускають правонаступництва. Даний перелік є вичерпним і розширенню не підлягає.

Прикладом необгрунтованої відмови є справа № 826/1992/13-а за позовом товариства з обмеженою відповідальністю до Відділу державної виконавчої служби Солом'янського районного управління юстиції у м. Києві про визнання дій протиправними, скасування постанови про стягнення з боржника виконавчого збору. Ухвалою від 18 лютого 2013 р. Окружний адміністративний суд міста Києва відмовлено у відкритті провадження в адміністративній справі. Суддя в ухвалі посилається на те, що оскільки в даному випадку учасником виконавчого провадження, а саме боржником, оскаржуються рішення та дії, вчинені в межах виконавчого провадження, на підставі виконавчого документу, виданого Господарським судом міста Києва в порядку господарсько-процесуального законодавства, дана справа не підсудна Окружному адміністративному суду міста Києва. Свою позицію обгрунтував ч. 4 ст. 82 Закону України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 № 606-XIV (в редакції, що діяла на момент постановлення ухвали), в якій йдеться про те, що рішення, дії чи бездіяльність державного виконавця або іншої посадової особи державної виконавчої служби щодо виконання судового рішення можуть бути оскаржені сторонами до суду, який видав виконавчий документ, та Постановою Пленуму Вищого адміністративного суду України «Про внесення змін до постанови Пленуму ВАСУ від 13 грудня 2010 р. № 3 «Про практику застосування адміністративними судами законодавства у справах із приводу оскарження рішень, дій чи бездіяльності державної виконавчої служби»<sup>4</sup>.

Апеляційна скарга на вищевказану ухвалу задоволена, ухвала 18 лютого 2013 р. скасована судом апеляційної інстанції, а справу направлено до суду першої інстанції. В ухвалі від 23 травня 2013 р. колегія суддів Київського апеляційного адміністративного суду зауважила, що юрисдикція адміністративних судів поширюється на справи з приводу оскарження постанов державного виконавця про стягнення виконавчого збору, прийнятого у виконавчих провадженнях щодо примусового виконання усіх виконавчих документів незалежно від того, яким органом, у тому числі судом якої юрисдикції, вони видані та вказує на те, що ухвала суду першої інстанції, за змістом якої у відкритті провадження по справі відмовлено, підлягає скасуванню.

Після направлення справи до суду першої інстанції ухвалою Окружного адміністративного суду міста Києва від 13 червня 2013 р. справу призначено до розгляду.

Особливістю у вказаній справі є також те, що в даному випадку, після отримання ухвали Окружного адміністративного суду міста Києва про відмову у відкритті провадження в адміністративній справі від 18 лютого 2013 р., позивачем було подано скаргу і в Господарський суд міста Києва. У той час, коли адміністративний позов було прийнято до розгляду лише після апеляційної скарги на ухвалу про відмову, у господарському суді скаргу одразу ж прийнято до розгляду. Більше того, ухвалою від 3 квітня 2013 р. Господарського суду міста Києва скаргу задоволено.

Стаття 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає, що суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності в порядку дисциплінарного провадження з підстав умисної або внаслідок недбалості незаконної відмови в доступі до правосуддя (у тому числі незаконної відмови в розгляді по суті позовної заяви, апеляційної, касаційної скарги тощо) або інше істотне порушення норм процесуального права під час здійснення правосуддя, що унеможливило учасниками судового процесу реалізацію наданих їм процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків або призвело до порушення правил щодо юрисдикції або складу суду.

Хоч законом і передбачена дисциплінарна відповідальність суддів за необгрунтовану відмову у прийнятті позову до розгляду, все ж зустрічаються непоодинокі випадки таких відмов. Вирішенням може стати притягнення до відповідальності не лише конкретного судді у випадках, коли судами апеляційної, касаційної інстанцій скасовуються відповідні ухвали про відмову у прийнятті апеляційного позову до розгляду, а й Голови суду у випадку відсутності відповідної реакції на явні порушення такого роду.

Виходячи з вищевикладеного, необхідно зауважити і про таку проблему, що виникає при оскарженні адміністративних актів органів публічної адміністрації, як визначення підсудності. Наприклад, що стосується адміністративних актів державної виконавчої служби.

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>5</sup>. Це стає причиною звернення скажника у суди, до підсудності яких не належить розгляд подібних скарг.

Відповідно до ст. 121<sup>2</sup> Господарського процесуального кодексу України від 06.11.1991 р. №1798-ХП 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>6</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 вірною 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>7</sup>.

Водночас, ст. 181 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.

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 у залежності 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 приходить до 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.

Відповідно до ст. 159 КАС України законним є рішення, ухвалене судом відповідно до норм матеріального права при дотриманні норм процесуального права. Обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі повно і всебічно з'ясованих обставин в адміністративній справі, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні. За змістом ст. 11 КАС України суд вживає передбачені законом заходи, необхідні для з'ясування всіх обставин у справі, у тому числі щодо виявлення та витребування доказів з власної ініціативи. Суд повинен запропонувати особам, які беруть участь у справі, подати докази або з власної ініціативи витребувати докази, яких, на думку суду, не вистачає.

Для однакового трактування закону та уникнення позбавлення скажника можливості захистити своє порушене право через відмову розгляду таких скарг, варто чітко встановити підсудність, конкретизувавши перелік справ, підсудних для адміністративних судів, та виключивши норми, що відсилають осіб з однорідними позовними вимогами до різних судів. Наприклад, що стосується підсудності справ щодо оскарження рішень, дій або бездіяльності державних виконавців, а саме: врахувати постанову Верховного суду України від 26 лютого 2016 р. у справі № 6-3077цс15 та встановити, що скарга на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби подається до суду, який видав виконавчий документ. Насамперед, внести зміни до КАС України, а саме до ст. 181, виклавши її в наступній редакції: учасники виконавчого провадження щодо виконавчих документів, виданих адміністративним судом, (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.

Однією із головних проблем, з якою стикається особа, що оскаржує адміністративний акт суб'єкта публічної адміністрації в судовому порядку, є ухвалення рішень адміністративними судами без повного та об'єктивного з'ясування усіх обставин у справі.

Яскравим прикладом є справа № 826/17011/13-а за позовом товариства з обмеженою відповідальністю до Державної податкової інспекції у Дарницькому районі Головного управління Міндоходів у м. Києві про скасування податкових повідомлень-рішень. Постановою Окружного адміністративного суду міста Києва від 23 листопада 2013 р. позивачу відмовлено в задоволенні позовних вимог в повному обсязі. Ухвалою Київського апеляційного адміністративного суду 21 травня 2014 р. згадану постанову залишено без змін. Натомість, ухвалою Вищого господарського суду України касаційну скаргу задоволено, постанову Окружного адміністративного суду м. Києва від 28.11.2013 р. та ухвалу Київського апеляційного адміністративного



суду від 21.05.2014 р. у справі № 826/17011/13-а скасовано, а справу направлено на новий судовий розгляд до суду першої інстанції. При цьому, судом касаційної інстанції встановлено, що судами попередніх інстанцій не було з'ясовано всіх обставин справи.

Ще одним прикладом є справа № 826/1837/13-а за позовом товариства з обмеженою відповідальністю до Державної податкової інспекції у Дарницькому районі міста Києва Державної податкової служби про скасування податкового повідомлення-рішення. Постановою Окружного адміністративного суду міста Києва від 16 квітня 2013 р. в задоволенні адміністративного позову відмовлено повністю. Натомість, постановою Київського апеляційного адміністративного суду від 13 серпня 2013 р. апеляційну скаргу на постанову Окружного адміністративного суду м. Києва від 16 квітня 2013 р. задоволено, останню скасовано та ухвалено нову, податкове повідомлення-рішення Державної податкової інспекції у Дарницькому районі м. Києва Державної податкової служби від 10 вересня 2012 р. визнано протиправним та скасовано. Судом апеляційної інстанції зауважено, що при винесенні оскаржуваної постанови судом першої інстанції було допущено порушення норм матеріального права, що призвело до невірного по суті вирішення справи. Ухвалою Вищого адміністративного суду України від 13 серпня 2015 р. касаційну скаргу Державної податкової інспекції у Дарницькому районі Головного управління Міндоходів у м. Києві залишено без задоволення, а постанову Київського апеляційного адміністративного суду від 13.08.2013 у справі № 826/1837/13-а – без змін.

