

ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований
у жовтні 2001 року

2016/2

Виходить
4 рази на рік

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

Головний редактор

Шемшученко Ю.С.

Заступник

головного редактора

Бошицький Ю.Л.

Редакційна колегія

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

Іноземні члени редакційної колегії

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

Рекомендовано до друку
Вченою радою
Київського університету права
НАН України
(протокол № 6 від 01.07.2016)
Вченою радою
Інституту держави і права
ім. В.М.Корецького
НАН України
(протокол № 7 від 30.06.2016)

Передплатний індекс
23994

ISSN 2219-5521

ЗМІСТ

<i>Бошицький Ю. Л., Чернецька О. В.</i> Правовій державі – сучасна європейська освіта! Випуск 2016 року Київського університету права НАН України	4
<i>Кулинич П. Ф.</i> Право оренди землі як об'єкт ринкового обігу в Україні: стан та перспективи	7

Видатні правознавці України

<i>Усенко І. Б., Музика І. В.</i> П. Д. Лодій: філософ, правознавець, просвітник	12
--	----

Теорія та історія держави і права. Філософія права

<i>Онїценко Н. М.</i> Соціальна держава та соціальна політика: причинно-наслідковий континуум	20
<i>Беорій М. М.</i> Правовий звичай у первісному (додержавному) суспільстві: окремі акценти	24
<i>Губар К. А.</i> Маловідомі сторінки державно-правових поглядів викладачів Київської духовної академії 1-ї пол. XX ст.	28
<i>Проць О. Є.</i> Правова компетентність учителя як складова його професійної компетентності	32
<i>Sagaidak Y.</i> The contracts Kievan Rus with Byzantium as a source of law Kievan Rus and important instrument for geopolitical situation in modern Ukraine	36
<i>Софінська І. Д.</i> Громадянство на перехресті вірності та консюмеризму	39
<i>Терела Г. В.</i> Нагляд і контроль за додержанням робітничого законодавства за доби Директорії Української Народної Республіки	44
<i>Гуняк А. Я.</i> Інтерес як критерій поділу права на приватне та публічне: загальнотеоретичний аспект	49
<i>Костюк О. М.</i> Легальне тлумачення: до визначення сутності та змісту	54
<i>Олійник С. М.</i> Поняття міжнародно-правового інституту реадмісії осіб	58

Конституційне право та конституційний процес в Україні

<i>Гасва Н. П.</i> До питання розуміння принципу прозорості, відкритості та публічності утворення і діяльності громадських об'єднань	62
<i>Клименко О. І.</i> Законодавче закріплення конституційно-правової реформи в Україні	67
<i>Попко В. В.</i> Децентралізація влади – необхідна умова (індикатор розвитку) місцевого самоврядування	70
<i>Прокопенко І. П., Доронін В. Є.</i> Фінансування політичних партій в Україні і зарубіжних країнах	76
<i>Безверха Ю. В.</i> Використання досвіду країн ЄС для вдосконалення правового регулювання доступу до інформації в Україні	79

Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право

<i>Гетманцев Д. О.</i> Стабільність та визначеність податкового права	84
<i>Рябенко О. П.</i> Про особливості провадження у справах про порушення митних правил: сучасний стан правового регулювання	90

<i>Анпілогов В. С.</i> Визначення і характеристика суб'єктів територіальної та галузевої організації управління регіоном: сучасні наукові підходи	94
<i>Охотнікова О. М., Щава А. В.</i> Правові аспекти державного управління промисловою власністю на шляху до інноваційної моделі розвитку економіки	98
<i>Ракул О. В.</i> Актуалізація участі громадських об'єднань у формуванні фіскальної політики в Україні	102
<i>Сонюк О. В.</i> Проблемні питання скороченого провадження в адміністративних справах	105
<i>Гнот Х. Я.</i> Про методологічні аспекти адміністративно-правового забезпечення виконання судових рішень установами виконання покарань в Україні	108
<i>Лізунова О. Д.</i> Вибірчі інформаційні відносини: теоретико-практичний аспект	112
<i>Лоук І. А.</i> Особливості реалізації дискреційних повноважень Національним банком України при створенні банків	115
<i>Селіванова К. В.</i> Проблематика виборчої системи на окупованих територіях	120
<i>Співаков І. І.</i> Центральна виборча комісія як основний суб'єкт адміністративно-правового регулювання виборчих відносин	124
<i>Уложенко В. М.</i> Правові засади становлення дослідницьких університетів в Україні	128
<i>Хабарова Т. В.</i> Правова природа протидії корупції в Україні	133
<i>Чан Тхуи Ван.</i> Система місцевих органів исполнительної влади В'єтнаму в сфері туризму	136
<i>Штода І. В.</i> Аналіз взаємодії органів влади та вимушено переселених осіб з окупованих територій та зони проведення АТО	140

Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні

<i>Джабраїлов Р. А.</i> Господарсько-правове регулювання відносин оренди: сучасний стан та напрями вдосконалення	147
<i>Кологойда О. В.</i> Корпоративний позов в акціонерних правовідносинах	152
<i>Бондарєва М. В.</i> Спадщина як юридична категорія: поняття, склад, ознаки (ч. 1)	158
<i>Гаро Г. О.</i> Визнання та виконання іноземних судових рішень у сімейних справах на території України та Німеччини (частина перша: загальні положення визнання та виконання рішень)	163
<i>Джавадов Х. А.</i> Значення процесуальних ресурсів для ефективності гражданского судопроизводства	167
<i>Захарченко А. М.</i> Щодо передачі в оренду цілих майнових комплексів державних підприємств та їх структурних підрозділів	170
<i>Кочин В. В.</i> Об'єкти відносин участі суб'єктів підприємництва у саморегулювальних організаціях	174
<i>Мельниченко О. В.</i> Принципи поділу майна подружжя в Україні	178
<i>Назимко О. В.</i> Базові елементи трудового права в сучасному законодавстві Латвії у сфері наукової, дослідницької та викладацької діяльності	182
<i>Хрїмлі О. Г.</i> Поняття судового захисту прав інвесторів у сфері господарювання	188
<i>Шинкарук О. В.</i> Порухнення права юридичної особи на ділову репутацію	192
<i>Войцеховська І. М.</i> Державне регулювання перестрахової діяльності: об'єктивна необхідність та форми здійснення	197
<i>Грінько А. А.</i> Теоретико-правові засади реструктуризації активів суб'єктів господарської (комерційної) діяльності в умовах деофшоризації економіки України	201
<i>Гуцуляк В. К.</i> Забезпечення виконання умов договору підяду на проведення пошукових робіт	206
<i>Зайцев А. Ю.</i> Суб'єктивне право власності на житло в Україні: проблемні аспекти	210
<i>Коротенко Т. Ф.</i> Особливості отримання доказів за кордоном у цивільному процесі України	214
<i>Кравців Я. В.</i> Інформація про продукти харчування як об'єктів цивільних прав	218
<i>Куліцька С. В.</i> Щодо обсягу відшкодування майнової шкоди, заподіяної внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності органів судової влади	222
<i>Строкач І. І.</i> Виконавчий напис нотаріуса як нотаріальна дія та підстави його вчинення	224
<i>Хобор Р. Б.</i> Основні етапи розвитку шлюбного договору на українських землях: загальний огляд	229
<i>Chaban O.</i> Est-ce que l'implementation de "la personne de confiance" en droit médical en Ukraine est indispensable?	234

Проблеми права інтелектуальної власності

<i>Кулініч О. О.</i> Визначення інтересів суспільно значимими як умова правомірності поширення фотографій та інших художніх творів із зображенням фізичної особи	237
<i>Кульбашина А. Ю., Парамонова О. С.</i> Поняття службового об'єкта права інтелектуальної власності, створеного науково-педагогічним працівником	241
<i>Кульченко О. В.</i> Автоматизована система обліку і розрахунків (білінг) юридичної діяльності та можливість використання утилізації і реалізації	245
<i>Рассомахіна О. А.</i> Набуття розрізняльної здатності позначеннями, які реєструються вперше в Україні	249
<i>Тарасенко Л. Л.</i> Вирішення спорів щодо порушення патентних прав	255
<i>Черниш Р. Ф., Назарчук Б. Ю.</i> «Патентний тролінг» як передумова до загострення суспільно-політичної ситуації в державі та формування негативного іміджу України на міжнародній арені (за прикладом Житомирської області)	260
<i>Санченко О. І.</i> Ознаки театральної постановки як об'єкта авторського права	264

Аграрне, земельне та екологічне право

<i>Григор'єва Х. А.</i> Теоретико-правовий аналіз механізму часткового відшкодування державою вартості придбаних сільськогосподарських тварин та збудованих тваринницьких об'єктів	268
<i>Євстїгнєв А. С.</i> Правове забезпечення екологічної безпеки при здійсненні спеціального природокористування в контексті окремих положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС	272
<i>Німко О. Б.</i> Міжнародне співробітництво та адміністративно-правове регулювання атомної енергетики в Україні та світі	276
<i>Степська О. В., Заверюха М. М.</i> Ліс як об'єкт правового регулювання в лісовому та земельному законодавстві України	281
<i>Голенко В. Е.</i> Право на встановлення «зеленого» тарифу як ключова складова господарської компетенції генеруючих підприємств вітроенергетики	285
<i>Лаврінченко І. А., Панченко І. М.</i> Аграрна розписка та вексель: форми кредитування агробізнесу	289
<i>Родік О. О.</i> Правова охорона ґрунтів у доктрині земельного права України	294