У справі №826/18441/15 за позовом товариства з обмеженою відповідальністю до Уповноваженої особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб на ліквідацію ПАТ «Єврогазбанк» про визнання протиправним та скасування наказу від 09 квітня 2015 року. Постановою від 24 листопада 2015 р. позовні вимоги товариства задоволено, а наказ визнано протиправним та скасовано. Постановою Київського апеляційного адміністративного суду у даній справі згадану постанову скасовано та прийнято нову, якою в задоволенні адміністративного позову товариства відмовлено. У суді касаційної інстанції розгляд скарги на постанову Київського апеляційного адміністративного суду розглядається до теперішнього часу, хоч ухвала Вищого адміністративного суду України постановила ухвалу про відкриття касаційного провадження ще 11 листопада 2016 року.

Певний відсоток рішень, що скасовуються є допустимим, адже інколи в суді апеляційної інстанції з'являються нові докази, які були невідомі чи не могли бути представлені в суді першої інстанції з об'єктивних причин, або ж виникли інші обставини, за яких рішення підлягає скасуванню. Але ситуацію, коли рішення скасовується з чіткою вказівкою судів вищих інстанцій на необ'єктивний розгляд справи чи неповне дослідження всіх обставин справи є недопустимим. Більше того, велика кількість таких рішень нівелює правосуддя як таке.

Вирішенням даної проблеми може стати притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів, рішення яких часто скасовуються.

Відповідно до ч. 2 ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» скасування або зміна судового рішення не має наслідком дисциплінарну відповідальність судді, який брав участь у його ухваленні, крім випадків, коли скасоване або змінене рішення ухвалено внаслідок умисного порушення норм права чи неналежного ставлення до службових обов'язків.

Таким чином, варто внести зміни до згаданої норми. Зокрема, встановити дисциплінарну відповідальність суддів за скасування або зміну судових рішень, кількість яких перевищує певний чітко визначений відсоток від загальної кількості ухвалених рішень.

Можна виокремити ще одну проблему, яка виникає при судовому розгляді скарг на адміністративні акти органів публічної адміністрації. Виходячи з того, що у своїй більшості відповідачем у адміністративних провадженнях є суб'єкт владних повноважень, рішення адміністративних судів першої інстанції часто схиляється на сторону останніх. При цьому, у судах апеляційної та касаційної інстанцій, де розгляд здійснюється колегіально, такі рішення скасовуються, ухвалюються нові чи направляються на новий розгляд. Приклади таких справ вже наводилися вище.

У даному аспекті варто звернути увагу на обсяг відповідальності, що покладається на певного суддю при розгляді ним справи одноособово. Зважаючи на це певні судді «знімають» з себе частину відповідальності, відмовляючи у позові, а потім ухвалюють рішення на користь позивача, вже після скасування першого рішення, посилаючись на скасування попереднього судом вищої інстанції.

Частина 2 ст. 24 КАС України вказує на те, що адміністративні справи розглядаються і вирішуються в окружному адміністративному суді та у місцевому загальному суді як адміністративному суді колегією у складі трьох суддів також з ініціативи судді в разі їх особливої складності. Вказана стаття дозволяє колегіальний розгляд справи в судах першої інстанції лише у випадках їх особливої складності. Однак справи, що не входять в дану категорію є не менш важливими та покладають на суддів не менший обсяг відповідальності. Доцільно було б встановити колегіальний розгляд справи, збільшивши кількість суддів для уникнення затягування розгляду.

Дане впровадження зменшило б кількість скасованих рішень, та позитивно вплинули б на об'єктивність розгляду справи та повноту дослідження всіх обставин справи.

Серед проблем, що виникають при судовому оскарженні адміністративних актів суб'єктів органів публічної адміністрації можна виокремити, наприклад, необґрунтовану відмову у відкритті провадження у справі, невизначену підсудність, скасування рішень першої інстанції при їх перегляді тощо. Чинне законодавство передбачає певну міру відповідальності за порушення, що вчиняються під час розгляду адміністративних

справ у судах. Але в деяких випадках така міра покарання не впливає на ефективне вирішення проблем, що виникають. Тому доцільно було б внести певні зміни до законодавства. Наприклад, запровадити притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів, рішення яких часто скасовуються; притягнення до відповідальності не лише суддю, рішення про відмову у відкритті провадження якого скасовано, а й Голову суду; внесення змін у чинне законодавство щодо уточнення підсудності справ; з метою зменшення відповідальності суддів при прийнятті рішень, встановити колегіальний розгляд справ не лише для справ, що мають особливі складнощі.

<sup>1</sup> Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35. – Ст. 1358.

<sup>2</sup> Бевзенко В. М. Адміністративні суди України : Навчальний посібник / Бевзенко Володимир Михайлович. – К.: Алерта; КНТ; 2006. – 271 с. – Ст. 121.

<sup>3</sup> Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35. – Ст. 1358.

<sup>4</sup> Про внесення змін до постанови Пленуму ВАСУ від 13 грудня 2010 року № 3 «Про практику застосування адміністративними судами законодавства у справах із приводу оскарження рішень, дій чи бездіяльності державної виконавчої служби»: Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 21 травня 2012 // Вісник Вищого адміністративного суду України. – 2012. – № 2.

<sup>5</sup> Бевзенко В. М. Особливості оскарження адміністративних актів державної виконавчої служби / В. М. Бевзенко // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2011. – № 2 (4).

<sup>6</sup> Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 6. – С. 56.

<sup>7</sup> Про деякі питання практики виконання рішень, ухвал, постанов господарських судів України: Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 року // Вісник господарського судочинства. – 2012. – № 6. – Ст. 39.

#### Резюме

**Суліма Ю. О. Проблемні питання оскарження в адміністративних судах адміністративних актів суб'єктів публічної адміністрації.**

У статті досліджуються проблеми, що виникають під час розгляду справ в адміністративних судах щодо оскарження адміністративних актів суб'єктів публічної адміністрації. Виокремлено ключові порушення, що мають місце при оскарженні адміністративних актів до суду, запропоновано способи їх усунення. Обґрунтовано необхідність внесення змін до чинного законодавства щодо удосконалення розгляду адміністративними судами справ щодо оскарження адміністративних актів.

**Ключові слова:** оскарження в адміністративних судах, адміністративні акти, проблемні питання оскарження, суб'єкт публічної адміністрації.

#### Резюме

**Суліма Ю. А. Проблемные вопросы обжалования в административных судах административных актов субъектов публичной администрации.**

В статье исследуются проблемы, возникающие при рассмотрении дел в административных судах по обжалованию административных актов субъектов публичной администрации. Выделены ключевые нарушения, имеющие место при обжаловании административных актов в суде, предложены способы их устранения. Обоснована необходимость внесения изменений в действующее законодательство по совершенствованию рассмотрения административными судами дел по обжалованию административных актов.

**Ключевые слова:** обжалование в административных судах, административные акты, проблемные вопросы обжалования, субъект публичной администрации.

#### Summary

**Sulima Y. Problematic issues appeal to the administrative courts of administrative acts of public administration entities.**

The article deals with problems that arise during the proceedings before the administrative courts on appeals against administrative acts of subjects of public administration. Singled out key violations taking place in challenging administrative acts in court, suggested workarounds. The necessity of amending the current legislation on the improvement of the administrative courts of appeal cases concerning administrative acts.

**Key words:** appeal to the administrative courts, administrative acts appeal issues, the subject of public administration.

**А. О. ТОПЧА**

*Аліна Олегівна Топча, студентка магістратури  
Київського національного університету імені Тараса  
Шевченка*

## **БАЛАНС ПРИВАТНИХ І ПУБЛІЧНИХ ІНТЕРЕСІВ ПРИ ВИРІШЕННІ ПОДАТКОВИХ СПОРІВ**

Українське законодавство перебуває постійно у процесі реформування, відбуваються численні динамічні зміни податкового законодавства, що призводить до колізій та великої кількості податкових спорів.

Правове регулювання увесь час змінюється в бік обтяження приватних осіб, що, безумовно, суперечить балансу приватних і публічних інтересів. Там, де починається свобода одного, закінчується свобода іншого, і щоб досягти балансу інтересів, права людини, за необхідності, повинні обмежуватися таким чином, щоб забезпечувати інші правові й соціальні цінності або досягати інших законних цілей, важливих для демократичного суспільства.

Публічні і приватні інтереси були предметом розгляду таких відомих вчених, як А. В. Бризгалін, Д. В. Вінницький, Л. К. Воронової, О. П. Гетманець, О. М. Козирін, О. Ю. Кравченко, С. Г. Пепеляєв, Г. В. Петрова, Н. Ю. Пришви, А. А. Роздайбіда, О. В. Солдатенко, В. О. Соловійов та інші. Але варто звернути увагу на те, що дана проблематика залишається актуальною як у теоретичному, так і практичному плані, потребує дослідження, особливо в податкових спорах, для вдосконалення існуючих механізмів їх вирішення.

Метою даної статті є проведення аналізу балансу інтересів між приватними і публічними суб'єктами у сфері оподаткування із пропозиціями подальшого вдосконалення.

Із запровадженням адміністративної реформи в Україні відбулося переорієнтування функцій органів державної влади з публічно-розпорядчих на публічно-сервісні, що забезпечує потреби та інтереси суспільства і добровільність виконання податкового обов'язку, а не суто примусову реалізацію податкових зобов'язань. Публічне управління має будуватись за максимального обмеження втручання у приватну сферу, розбудови економічної в інтересах суспільства, регламентації таких правовідносин, які б гарантували додержання й охорону прав і свобод людини, ефективний їх захист та відновлення у разі порушення.

О. Ф. Скакун визначає, що структура правовідносин містить основні елементи правовідносин (суб'єкти) і доцільний спосіб зв'язку між ними з приводу соціального блага або забезпечення публічних і приватних інтересів на основі суб'єктивних прав, юридичних обов'язків, повноважень та юридичної відповідальності<sup>1</sup>.

Баланс інтересів є важливою складовою у реалізації прав, свобод та інтересів приватних осіб.

Особливе місце в системі адміністративного регулювання займає сфера оподаткування як законодавчо врегульованого процесу встановлення та справляння податків у визначених розмірах, відповідними суб'єктами, що підлягають оподаткуванню.

Адміністративно-правове регулювання у сфері оподаткування є засобом забезпечення прав та законних інтересів фізичних, юридичних осіб та органів управління з метою підпорядкування їх юридично визначеному порядку. За допомогою адміністративно-правового регулювання здійснюється поєднання приватних і публічних інтересів, дотримання прав, свобод та інтересів учасників та стабільність розвитку держави.

Відповідно до змісту ст. 67 Конституції України платник податку є представником зобов'язальної сторони, що всі платники зобов'язані сплачувати податки і збори у визначеному законом порядку й розмірах.

Звертаючи увагу на те, що податкові правовідносини засновані на владному підпорядкуванні однієї сторони іншій, превалювання юридичних обов'язків у правовому статусі зобов'язальної сторони податкових правовідносин не позбавляє прав.

Згідно з результатами дослідження Організації економічного співробітництва та розвитку акцентується, що сучасні податкові системи вимагають злагодженої співпраці між платником і податковими органами, а така співпраця значно поліпшується, коли права платника є чітко закріпленими та охоронюваними.

Податковий кодекс України встановлює правовий режим, структуру, зміст прав і обов'язків учасників податкових правовідносин, відповідно до якого суб'єкти податкових правовідносин поділяються на дві групи:

- 1) публічні суб'єкти податкових правовідносин;
- 2) приватні суб'єкти податкових правовідносин.

Носіями публічного інтересу у сфері оподаткування виступають: 1) державні органи, які формують публічний інтерес (органи законодавчої та виконавчої влади загальної компетенції); 2) державні органи, які реалізують публічний інтерес (центральні органи виконавчої влади спеціальної компетенції – органи державної фіскальної служби).

Носіями приватного інтересу виступають фізичні особи, організації, які реалізують свої права та інтереси, виконуючи покладені на них обов'язки.

Приватні і публічні інтереси мають бути взаємопов'язаними та збалансованими, адже публічний інтерес – це сукупність приватних інтересів, проте вони не завжди збігаються, що породжує конфлікт.

Публічний інтерес реалізується через компетенцію, яка визначає межі державного втручання у податкові правовідносини. Водночас розширення щодо цього має обмежуватись кордонами незаконного втручання в сферу реалізації суб'єктивних прав та інтересів фізичних осіб.

Відповідно до ст. 57 Конституції України кожному гарантується право знати свої права і обов'язки, а закони та інші нормативні акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом. Тобто, обов'язок зі сплати податку носієм приватного інтересу гарантується обов'язком доведення його прав та обов'язків носієм публічного інтересу. Дотримання таких вимог яскраво відображає реалізацію принципу верховенства права.

Сутність адміністративного регулювання податкової сфери полягає у тому, що в основі регулювання лежить імперативний метод, який забезпечує принципи та функції управління у податковій сфері, за яким платник податків зобов'язується сплачувати податки, а держава – вимагати дотримуватись визначеного законом обов'язку. Механізм адміністративно-правового регулювання забезпечується за допомогою встановлення приписів, заборон та надання дозволів.

Світовий досвід показує, що баланс досягається шляхом вироблення механізму активного сприяння між державними органами і платником податків у виконанні останнім своїх податкових обов'язків. Такий механізм виражається насамперед у обов'язках, правах та відповідальності платника податків.

Так, наприклад, Міністерство економіки, фінансів та промисловості Франції організувало 11 центрів інформаційного обслуговування платників податків, у яких надаються послуги з інформування платників та пропонуються необхідні інструкції щодо ведення податкових та фінансових справ. Ці процеси тісно пов'язані з процедурою «фіскального рескрипту».

Тому для виконання обов'язку платником податку необхідно забезпечити надання реального змісту праву платника на отримання інформації, враховуючи конструкцію раціонального узгодження прав–обов'язків–відповідальності.

Варто звернути увагу на позицію Є. В. Лакушевої, яка визначає, що приватні інтереси у сфері оподаткування – це інтереси платників податків, що повинні визнаватися й охоронятися державою та полягають у зменшенні податкового тиску, поверненні податків у вигляді соціальних благ, захисті своїх майнових прав, застосуванні податкового законодавства у найбільш вигідний для платника спосіб, справедливому розгляді податкових спорів, дотриманні податкової таємниці тощо<sup>2</sup>.

Одним із способів забезпечення балансу інтересів є презумпція правомірності рішень платника податків. Так, зобов'язальній стороні податкових правовідносин надається право розсуду вибрати ту чи іншу норму законодавства, варіант поведінки у випадку колізій, прогалин.

Згідно з пп. 4.1.4 п. 4.1 ст. 4 ПК України презумпція правомірності рішень платника податків полягає в тому, що в разі, якщо норма закону чи іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі закону, або якщо норми різних законів чи різних нормативно-правових актів припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів, внаслідок чого є можливість прийняти рішення на користь як платника податків, так і контролюючого органу, рішення приймається на користь платника податків<sup>3</sup>.

Позиції ЄСПЛ спрямовують діяльність та слугують орієнтиром для суб'єктів нормативно-правового регулювання у податковій сфері стосовно прийняття однозначних законів і єдності нормативно-правового регулювання.

В. В. Кривенко і І. Л. Самсін слушно зазначають, що практика ЄСПЛ однозначно свідчить, що держава не може виправдовувати обмеження прав і свобод (у даному разі маються на увазі конвенційні) посиленням на загальну необхідність. Йдеться про нагальність дотримання в її діяльності принципу пропорційності й балансу публічних інтересів та інтересів індивідуального характеру (особи або груп). У справі *Rees v. The United Kingdom* (1986 р.) ЄСПЛ недвозначно наголосувалося, що пошук компромісу між публічними інтересами та реалізацією прав і основних свобод людини є основним завданням Конвенції<sup>4</sup>.