Кримінальне право та кримінологія

<i>Базіров С. Р.</i> Вчинення необережного злочину кількома суб'єктами як явище об'єктивної реальності і проблема теорії кримінального права	301
<i>Бакаянова Н. М.</i> Об'єднання адвокатів за законодавством про адвокатуру та адвокатську діяльність	306
<i>Бобрик К. Ю.</i> Сучасний стан правового та організаційного забезпечення протидії організованій злочинності	310
<i>Василенко Д. Л.</i> Значення рішень Європейського суду з прав людини в кримінальному судочинстві України	313
<i>Лисодєд О. В.</i> Сучасний стан прав засуджених в Україні	317
<i>Мудрак І. В.</i> Потерпевший в уголовном производстве: проблемы защиты прав	321

Ю. Л. БОШИЦЬКИЙ, О. В. ЧЕРНЕЦЬКА

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

*Олена Василівна Чернецька, кандидат юридичних наук,
доцент, проректор Київського університету права НАН України*

**ПРАВОВІЙ ДЕРЖАВІ – СУЧАСНА ЄВРОПЕЙСЬКА ОСВІТА!
Випуск 2016 року Київського університету права НАН України**

Загальновідомо, що освіта – це основа не лише інтелектуального, а й культурного та духовного розвитку особистості, суспільства й держави. Метою освіти є всебічний розвиток людини як особистості та найвищої соціальної цінності, розвиток її здібностей, формування високоморальних якостей, збагачення на цій основі інтелектуального, творчого, культурного потенціалу нації.

Сьогодні стає все більш очевидним, що сучасний стан розбудови державності та подальша демократизація суспільства потребують активних учасників цих процесів, які мають відповідну освіту та здатність утверджувати активну громадянську позицію. І тому роль юриста в цих процесах, безумовно, важлива та надзвичайно відповідальна. Саме юристи значною мірою здатні бути активними учасниками суспільного та державного життя. Нині в Україні потрібно проводити не лише конституційну та адміністративну реформи. Необхідне також глибинне реформування права, зміна фундаментальних засад його розвитку, а не поверхові зміни, які не здатні зробити право потужним рушієм прогресивного розвитку українського суспільства. Утім, право потенційно може стимулювати розвиток суспільних відносин. І, як показує досвід демократичних суспільств, воно робить це успішно.

Безперечно, система вищої освіти в будь-якій сучасній державі є основою людського розвитку та прогресу суспільства й держави в цілому. При цьому слід наголосити, що юридична освіта посідає особливе місце в системі освіти, оскільки глибоко пов'язана з формуванням суспільної свідомості та правосвідомості, виступає запорукою розбудови України як правової та демократичної держави.

Київський університет права, як освітньо-науковий комплекс у системі Національної академії наук України, напередодні Дня Конституції України вкотре вручив дипломи випускникам денної та заочної форм навчання освітніх рівнів «бакалавр», «спеціаліст» і «магістр» за напрямками підготовки «Правознавство», «Міжнародне право» та «Інтелектуальна власність».

Варто звернути увагу на те, що за час існування Київського університету права було підготовлено понад 13 тисяч правознавців. Диплом випускника Київського університету права НАН України є не просто документом про вищу освіту, а надійним провідником на професійному шляху. Задля цього Київський університет права створює всі умови для отримання студентами належної юридичної освіти та практичної підготовки, яка відповідає сучасним вимогам галузі. Адже університет як правонаступник Вищої школи права, яку було створено у 1995 р. Інститутом держави і права ім. В. М. Корецького НАН України з метою інтеграції юридичної науки та освіти, основним змістом своєї діяльності встановлює формування інноваційного, гуманістичного освітньо-виховного середовища, яке передбачає фахову глибину та передові технології в системі освіти й науки з метою інтеграції в європейський освітній простір. І тому організація освітнього процесу в університеті базується на поєднанні принципів наукового, пізнавального, інформаційного та методичного забезпечення, що приводить до творчого опанування та осмислення отриманих знань, а також спонукає до науково-дослідницької діяльності студентів.