Як пише С. Шевчук, таким чином «обмеження на свободи, що гарантуються Конвенцією, мають бути «пропорційними легітимній меті, яка переслідується цими обмеженнями» (*Handyside v. United Kingdom* (1976)), а також «між засобами, що обираються, легітимною метою та встановленням відповідних обмежень має існувати розумне пропорційне співвідношення» (*Fayed v. United Kingdom* (1994)). Оскільки «в основі всієї Конвенції лежить пошук справедливого балансу між загальними інтересами суспільства і вимогами щодо захисту основних прав індивіда» (*Soering v. United Kingdom* (1989))»<sup>5</sup>.

Безумовно, баланс приватних і публічних інтересів є запорукою функціонування й розвитку громадянського суспільства та демократичної правової держави. Адміністративно-правове регулювання у сфері оподаткування є засобом забезпечення прав та законних інтересів фізичних, юридичних осіб та органів управління з метою підпорядкування їх юридично визначеному порядку. За допомогою адміністративно-правового регулювання здійснюється поєднання приватних і публічних інтересів, дотримання прав, свобод та інтересів учасників і стабільність розвитку держави. Для запобігання виникнення конфлікту інтересів необхідно вдосконалити законодавство шляхом регламентації європейський стандартів, удосконалення судових процедур, чітке регламентування прав і обов'язків як суб'єктів приватної і публічної сфери.



<sup>1</sup> Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підруч. / О. Ф. Скакун. – Х. : Еспада, 2006. – 776 с.

<sup>2</sup> Лакушева С. В. Публічні та приватні інтереси в податковому праві : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Лакушева Євгенія Володимирівна. – Ірпінь, 2013. – 210 с.

<sup>3</sup> Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI // Офіційний вісник України. – 2010. – № 92. – Ст. 3248.

<sup>4</sup> Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод у практиці судів України [Текст] / А. Г. Ярема, Л. І. Григор'єва, В. І. Гуменюк та ін. – К., 2008. – 329 с.

<sup>5</sup> Шевчук С. Конституційні аспекти висвітлення ЗМІ діяльності судової влади : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.judges.org.ua/article/seminar14-4.htm> – Заголовок з екрана.

#### Резюме

##### **Топча А. О. Баланс приватних і публічних інтересів при вирішенні податкових спорів.**

Досліджено взаємодію приватних і публічних інтересів у сфері оподаткування з пропозиціями вдосконалення. Приватні і публічні інтереси мають бути взаємопов'язаними та збалансованими, адже публічний інтерес – це сукупність приватних інтересів, проте вони не завжди збігаються, що породжує конфлікт. Адміністративно-правове регулювання у сфері оподаткування є засобом забезпечення прав та законних інтересів фізичних, юридичних осіб та органів управління з метою підпорядкування їх юридично визначеному порядку.

Для запобігання виникнення конфлікту інтересів необхідно вдосконалити законодавство шляхом регламентації європейських стандартів, удосконалення судових процедур, чіткого регламентування прав і обов'язків як суб'єктів приватної і публічної сфери.

**Ключові слова:** баланс інтересів, публічні суб'єкти податкових правовідносин, приватні суб'єкти податкових правовідносин, права, свободи, обов'язки, компетенція.

#### Резюме

##### **Топчая А. О. Баланс частных и публичных интересов при решении налоговых споров.**

Исследовано взаимодействие частных и публичных интересов в сфере налогообложения с предложениями совершенствования. Частные и публичные интересы должны быть взаимосвязанными и сбалансированными, ведь публичный интерес – это совокупность частных интересов, однако они не всегда совпадают, что порождает конфликт. Административно-правовое регулирование в сфере налогообложения является средством обеспечения прав и законных интересов физических, юридических лиц и органов управления с целью подчинения их юридически определенному порядку.

Для предотвращения возникновения конфликта интересов необходимо усовершенствовать законодательство путем регламентации европейских стандартов, совершенствования судебных процедур, четкого регламентирования прав и обязанностей как субъектов частной и публичной сферы.

**Ключевые слова:** баланс интересов, публичные субъекты налоговых правоотношений, частные субъекты налоговых правоотношений, права, свободы, обязанности, компетенция.

#### Summary

##### **Topcha A. The balance private and public interests in tax disputes.**

The interaction between private and public interests in the field of taxation with proposals for improvement. Private and public interests are to be interconnected and balanced, because the public interest - a combination of private interests, but they do not always coincide, giving rise to the conflict. Administrative regulation of the tax is a means of ensuring the rights and interests of individuals, legal entities and governments with a view to subjecting them legally prescribed order.

To prevent conflicts of interest need to improve legislation, regulation by European standards, improving judicial procedures, strict regulation of rights and obligations as subjects of the private and public sectors.

**Key words:** balance of interests, public entities tax law, private subjects of tax relations, rights, freedoms, duties, competence.

**П. Д. БІЛЕНЧУК, О. О. ШУЛЬГА**

*Петро Дмитрович Біленчук, професор кафедри галузевих правових наук Київського університету права НАН України*

*Олександр Олександрович Шутьга, завідувач сектора Київського обласного Науково-дослідного експертно-криміналістичного центру МВС України*

### **СВІТОГЛЯДНО-ФІЛОСОФСЬКІ ЗАСАДИ КРИМІНОЛОГІЧНОЇ НАУКИ В УКРАЇНІ: ІДЕЇ, ІННОВАЦІЇ, НОУ-ХАУ\***

Нещодавно колективом учених Київського університету права НАН України, Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України спільно з видавничою корпорацією «Юрінком Інтер» вперше в Україні підготовлено та опубліковано інноваційний продукт «Кримінологія: підручник-практикум».

Відомо, що злочинність є одним із центральних об'єктів дослідження науки кримінології, тому важливим і актуальним була підготовка новітнього підручника з курсу даної науки, в якому всебічно досліджується структура й географія злочинності, засоби та методи її запобігання і протидії. Характерною ознакою сьогодення є те, що початок третього тисячоліття характеризується помітним поширенням злочинності та здійсненням у зв'язку з цим системних кримінологічних досліджень та відкритого використання в них незрівняно більшого обсягу інформації про сучасну злочинність, застосування новітніх здобутків кримінології в освітянській, науковій і практичній правоохоронній та правозахисній діяльності. Оскільки підручника-практикуму з курсу кримінології в Україні ще не було, тому й перед авторським колективом постало завдання його підготовки. В основу даного курсу покладено базову програму з курсу кримінології і методичні розробки, які були здійснені Ю. В. Александровим ще в 2002 році.

Підручник-практикум підготовлений відповідно до стандартів вищої юридичної школи з метою надання науково обґрунтованих уявлень про сучасний стан злочинності в Україні, Європі і світі, негативні явища і процеси, які її зумовлюють, кримінологічні риси особи злочинця й потерпілого, а також про теорію запобігання злочинності. У підручнику висвітлюються основні теоретичні й практичні питання науки кримінології, які реалізовані на основі системного аналізу сучасних характеристик злочинності в Україні, досвіду запобігання і протидії їй в умовах сучасного реформування й розбудови державно-правової системи. Проаналізовано сучасні погляди вчених-кримінологів щодо сутності поняття злочинності як системного явища та її основні кримінологічні ознаки тощо. Підручник-практикум складається з чотирьох частин: загальної частини, особливої частини, практикуму і списку використаної та рекомендованої літератури.

Загальна частина – це 10 розділів, у яких розглядаються: поняття, предмет і система кримінології, історія науки кримінології (кримінологія в Україні й за кордоном); методологія сучасної кримінології; методика кримінологічних досліджень; злочинність та її показники; причини й умови, що породжують злочинність, особа злочинця; причини й умови конкретного злочину; кримінологічне прогнозування й планування попереджувальної діяльності; засоби протидії злочинності.

Особлива частина складається з 22 розділів, які охоплюють такі пріоритетні напрями: кримінологічна характеристика злочинів, пов'язаних із наркотизмом; кримінологічна характеристика й попередження злочинності неповнолітніх; кримінологічна характеристика й попередження жіночої злочинності; кримінологічна характеристика й попередження рецидивної злочинності; кримінологічна характеристика й попередження професійної та організованої злочинності; тероризм: поняття, кримінологічна характеристика та протидія; корупція: поняття, кримінологічна характеристика та шляхи протидії; кримінологічна характеристика й попередження економічної злочинності; кримінологічна характеристика й попередження насильницьких некорисливих злочинів; кримінологічна характеристика й попередження корисливих злочинів; кримінологічна характеристика й попередження необережних злочинів; злочинність у галузі соціально-комунікаційної індустрії.

© П. Д. Біленчук, О. О. Шутьга, 2017

\* Рецензія на кн.: Кримінологія. Підручник. Практикум / В. С. Ковальський, О. М. Костенко, Г. С. Семаков [та ін.]. – К.: Юрінком Інтер, 2016. – 336 с.

## Рецензії

---

У практикумі представлені 22 теми навчального курсу.

Четверта частина «Список використаної та рекомендованої літератури» складається з трьох розділів: нормативно-правові акти, джерела навчальної літератури та інформаційні ресурси.

Підручник-практикум «Кримінологія» розрахований на студентів вищих навчальних закладів, аспірантів, докторантів, викладачів, науковців, практичних працівників органів правосуддя, судочинства, правопорядку та спецслужб.

У даному підручнику запропоновані нові ідеї, інноваційні засоби й методи запобігання та протидії злочинності, які є важливими і необхідними для правознавців третього тисячоліття.

### **Новий партнер КУП НАНУ – громадська організація «Наукове товариство історії дипломатії та міжнародних відносин»**

2 лютого 2017 р. в приміщенні Дипломатичної академії України відбулося підписання Угоди про співпрацю між Київським університетом права НАН України та громадською організацією «Наукове товариство історії дипломатії та міжнародних відносин».

Угода була підписана ректором Київського університету права НАН України Юрієм Бошицьким та головою Наукового товариства історії дипломатії та міжнародних відносин Іриною Матяш.

Під час зустрічі були обговорені перспективи щодо поглиблення взаємовідносин між Київським університетом права НАН України та Науковим товариством історії дипломатії та міжнародних відносин.

Першим кроком реалізації такої співпраці стане проведення першої Міжнародної наукової конференції «Україна і Грузія: дипломатичні відносини, міжнародні зв'язки, культурна дипломатія (інституційний та персоналістичний аспекти)», яка проходитиме у травні 2017 р. в Батумі і буде організована спільно з Батумським державним університетом імені Шота Руставелі, Київським університетом права НАН України та Дипломатичною академією України.

Проведення даної конференції було ініційовано саме Науковим товариством історії дипломатії та міжнародних відносин. Крім того, під час зустрічі були обговорені інші можливості щодо співпраці між Київським університетом права НАН України та Науковим товариством історії дипломатії та міжнародних відносин у сфері реалізації освітньо-наукових проєктів, зокрема:

- проведення прикладних досліджень актуальних проблем правового регулювання суспільних відносин у умовах євроінтеграційних процесів спільними авторськими колективами;
- співпраця між кафедрами університету та науковим товариством за визначеною спільною науковою проблематикою;
- спільний пошук грантових проєктів та програм на правову, суспільно-політичну, економічну, освітньо-наукову проблематику, які на сьогодні є актуальними і затребуваними у рамках євроінтеграційних процесів, дослідження яких, у свою чергу, сприятиме наближенню України до європейського правового, соціально-економічного та культурного середовища;
- проведення спільних наукових, освітніх та просвітницьких заходів.

### **X Міжнародна науково-практична конференція «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького»**

23 лютого 2017 р. під егідою Київського університету права НАН України та Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Союзу юристів України відбулася X Міжнародна науково-практична конференція «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького», участь у якій взяли провідні науковці, аспіранти та студенти вищих навчальних закладів, представники міжнародних установ, організацій.

Почесними гостями конференції були зарубіжні партнери університету, зокрема Йозеф Зяцько, професор, президент наукового товариства EEDA (Словаччина); Руслан Будка, генеральний директор «Європейської корпорації консалтинг ЛТД».

Дистанційно участь у роботі конференції брали Аттіла Петерфалві, голова Національного департаменту з захисту даних та свободи інформації, омбудсмен Угорського Парламенту з питань захисту даних та свободи інформації (1996–2008 рр.) (Угорщина), почесний доктор Київського університету НАН України; Адам Махарадзе, декан юридичного факультету Батумського державного університету імені Шота Руставелі (Грузія).

На адресу організаторів та учасників конференції надійшли листи вітання від Президента Національної академії наук України, академіка НАН України Бориса Патона, голови Союзу юристів України Святослава Піскуна, першого заступника голови комітету Верховної Ради України Олександра Співаковського, в яких зокрема зазначається, що започаткований Київським університетом права НАН України та Інститутом держави і права ім. В. М. Корецького НАН України такий науковий форум у пам'ять Володимира Михайловича Корецького є не лише символічним, а й має глибоку наукову та освітню мету, оскільки відродження інтересу науковців та публічне обговорення наукової спадщини видатного вченого юриста-міжнародника, а також продовження проведення наукового пошуку у сфері міжнародного права та порівняльного правознавства, наближає Україну до формування власне національної правової системи на основі міжнародних стандартів та принципів. Науковий форум дозволяє гармонійно поєднати наукову діяльність, фахове спілкування видатних вчених у сфері національного і міжнародного права, аспірантів та студентської молоді, розширювати коло наукових інтересів та зв'язків із представниками інших вищих наукових закладів та наукових шкіл.



Із вітальним словом до учасників конференції звернувся ректор Київського університету права НАН України, професор, заслужений юрист України Юрій Бошицький, який зазначив, що концепція проведення Наукових читань, на момент їх заснування, передбачала відновлення інтересу науковців до наукової спадщини В. М. Корецького та обговорення актуальних проблем розвитку права в сучасній Україні на підставі порівняльного правознавства. У цьому контексті, слід зауважити, що протягом десяти років проведення Наукових читань, проблеми та питання порівняльного пізнання та дослідження зарубіжного правового досвіду набувають ще більшої актуальності. Адже Українська держава, яка обрала шлях послідовної розбудови громадянського суспільства, формування правової системи на принципах верховенства права та пріоритету прав і свобод людини та громадянина (свідченням цього є Революція гідності), має розвиватися не лише на засадах національних традицій та практики, а й на підставі всебічного та систематичного порівняльного дослідження зарубіжного досвіду.

Наукова спадщина В. М. Корецького залишається важливим джерелом унікальної інформації, тому її використання є потужним імпульсом із вирішення проблем сучасного стану міжнародного права, а також значним внеском у формування правової еліти всієї юриспруденції суверенної України.

Конференція проходила у формі пленарного засідання, під час якого були обговорені питання ролі наукової спадщини В. М. Корецького для сучасного стану науки міжнародного права та порівняльного правознавства.

У наукових доповідях, проголошених на пленарному засіданні, порушувалися питання, зокрема, *«Погляди В. М. Корецького щодо методів міжнародного приватного права»* (Ірина Проценко, к.ю.н., ст. викладач кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України); *«Правові засади лібералізації візового режиму України з державами-членами Європейського Союзу»* (Наталія Мушак, к.ю.н., доцент Київського університету права НАН України); *«Право знати правду в умовах збройного конфлікту: діяльність «солдат Чорної Армії»* (Ельвіра Тітко, к.ю.н., доцент Київського університету права НАН України); *«Розвідувально-ударне застосування безпілотних літальних апаратів (БПЛА): міжнародно-правовий вимір та національне законодавство»* (Михайло Акімов, к.ю.н., доцент кафедри кримінального права Національної академії внутрішніх справ); *«Термінологічне мінування» – ефективний засіб сучасної ідеологічної диверсії: руйнування свідомості особи, деінтелектуалізація населення, знищення національної наукової думки та підвалин науки»* (Анатолій Кузьменко, к.ю.н., доцент Київського університету права НАН України); *«Концепції спільної імміграційної політики Європейського Союзу»* (Тамара Кортукова, викладач кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України) та інші.

Міжнародна науково-практична конференція «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького» відбулася на високому організаційному та науковому рівні. Обрана тема науково-практичної конференції послугувала плідним підґрунтям для обміну думками із зазначеної проблематики. У зв'язку з актуальністю порушених питань за результатами конференції буде опублікована збірка матеріалів тез та доповідей учасників конференції.