Наразі в контексті зазначеного основними завданнями Київського університету права НАН України на сучасному етапі є:

- підготовка фахівців зі спеціальною освітою, які мають необхідні теоретичні знання та практичні навички з правознавства й міжнародного права в обсягах, що передбачені для відповідних освітніх ступенів;
- підготовка фахівців для професійної діяльності у сфері юридичної практики, зокрема господарсько-правової, судово-правової, соціально-правової, організаційно-управлінської, правоохоронної, правозахисної та ін.;
- створення умов для соціального та професійного становлення, духовного розвитку, формування суспільно активної особистості;
- забезпечення потреб підприємств, установ та організацій різних форм власності у фахівцях господарсько-правового, цивільно-правового, а також адміністративно-правового напрямів в умовах ринкових і партнерських відносин;
- орієнтир на підвищення та розвиток ролі особистості, її широких прав, відповідальності, в умовах яких студент і викладач є активними суб'єктами освітнього процесу.

На наше глибоке переконання, сучасний юрист – це фахівець із професійною компетентністю, високоморальними особистісними якостями, здатний протистояти викликам юридичної практики та належним чином захищати права та свободи людини і громадянина. Більше того, розбудова нашої держави, зміцнення

її незалежності та державного суверенітету ставить і перед нашим ВНЗ надзвичайно важливе завдання: не лише навчати, а й виховувати студентів справжніми громадянами та патріотами рідної землі.

Для того, щоб сформувати належну компетентність юриста, університет впроваджує в освітній процес все позитивне, що покращує якість юридичної освіти. Сьогодні стає більш очевидним, що сучасний стан розвитку юриспруденції потребує інтенсивної розробки проблем методології юридичної науки. Отже, необхідно змінювати підходи до методології викладання юридичних дисциплін як за змістом, так і за формою. Основою системи юридичних знань має стати принцип верховенства права й гарантованості прав і свобод людини та громадянина, тобто підготовка юристів має бути спрямована насамперед на підготовку фахівців у правозахисній сфері. З огляду на це слід наголосити, що випускники Київського університету права НАН України під час свого навчання мали змогу слухати лекції й вивчати такі навчальні дисципліни та спецкурси, як: «Проблеми реалізації правових норм», «Захист прав людини», «Європейський механізм захисту прав людини», «Права людини в міжнародному праві», «Право соціального забезпечення» та ін.

Водночас в освітній процес університету постійно впроваджуються інноваційні форми та методи навчання, які сприяють розвитку інтелектуальних здібностей студентів, зокрема застосовуються численні методи, технології, педагогічні прийоми, серед яких можна виокремити традиційні – лекції-дискусії і різноманітні практики, та інноваційні – майстер-класи видатних світових правознавців. Майстер-клас для студентів Київського університету права НАН України – це викладання юридичних дисциплін високоавторитетними педагогами – академіками, член-кореспондентами, професорами чи визнаними у своїй галузі висококваліфікованими фахівцями – суддями, прокурорами, адвокатами тощо. На наше переконання, запровадження майстер-класів в освітній процес сприяє формуванню інформаційної обізнаності студентів із сучасними дослідженнями науковців і напрацюваннями практиків України й зарубіжних країн.

Особливістю освітнього процесу університету є те, що студенти мають можливість поглибленого вивчення англійської та німецької мов, а також за бажання факультативно опановують французьку та іспанську мови, що в подальшому стане запорукою практичної юридичної діяльності.

У Київському університеті права НАН України створено бездоганні умови для навчання: обладнано навчальні аудиторії, лінгафонний кабінет, криміналістичну лабораторію, комп'ютерні класи, у яких студенти мають змогу використовувати сучасні програми.

Таким чином, освітня підготовка студентів університету – це насамперед фаховість, професіоналізм та інноваційні технології в освітньому процесі на кшталт європейського освітнього простору.

Приєднання України до Болонського процесу, посилення інформатизації суспільства передбачає перехід до інноваційної вищої освіти, тобто освіти, що інтегрує освітній процес і науковий пошук. На сучасному етапі розвитку Київського університету права НАН України юридична наука та освіта розглядаються як єдиний взаємозумовлений комплекс, завданням якого є забезпечення різних галузей економіки висококваліфікованими кадрами, створення нових технологій і проведення наукових досліджень з подальшим використанням їх на практиці. Вважаємо, що концептуальними принципами забезпечення якості вищої освіти України та її інтеграції в європейське та світове співтовариство мають стати: створення інноваційного простору на основі освітньої та наукової підтримки; адаптація системи вищої освіти до норм, стандартів і основних принципів європейського простору вищої освіти; забезпечення соціального контексту вищої освіти, який надасть можливість випускникам вищих навчальних закладів формувати свою професійну кар'єру на основі соціальної справедливості, відповідальності та загальнолюдських цінностей. Саме ці вагомні аргументи покладено в основу науково-дослідної роботи Київського університету права НАН України.