У рамках проведення конференції відбувся фінальний етап конкурсу наукових робіт ім. В. М. Корецького *«Права людини в сучасному світі: погляд молоді»* серед учнів загальноосвітніх шкіл, за результатами якого, переможці були нагородженні дипломами.

За результатами X Міжнародної науково-практичної конференції «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького» її учасниками підготовлені та схвалені Рекомендації.

### **Зустріч ректора КУП НАНУ з Надзвичайним і Повноважним Послом Республіки Болгарія в Україні паном Красіміром Мінчевим**

6 лютого 2017 р. відбулась зустріч ректора КУП НАНУ, професора Юрія Бошицького з Надзвичайним і Повноважним Послом Республіки Болгарія в Україні паном Красіміром Мінчевим.

Протягом останніх років Київський університет права НАН України високо цінує співпрацю із Посольством Республіки Болгарія, також має тісні та конструктивні освітянські і наукові зв'язки з Варненським вільним університетом імені Чорноризя Храбра, Університетом національного та світового господарства, Великогирновським університетом імені Св. Кирила та Св. Мефодія, Болгарською Академією лідерства, Центрально-Європейським Центром інтелектуальної власності тощо.

У рамках укладених двосторонніх угод про міжнародну співпрацю представники вищевказаних закладів мали нагоду відвідати Київський університет права НАН України, виступити перед науково-педагогічними працівниками та студентами з майстер-класами про українсько-болгарські відносини та з інших міжнародних проблем. Майстер-класи для студентів КУП НАНУ провели: Петар Танєв, екс-радник Посольства Республіки Болгарія в Україні з освіти та науки; Петар Христов, професор Варненського вільного університету імені Чорноризя Храбра; Борислав Борисов, почесний ректор Університету національного та світового господарства, голова Національної асоціації з інтелектуальної власності, директор Центру інтелектуальної власності та інші.

Під час зустрічі було обговорено питання щодо співпраці за науковими програмами, а також сприяння Київському університету права НАН України у відновленні спільної українсько-болгарської магістерської програми з міжнародного права з Варненським вільним університетом імені Чорноризя Храбра. Особливу увагу було приділено обговоренню спільних планів організації подальших освітніх та культурних заходів.

## Зустріч ректора КУП НАНУ з Надзвичайним і Повноважним Послом Грузії в Україні Міхеїлом Уклебою

23 лютого 2017 р. відбулась зустріч ректора КУП НАНУ з Надзвичайним та Повноважним Послом Грузії в Україні паном Міхеїлом Уклебою.

Протягом останніх років Київський університет права НАН України співпрацює із вищими навчальними закладами Грузії та безпосередньо з Посольством Грузії в Україні. КУП НАН України має тісні та конструктивні освітянські й наукові зв'язки з Батумським державним університетом ім. Шота Руставелі, Батумською державною морською академією, Тбіліським університетом імені Давида Агмашенебелі, Грузинським технічним університетом.

У рамках укладених двосторонніх угод про міжнародну співпрацю представники вищевказаних закладів мали нагоду відвідати Київський університет права НАН України, виступити перед науково-педагогічними працівниками та студентами з майстер-класами про україно-грузинські відносини та з інших міжнародних проблем.

Під час зустрічі з паном Уклебою, ректор наголосив на налагодженні освітньо-культурних зв'язків та започаткуванні нових напрямів співпраці.

У травні 2017 р. Київський університет права НАН України спільно з Батумським державним університетом імені Шота Руставелі та Дипломатичною академією України при МЗС України планує проведення першої Міжнародної наукової конференції «Україна і Грузія: дипломатичні відносини, міжнародні зв'язки, культурна дипломатія» (інституційний та персоналістичний аспекти), яка проходитиме в Батумі.

Наприкінці зустрічі ректор Київського університету права НАН України, підкреслив важливість поглиблення спілкування з дипломатичними представниками найвищого рівня, як унікальним досвідом для підготовки юристів-міжнародників, та запросив пана Міхеїла Уклебу відвідати Київський університет права НАН України.

### Зустріч з представником Всесвітньої організації інтелектуальної власності Євгеном Сесицьким

Нещодавно відбулася зустріч ректора КУП НАН України Юрія Бошицького з Керівником програм відділу країн Кавказу, Центральної Азії та Східної Європи департаменту країн з перехідною та розвинутою економікою Всесвітньої організації інтелектуальної власності Євгеном Сесицьким.

Насамперед, ректор розповів про участь делегації Київського університету права в міжнародній науково-практичній конференції з проблем права інтелектуальної власності та спеціальної освіти, що відбулася у штаб-квартирі ВОІВ в м. Женеві з 29–30 листопада 2016 року.

Слід зазначити, що ВОІВ активно сприяє таким країнам, як Україна, у створенні власної програми інноваційного розвитку. Ректор наголосив, що освіта в сфері інтелектуальної власності вже котрий рік поспіль вимагає до себе уваги. І якщо Україна не бажає опинитися серед аутсайдерів, то має докласти всіх можливих зусиль для інвестицій у людський капітал та його збереження в межах країни.

Також обговорювалися питання проведення влітку 2017 р. конференції з проблем права інтелектуальної власності та спеціальної освіти. Є. Сесицький висловив пропозиції щодо тексту Типового положення про політику в галузі інтелектуальної власності для університетів і науково-дослідних установ.

### Майстер-клас спеціаліста з авторського права Угорщини Міхала Фічора

1 березня 2017 р. у Київському університеті права НАН України відбувся майстер-клас спеціаліста з авторського права Угорщини, колишнього асистента Генерального директора ВОІВ, професора Міхала Фічора на тему: «Авторське право та Інтернет – охорона і захист прав у цифровому онлайновому середовищі», який відбувся під егідою ректора Київського університету права, професора Юрія Бошицького та Всесвітньої організації інтелектуальної власності. У заході взяли участь провідні науково-педагогічні працівники, аспіранти та студенти університету, зокрема, д.ю.н., професор кафедри галузевих правових наук університету Роман Шишка, професор кафедри загальнотеоретичних правових дисциплін Вячеслав Іванов, професор кафедри галузевих правових наук Петро Біленчук та інші.

Надзвичайно цікавими виявилися питання про історичні та політичні умови створення Інтернет-договорів ВОІВ, розвиток міжнародного законодавства та законодавства Угорщини у сфері охорони авторського права та суміжних прав у мережі Інтернет, які висвітлювалися професором Міхалом Фічором у ході виступу. Велике хвилювання аудиторії викликала розповідь професора про становлення законодавства у сфері охорони авторського права та суміжних прав в умовах цифрового середовища та висловлювання Френсіса Гаррі, Генерального директора ВОІВ, з цього приводу, а також наявні ідеологічні концепції, як прихильників охорони авторського права у мережі Інтернет, так і противників такої охорони, особливості роботи міжнародних організацій колективного управління з питань охорони об'єктів авторського права та суміжних прав в Інтернет, питання ліцензій, вільних ліцензій, які надаються авторами, а також умов та особливостей відшкодування роялті за таке використання, питання вільного використання об'єктів авторського права та суміжних прав в Інтернет. Бурхливу реакцію залу викликало питання розмежування плагіату та неоригінальності твору як

окремих видів порушення авторського права, що виникало в контексті звинувачень у порушенні авторського права угорського президента Пала Шмітта, у даній справі наявний факт недотримання вимоги щодо оригінальності твору, а не плагіату.

### **Майстер-класи професора Аттілі Петерфалві**

6–7 березня 2017 р. в рамках міжнародного співробітництва до Київського університету права НАН України відбувся візит голови Національного департаменту з захисту даних та свободи інформації, омбудсмена Угорського Парламенту з питань захисту даних та свободи інформації (1996–2008 рр.) (Угорщина), почесного доктора КУП НАНУ Аттілі Петерфалві.

Під час зустрічі з Аттілою Петерфалві ректор університету, професор Юрій Бошицький наголосив, що Київський університет права НАН України особливо увагу приділяє розширенню академічної та наукової співпраці із науковими установами та навчальними закладами Угорщини. Однею з форм такої співпраці є проведення майстер-класів.

У рамках впровадження майстер-класів в освітній процес студенти факультету правознавства та міжнародних відносин Київського університету права НАН України мали нагоду відвідати лекції професора Аттілі Петерфалві на тему: «Захист персональних даних в Угорщині».

Студенти мали нагоду ознайомитися з доктринальними та практичними проявами проблематики персональних даних в умовах економічного глобалізму та свободи рухів інвестицій робочої сили міжнародних капіталів та інтелектуальної власності. Захист таких даних зведено до недоторканності виключної інформації про особу, форм та засобів її забезпечення, відповідальності за протиправне її поширення. Наголошено на формах захисту, засобах, зокрема договору про непоширення інформації та персональних даних і способах.

За результатами проведення майстер-класів професор Аттіла Петерфалві оголосив конкурс наукових робіт для студентів університету щодо захисту персональних даних в Україні. Студенти-переможці конкурсу будуть мати нагоду відвідати Угорщину в липні–серпні 2017 року.

### **Майстер-клас на тему: «Наслідки вступу до ЄС для національної правової системи на прикладі Польщі»**

У рамках міжнародної співпраці між Київським університетом права НАН України та Гданським університетом на запрошення ректора, професора Юрія Бошицького 4 квітня 2017 р. ВНЗ відвідала делегація Гданського університету: професор Анджея Шміт, член сенатського комітету Університету бюджету та фінансів; Анна Ритель-Варзохи, професор кафедри конституційного права та політичних інститутів факультету юриспруденції та адміністрування університету Гданська.

Гданський університет – найбільший вищий навчальний заклад Північної Польщі. На одинадцять факультетів навчається майже тридцять тисяч студентів, аспірантів і слухачів програм післядипломної освіти. Слід зазначити, що освітній процес цього університету забезпечує понад тисяча сімсот науково-педагогічних працівників.

Відкриваючи майстер-клас науковців Гданського університету, професор Бошицький зазначив, що обрана тематика є досить актуальною для майбутніх юристів-міжнародників за тематичною складовою та її практичним значенням за рахунок проведення заходу англійською мовою.

Завдяки інформативності презентації пані Анни Ритель-Варзохи, учасники майстер-класу змогли дізнатися про актуальні проблеми Польщі щодо входження країни до Європейського Союзу. Зі слів науковця, однією з найбільших проблем були протиріччя між Конституцією Польщі та нормативними актами ЄС.

Були наведені приклади статей Конституції Польщі (ст.ст. 90, 91, 188 та ін.), за якими розкривалася суперечність між законодавчими актами Польщі та міжнародними актами ЄС.

На завершення студенти мали можливість подискутувати із знаковим фахівцем конституційної галузі права Польщі та поставити питання пані Анні.

Також гості мали можливість ознайомитися з сучасною європейською матеріально-технічною базою КУП НАНУ та проектами, що діють під особистим патронатом ректора та обговорити проведення стратегічних, партнерських заходів між університетами в майбутньому.

### **Круглий стіл за участю представників делегації Китайської Народної Республіки**

11 квітня 2017 р. в Київському університеті права НАН України було проведено міжнародний круглий стіл на тему: «Інтелектуальна власність у Китайській Народній Республіці: економіко-правові аспекти». У роботі круглого столу взяли участь провідні фахівці в галузі інтелектуальної власності Китайської Народної Республіки, зокрема пан Ванг Хонг, генеральний директор Пекінського офісу інтелектуальної власності; пан Ніе Зуорен, віце-президент Пекінського університету технологій; пан Фенг Шоухуа, директор Офісу інтелектуальної власності округу Чаоян Пекінського муніципалітету; пан Лі Шічун, директор Офісу інтелектуальної власності району Меньтоугоу Пекінського муніципалітету; пан Хуанг Джіанджун, директор Пекінського офісу інтелектуальної власності; пан Ю Фей, заступник директора Департаменту розвитку про-



мисловості Пекінського офісу інтелектуальної власності; пані Куо Хуануе, третій секретар Посольства Китайської Народної Республіки в Україні.

Із привітанням до учасників круглого столу й доповіддю «Сучасний стан і пріоритетні напрями розвитку інтелектуальної власності в Україні» звернувся ректор університету, професор Юрій Бошицький, який зосередив увагу на тому, що за роки незалежності Україна зробила важливі кроки із удосконалення національного законодавства у сфері інтелектуальної власності, адаптації його до міжнародних вимог та стандартів. Проте, враховуючи сучасні економічні та політичні реалії, процес удосконалення й модернізації законодавства, яке регулює різноманітні суспільні відносини щодо створення, впровадження та використання об'єктів інтелектуальної власності, призупинився. Хоча оптимізація законодавства в будь-якій сфері суспільних відносин, у тому числі, й інтелектуальної власності, це процес постійної роботи, який априорі не може мати свій ідеальний фініш, з огляду на динаміку життя та безперервний розвиток суспільства, науково-технічного прогресу та міжнародних відносин. Тож абсолютно зрозуміло, що залишаються відкритими окремі проблемні правові питання.

До роботи круглого столу долучилися представники патентно-правової фірми «Пахаренко і партнери». Виступаючи перед іноземними гостями, заступник начальника юридичного відділу компанії Євгеній Компанець висловився про те, що найрезультативнішою боротьба з підробками та піратством стане тоді, коли активно працюватимуть три головні складові: урядові структури об'єднають зусилля з приватним сектором; підвищуватиметься обізнаність суспільства щодо ролі інтелектуальної власності та економічних і соціальних наслідків від споживання контрафактних товарів і піратства; залучатимуться інвестиції для розвитку економіки. Юрист висвітлив питання охорони й захисту прав інтелектуальної власності, акцентувавши увагу присутніх на такому суспільно небезпечному явищі як підробки, ілюструючи свою розповідь екскурсією-оглядом розміщених в аудиторії експонатів Музею підробок УАПП. Євгеній Компанець звертав увагу учасників круглого столу не лише на зразки готової контрафактної продукції, а й на сировину і матеріали, які використовувались для її виготовлення, зокрема складові, упакування тощо.

З вітальними словом від китайської делегації звернувся Генеральний директор Пекінського офісу інтелектуальної власності пан Ванг Хонг, який охарактеризував основні напрями діяльності державних структур та співпраці в сфері інтелектуальної власності Китайської Народної Республіки. Було наголошено на тому, що питання інтелектуальної власності є сьогодні ключовими в розвитку КНР.

За результатами круглого столу були окреслені ключові моменти співробітництва в сфері інтелектуальної власності між Київським університетом права НАН України та Пекінським офісом інтелектуальної власності, серед яких співпраця щодо можливості навчання студентів університету в Пекіні за магістерською програмою «Інтелектуальна власність».

### **Зустріч ректора КУП НАНУ з представниками Міністерства освіти і науки та Всесвітньої організації інтелектуальної власності**

20 квітня 2017 р. у приміщенні Міністерства освіти і науки України (МОН) відбулася зустріч директора Департаменту атестації кадрів вищої кваліфікації та ліцензування Андрія Шевцова з ректором Київського університету права НАН України Юрієм Бошицьким та керівником програм Департаменту країн з перехідною та розвинутою економікою Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ) Олександром Шевченком.

Під час зустрічі обговорено напрями поглиблення співпраці Міністерства з ВОІВ у сфері освіти та науки, а також шляхи зміцнення інноваційного та технологічного потенціалу України. Зокрема, сторони обговорили започаткований ВОІВ Національний проект з політики у сфері інтелектуальної власності в університетах та науково-дослідницьких установах України. Досягнуто домовленості щодо підтримки цього Проекту з боку МОН та формування групи експертів з метою практичної реалізації проекту в Україні, а також проведенні на базі Київського університету права НАН України в липні 2017 р. міжнародної конференції за участю всіх сторін.

### **VIII Всеукраїнська науково-практична конференція «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні»**

Ця конференція ось уже восьмий рік поспіль відбувається на теренах Рівненщини. Усіх її учасників поєднала єдина мета – окреслити шляхи побудови розвиненої правової демократичної держави та створити належний простір для забезпечення життєдіяльності в сучасному європейському співтоваристві.