В університеті значна увага приділяється науково-дослідній роботі студентів, яка є одним із засобів досягнення державних стандартів якості підготовки фахівців з вищою освітою. Зокрема, у навчальному закладі проводяться наукові заходи різного формату (конференції, круглі столи, наукові семінари) із залученням провідних науковців України та іноземних держав, науково-педагогічних працівників та юристів-практиків.

Упродовж останніх 15 років Київський університет права НАН України започаткував і щорічно проводить міжнародні та всеукраїнські конференції, серед яких: «Європейська юридична освіта і наука», «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького», «Сучасні проблеми правової системи України», «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні», «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі» тощо.

Необхідність здійснення науково-дослідної діяльності студентів сприймається як аксіома, оскільки характерною особливістю вищої освіти є органічне поєднання навчального та наукового процесів, що сприяє підвищенню якості підготовки фахівців з вищою освітою, поглибленому вивченню програмного матеріалу, розвитку наукового мислення та творчого підходу до розв'язання теоретичних і практичних завдань майбутньої діяльності. Завдяки науково-дослідній діяльності у студентів формується певний рівень навичок, умінь та творчого потенціалу.

Новелою в науково-дослідній діяльності університету стало створення Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Львів й Міжнародного центру правових та економіко-соціальних досліджень країн Центрально-Східної Європи в м. Ужгород.

На нашу думку, підвищення рівня науково-дослідної діяльності в університеті як вагомого чинника забезпечення якості вищої освіти, підвищення конкурентоспроможності університетської освіти України в процесі реалізації Болонської конвенції, створення необхідних умов для інтеграції вищої школи України до світового

освітнього й наукового простору шляхом активізації процесів інтеграції науки і освіти, залучення до наукових досліджень талановитої молоді зміцнює позиції університету серед вищих навчальних закладів України.

Важливе місце в освітній і науковій складових університету посідає науково-навчальна бібліотека, головним завданням якої є створення, збереження, організація, використання інформаційних ресурсів для забезпечення освітнього процесу та науково-дослідної діяльності в галузі правознавства. Інформаційні ресурси бібліотеки – це більш як 150 тисяч примірників літератури, сучасний електронний довідково-бібліографічний ресурс, повнотекстові електронні видання, нормативно-правові акти України. У фондах бібліотеки – уся періодика юридичного спрямування, яка видається в нашій країні. В освітньому процесі університету, який спрямований на набуття студентами ґрунтовних академічних знань, велику роль відіграють підручники, навчальні посібники, монографії та збірники наукових праць, авторами яких є науковці університету.

Необхідно зазначити, що в сучасних умовах вимоги до професійної підготовки юристів постійно ускладнюються, а тому призначення юридичної освіти полягає в тому, щоб передати майбутньому правнику не тільки глибокі теоретичні знання та загальнокультурні основи, а й сформувати комунікативні здібності, критичність і культуру мислення, здатність приймати самостійні рішення тощо. Саме з цією метою в університеті функціонує юридична клініка «Фенікс», основним напрямом діяльності якої є формування в студентів практичних навичок у сфері юридичних послуг завдяки наданню безоплатної правової допомоги малозабезпеченим верствам населення Кієва.

У контексті поліпшення якості підготовки майбутніх юристів особливого значення набуває міжнародне співробітництво в галузі освіти. Київський університет права НАН України плідно співпрацює з іноземними ВНЗ. Основні напрями міжнародного співробітництва університету реалізуються в рамках 120 угод про співпрацю. Це – 47 навчальних закладів із 22 країн світу.

Університет активно розвиває напрям підготовки фахівців за спільними магістерськими програмами з ВНЗ інших країн світу. Нині КУП НАНУ є єдиним в Україні університетом, який здійснює підготовку фахівців за спільною магістерською програмою з міжнародного права з Варненським вільним університетом ім. Черноризця Храбра (Болгарія).

Київський університет права використовує міжнародні зв'язки задля розширення академічної та наукової співпраці з закордонними навчальними закладами та науково-дослідними організаціями; встановлення й підтримки контактів із дипломатичними представництвами іноземних держав; допомоги студентам і співробітникам університету в участі в міжнародних програмах; залучення до проведення майстер-класів провідних учених зарубіжних країн; міжнародного співробітництва в культурній сфері та організації мовної практики студентів за кордоном; організації й залучення до участі в міжнародних конференціях і семінарах; роботи студентів у міжнародних студентських асоціаціях; допомоги в пошуку грантів і заохочувальних стипендій для студентів та аспірантів університету; зміцнення міжнародного іміджу університету.