*«Насамперед, хочу зазначити, що започаткована Київським університетом права НАН України міжвузівська Всеукраїнська науково-практична конференція «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні», зміцнює свої позиції на освітянському просторі нашої держави. Щороку до участі в її роботі долучаються нові молоді науковці, що надає їм можливість поспілкуватися на науковому рівні, обмінятися ідеями і обговорити наукові проблеми, оволодіти практичними навичками у сфері наукової діяльності, зрештою, зав'язати або зміцнити дружні стосунки з учасниками з інших навчальних закладів»* – зазначив у вітальному слові ректор, керівник Міжнародного центру правових проблем інтелектуальної власності при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, заслужений юрист України, професор Юрій Бошицький, який доклав неабияких зусиль для піднесення правового іміджу РІ КУП НАНУ.



На адресу організаторів та учасників конференції надійшли листи-привітання від Президента Національної академії наук України, академіка НАН України Бориса Патона, голови Союзу юристів України Святослава Піскуна, які побажали усім присутнім плідної праці та вироблення концептуальних положень, що сприятимуть здійсненню правотворчої діяльності в сучасній Україні.

З вітальними словами до присутніх звернулися і Уляна Назаровець, головний спеціаліст відділу нормативного забезпечення вищої освіти Міністерства освіти і науки України, яка зачитала звернення міністра освіти Лілія Гриневич до учасників конференції.

У своєму виступі Григорій Таргонський зазначив, що йому, як начальнику управління освіти і науки Рівненської області, надзвичайно приємно спостерігати збільшення кількості студентської молоді серед учасників. А начальник Головного територіального управління юстиції в Рівненській області Іванна Смачило наголосила на плідній співпраці Київського університету права НАН України, зокрема його структурного підрозділу – Рівненського інституту, з очолюваним нею управлінням та зазначила, що сьогодні наш навчальний заклад уособлює в собі стабільно високу якість освіти і затребуваність випускників на ринку праці.

По закінченню пленарного засідання учасники розділились для роботи в секціях: *«Загальнотеоретичні підходи до правотворення в Україні на сучасному етапі»* (керівник секції – Марія Боровець, старший викладач кафедри загальнотеоретичних правових дисциплін Рівненського інституту Київського університету права НАН України); *«Актуальні проблеми правотворення у сфері публічного права»* (керівник секції – Марія Маркевич, старший викладач кафедри загальнотеоретичних правових дисциплін Рівненського інституту Київського університету права НАН України); *«Актуальні проблеми правотворення у сфері приватного права»* (керівник секції – Світлана Повзун, старший викладач кафедри спеціальних юридичних дисциплін Рівненського інституту Київського університету права НАН України)

Загалом до організаційного комітету конференції було подано майже 50 доповідей, що, безумовно, засвідчує актуальність обраної проблематики. Сподіваємось, що результати цього наукового форуму надادуть змогу створити відповідний методологічний фундамент для подальшої наукової роботи з вивчення різноманітних аспектів правотворення на рівні галузевих юридичних наук.

**ЮВІЛЕЙ ВІДОМОГО ПРАВознавця  
(ДО 60-РІЧЧЯ З ДНЯ НАРОДЖЕННЯ ПРОФЕСОРА І. Б. УСЕНКА)**



4 квітня 2017 р. відзначив свій ювілей відомий учений-правознавець, видатний дослідник у галузі історії держави і права України, історії української юридичної науки і освіти, заслужений юрист України, професор **Ігор Борисович Усенко**.

35 років свого життя він пов'язав із Інститутом держави і права ім. В. М. Корещького НАН України, де пройшов шлях від аспіранта до завідувача відділу історико-правових досліджень. Одночасно з напруженою і плідною роботою у стінах Інституту І. Б. Усенко реалізує педагогічний талант – за сумісництвом працює вчителем правознавства Київської гімназії № 117 (1991–2004), професором кафедри теорії та історії держави і права Національної академії Служби безпеки України (з 1992 р.), завідувачем кафедри теорії та історії держави і права Київського університету права НАН України (1997–2009). Під його керівництвом захистили дисертації 21 науковець, які в подальшому неодноразово підтверджували свій високий фаховий рівень.

За час багаторічної дослідницької роботи опублікував більш як 1000 наукових праць, у т. ч. понад 30 індивідуальних і колективних монографій та є відповідальним редактором близько 30 наукових праць з проблем історії держави і права та методологічного забезпечення науки і освіти. Серед них «Первая кодификация законодательства Украинской ССР» (1989), «Юридична наука і освіта в Україні» (1992), «Правовий статус Академії наук України (історія та сучасність)» (1993, 2013 року до 95-річчя утворення НАН України вийшло нове, повністю перероблене, видання цієї книги), «Основи правознавства» (1997, друге суттєво перероблене видання 2002, перекладене російською, румунською і угорською мовами), «Академічна юридична думка» (1998), «Конституція України і основи правознавства в школі: книга для вчителя» (1999), «Правова ідеологія і право України на етапі становлення тоталітарного режиму. 1929–1941» (2001), «Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст.» (2006), «Василенко Микола Прокопович. Вибрані твори у трьох томах» (2006–2008), «Судова влада в Україні: історичні витoki, закономірності, особливості розвитку» (2014).

Активною є участь І. Б. Усенка в провідних юридичних енциклопедичних виданнях України та виданнях, що репрезентують правову думку протягом всієї історії української державності. Він член редколегії й автор майже 200 статей до «Юридичної енциклопедії» (т. 1–6, 1998–2004). Відповідальний секретар редколегії і провідний автор-упорядник 10-томного видання «Антологія української юридичної думки» (2002–2005), член редколегій «Великого юридичного енциклопедичного словника» (2007, друге видання 2012), «Політологічного енциклопедичного словника» (2004), «Енциклопедія міжнародного права» (2014–2017, видання продовжується) тощо. Один із авторів і науково-редакційний консультант ряду томів «Енциклопедії історії України» (2003–2013), автор низки статей та науковий редактор відділу «Право» «Енциклопедії сучасної України» (2001–2016, видання продовжується). Також він є автором великої кількості статей та членом редколегії перших двох томів «Історія держави і права України» (2016) і «Філософія права» (2017), започаткованого Національною академією правових наук двадцятитомного видання «Велика українська юридична енциклопедія». Це, як і участь у підготовці законів, здійсненні науково-правової експертизи багатьох законопроектів, є свідченням високої фаховості та авторитету науковця.

Наукова творчість професора І. Б. Усенка відзначається досконалим знанням джерел, ґрунтовністю, новаторською постановкою проблем. Праці вченого вирізняються глибиною юридичного аналізу та широтою світогляду, що робить їх вагомим внеском у юридичну науку, зокрема вони мають високий індекс цитування.

За багаторічну наукову, педагогічну й практичну діяльність вченого відзначено Почесною грамотою Верховної Ради України за особливі заслуги перед українським народом (2004), Почесною грамотою Президії НАН України, нагороджено вищими відомчими відзнаками Міністерства освіти і науки України, Міністерства юстиції України та Державного комітету архівів України, багатьма відзнаками інших міністерств, відомств і громадських організацій України.

І. Б. Усенко є лауреатом Державної премії України в галузі науки і техніки (2004), лауреатом премії ім. М. П. Василенка НАН України (1992) та премії ім. Ярослава Мудрого НАПрН України (2005), кількох конкурсів Спільки юристів України на краще юридичне видання року, Всеукраїнського конкурсу на краще професійне досягнення «Юрист року-2001» у номінації «юрист – науковий співробітник».

Значною є науково-організаційна та громадська діяльність. Зокрема, він є членом Наукової ради з координації фундаментальних правових досліджень НАН України. Унікальною за масштабом та потужністю на східно-європейському просторі є Міжнародна асоціація істориків права – організація, що об'єднує провідних істориків права, співзасновником та першим віце-президентом якої є І. Б. Усенко.

Всі, хто мав можливість спілкуватися з професором Усенком, відзначають його толерантність, чуйність, готовність допомогти, що поєднуються з вимогливістю, прискіпливим ставленням до якості наукових праць.

Щиро вітаємо Вас, вельмишановний Ігорю Борисовичу, з ювілеєм, бажаємо міцного здоров'я, натхнення, творчої наснаги, щастя та здійснення планів і мрій!

### 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*