Підтвердженням високого визнання закладу є те, що Київський університет права НАН України удостоєно почесного звання «Лідер сучасної освіти» та «Лідер післядипломної освіти України». Він є лауреатом I ступеня в номінації «Інновації в діяльності вищого навчального закладу з інтеграції в європейський освітній і науковий простір». Лише протягом останніх п'яти років університет був нагороджений десятьма Гранпрі в різних номінаціях на міжнародних виставках «Сучасна освіта в Україні» та «Освіта і кар'єра».

Ми переконані, що знання, які отримали наші випускники за роки навчання, – це безцінний скарб, який залишиться з ними на все життя. Віримо в те, що саме вони стануть новою генерацією тих професіоналів, які з гордістю будуть утверджувати високі стандарти гуманізму, демократизму й законності та гідно нести-муть статус випускника Київського університету права, прославляючи рідну Alma Mater!

П. Ф. КУЛИНИЧ

Павло Федотович Кулинич, доктор юридичних наук, професор, завідувач сектору проблем аграрного та земельного права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

**ПРАВО ОРЕНДИ ЗЕМЛІ ЯК ОБ'ЄКТ РИНКОВОГО ОБІГУ В УКРАЇНІ:
СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ**

В Україні майже 15 років діє земельний мораторій – встановлена законом заборона на продаж земель сільськогосподарського призначення, які використовують в товарному аграрному виробництві. Однак, його скасування найближчим часом не передбачається з політичних міркувань. Тому урядовці шукають нові способи для забезпечення ринкового доступу до земель сільськогосподарського призначення, які отримані у власність українськими селянами в період відомого паювання угідь колективних господарств. У зв'язку з цим нещодавно призначений Міністр аграрної політики та продовольства України Тарас Кутювий запропонував ввести ринковий обіг таких земель без скасування мораторію. В основу його пропозиції покладена ідея замість відчуження земельних ділянок (тобто, прав власності на них) запровадити відчуження прав оренди землі шляхом укладення цивільних правочинів: купівлі-продажу, дарування, міни тощо¹.

В юридичній науці питання про обігоздатність права оренди землі є дискусійним. Так, відомий цивіліст І. В. Спасибо-Фатєєва зазначає, що поняття «права оренди» в ЦК не надається і це непомилково, оскільки такого права, як видається, тобто як окремого різновиду майнового права, не існує. За своєю сутністю право оренди являє собою право орендаря на користування земельною ділянкою, а тому воно складає зміст орендних відносин, а не їх об'єкт. Відтак за цивілістичними підходами право оренди не може вважатися майновим правом і тим більше у розумінні ч. 2 ст. 190 ЦК воно не є об'єктом права, а тому не може йтися про оборотоздатність цього права, тобто про його відчуження². Водночас І. В. Спасибо-Фатєєва підкреслює, що сфера регулювання відносин оренди земельної ділянки перебуває поза межами Цивільного кодексу України. Земельний кодекс України та Закон України «Про оренду землі» «...по-іншому визначають право оренди, яке в цьому законодавстві набуває не лише значення об'єкта права, а й оборотоздатного об'єкта. Адже в земельному законодавстві встановлюється можливість відчуження права оренди земельної ділянки»³.

У літературі висловлена й інша думка щодо обігоздатності права оренди землі, згідно з якою таке право може бути не тільки об'єктом ринкового обігу, а й об'єктом застави для отримання банківського кредиту⁴.

На нашу думку, з метою з'ясування питання про обігоздатність права оренди земель за земельним законодавством України доцільно проаналізувати його зміст. Згідно з ч. 1 ст. 93 Земельного кодексу України⁵ (далі – ЗКУ), право оренди земельної ділянки – це засноване на договорі строкове платне володіння і користування земельною ділянкою, необхідною орендареві для провадження підприємницької та іншої діяльності. Отже, з цієї норми випливає однозначний висновок про те, що право оренди землі виникає на основі договору, тобто, лише після того, як орендодавець і орендар укладуть такий договір та зафіксують у ньому всі його істотні умови, підпишуть договір, а державний реєстратор прав зареєструє право оренди землі в Державному реєстрі прав відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав та їх обтяжень»⁶.

Однак, ч. 5 цієї ж статті ЗКУ містить норму, яка побудована на іншому розумінні права оренди землі. Вона передбачає, що право оренди земельної ділянки може відчужуватися, у тому числі продаватися на земельних торгах, а також передаватися в заставу, спадщину, вноситися до статутного капіталу власником земельної ділянки. Отже, за частиною 5 ст. 93 ЗКУ, відчужувати право оренди землі може лише власник земельної ділянки, тобто, орендодавець. Однак, якщо власник земельної ділянки є її орендодавцем, то це означає, що інша особа – орендар – набула право оренди землі. А якщо так, то власник не може розпорядитися правом оренди землі, яке належить не йому, а іншій особі – орендареві. Більше того, аналіз земельного законодавства про права на землю свідчить, що одна й та ж особа не може мати більше одного речового права на земельну ділянку. Тому якщо особа є суб'єктом права власності на земельну ділянку, то вона не може бути суб'єктом права оренди чи іншого речового права на цю ж ділянку.

Водночас у тій же ч. 5 ст. 93 ЗКУ підкреслено, що тільки власник земельної ділянки може відчужувати, у тому числі продавати на земельних торгах, а також передавати в заставу, спадщину, вносити до статутного капіталу право оренди на неї.

На наш погляд, суперечність між ч. 1 та ч. 5 ст. 93 ЗКУ зумовлена тим, що в зазначених частинах ст. 93 ЗКУ законодавець допустив методологічну помилку, назвавши правом оренди землі те право, яким ним не є. На жаль, помилку законодавця повторює й профільний центральний орган виконавчої влади – Державна служба з питань геодезії, картографії та кадастру, яка публікує інформацію про продаж прав оренди земель сільськогосподарського призначення⁷, хоча насправді мається на увазі продаж інших прав на ці землі. На

наш погляд, у ст. 93 ЗКУ закладені різні розуміння права оренди землі: власне «право оренди землі» та «право на оренду землі», які, на жаль, законодавцем ототожнюються.

Так, якщо в ч. 1 цієї статті йдеться про вже наявне право оренди землі, яке виникло на основі підписання двома особами (орендодавцем та орендарем) договору оренди земельної ділянки та державної реєстрації права оренди в Державному реєстрі прав, то у ч. 5 ст. 93 ЗКУ йдеться не про наявне право оренди землі, а про *право на оренду землі*, тобто, про право оренди землі, яке виникне в майбутньому. Отже, у ч. 5 ст. 93 ЗКУ запрограмована ситуація, коли власник земельної ділянки ще ні з ким не уклав договір її оренди, а лише виставив на продаж чи інше відчуження частину своїх прав на неї. Виникає запитання: що ж у такому випадку власник земельної ділянки відчужує?

На наш погляд, відповідь на це питання міститься в аналізі ст. 78 ЗКУ, яка визначає зміст права власності на землю. Згідно з цією статтею, право власності на землю являє собою сукупність прав щодо володіння, користування та розпорядження земельними ділянками. Отже, власнику земельної ділянки належать права (правомочності) щодо володіння, користування та розпорядження нею. Тому ще не передавши її в оренду, власник земельної ділянки може виставити на продаж або відчуження іншим способом дві з трьох своїх правомочностей, а саме правомочності щодо володіння та користування земельною ділянкою. А особа, яка придбає ці правомочності, отримує не *право оренди землі*, а лише *право на оренду землі*, тобто, право на взяття в оренду земельної ділянки в майбутньому з наступним оформленням договору оренди землі та державною реєстрацією права оренди на земельну ділянку.

Отже, виставляючи на продаж (або інше відчуження) свої правомочності щодо володіння і користування земельною ділянкою, її власник відчужує не *право оренди землі*, а *право на оренду землі*, тобто майбутнє право оренди земельної ділянки.

Саме порядку передачі майбутнього права оренди землі (тобто, *права на оренду землі*) присвячена ст. 124 ст. 93 ЗКУ. А відчуження *права на оренду* земельних ділянок державної та комунальної власності (майбутнього права оренди землі) на земельних аукціонах врегульоване ст.ст. 134–139 ст. 93 ЗКУ. Однак, у назвах цих статей помилково зазначено, що вони регламентують відчуження права оренди землі. Ними передбачено, що органи влади, які представляють державу та територіальні громади як власників земель сільськогосподарського та іншого призначення, зобов'язані здійснювати передачу таких земель в оренду особам, які на земельному аукціоні запропонують найкращі умови оренди земель, передусім більшу за розміром орендну плату. І тільки після виграшу аукціону, тобто, придбання виключного права на оренду земельної ділянки, потенційний орендар може приступити (а може й відмовитись) до укладення з власником земельної ділянки договору оренди землі та «конвертувати» право на оренду землі в право оренди земельної ділянки. Таким чином, право на оренду землі може відчужувати її власник, а право на оренду землі – лише той, хто його набув, тобто, орендар.

Аналіз норм Закону «Про оренду землі»⁸ свідчить, що він регламентує відчуження і *права оренди землі*, і *права на оренду землі*. Проте, можливість відчуження права оренди землі за цим Законом є дуже обмеженою.

Так, частиною 1 ст. 7 цього Закону (вона має назву «Перехід права на оренду земельної ділянки», але по суті в ній йдеться про перехід права оренди землі), встановлено, що право на оренду земельної ділянки переходить після смерті фізичної особи-орендаря, якщо інше не передбачено договором оренди, до спадкоємців, а в разі їх відмови чи відсутності таких спадкоємців – до осіб, які використовували цю земельну ділянку разом із орендарем і виявили бажання стати орендарями в разі, якщо це не суперечить вимогам Земельного кодексу України та цього Закону. А згідно з ч. 2 цієї ж статті, у разі засудження фізичної особи-орендаря до позбавлення волі або обмеження його дієздатності за рішенням суду, право на оренду земельної ділянки переходить до одного із членів його сім'ї, який виявив бажання і може відповідно до закону стати орендарем; а в разі його відмови або відсутності таких – до осіб, які використовували цю земельну ділянку разом із орендарем, за їх згодою, якщо це не суперечить вимогам ЗКУ та цього Закону. Нарешті, частиною 3 ст. 7 Закону «Про оренду землі» передбачено, що до особи, якій перейшло право власності на житловий будинок, будівлю або споруду, які розташовані на орендованій земельній ділянці, також переходить право оренди на цю земельну ділянку.

Отже, ст. 7 Закону «Про оренду землі» допускає лише безоплатний перехід права оренди землі до: 1) спадкоємців орендаря; 2) членів сім'ї орендаря (у випадках його позбавлення волі за рішенням суду; 3) набувачів права власності на будівлі (споруди), що розташовані на орендованій земельній ділянці. Проте такий безоплатний перехід прав оренди земель не є їх ринковим обігом.

Дещо розширена обігоздатність передбачена для орендованих земель державної та комунальної власності. Так, за ст. 8-1 Закону «Про оренду землі» (Відчуження орендарем права на оренду земельної ділянки державної або комунальної власності), право на оренду земельної ділянки державної або комунальної власності, наданої для будівництва житлового будинку, може бути відчужене орендарем за згодою орендодавця в разі, якщо таке будівництво розпочате, на строк та на умовах, визначених первинним договором оренди, або якщо таке відчуження передбачено первинним договором оренди.

Крім того, згідно зі ст. 5 Закону України «Про іпотеку»⁹, предметом іпотеки може бути право оренди чи користування нерухомим майном, яке надає орендарю чи користувачу право будувати, володіти та відчужувати об'єкт нерухомого майна. Оскільки на землях сільськогосподарського призначення дозволяється будівництво будівель і споруд виробничого призначення (зокрема, об'єктів сільськогосподарської виробничої

інфраструктури, у тому числі інфраструктури оптових ринків сільськогосподарської продукції), то в ряді випадків право оренди земель сільськогосподарського призначення можна використовувати у якості застави для отримання банківських кредитів.

Таким чином, можна констатувати, що за чинним земельним законодавством України право оренди земельних ділянок сільськогосподарського призначення не може відчужуватися на підставі більшості цивільних правочинів (купівлі-продажу, дарування, міни тощо), однак може передаватися у спадщину як за законом, так і за заповітом, який є різновидом цивільних правочинів.

На нашу думку, виходячи з юридичної сутності прав на землю в Україні, найкращим способом забезпечення ринкового обігу земель взагалі та земель сільськогосподарського призначення зокрема є законодавче забезпечення обігу таких земель у формі обігу найбільш повного права на них – права власності. Однак, якщо земельний мораторій триватиме дуже довго, то уявляється доцільним запровадити ринковий обіг таких земель у формі обігу похідних від права власності прав на земельні ділянки, зокрема, й у формі права оренди землі. На наш погляд, це допоможе хоча б частково запровадити ринковий доступ сільськогосподарських виробників до земельних ресурсів.

Для цього вважаємо необхідним внести до ряду законодавчих актів України зміни й доповнення, спрямовані на зміцнення речового характеру права оренди землі та забезпечення обігу (відчуження) права оренди землі без внесення до договору оренди землі змін.

По-перше, у законодавство доцільно внести термінологічні зміни, які дозволили б чітко відмежовувати права оренди землі та право на оренду землі як об'єкти ринкового обігу.

По-друге, до чинного законодавства України доцільно внести зміни, які б усунули існуючі правові заборони та правові перепони для відчуження права оренди земельних ділянок. Зокрема, ст. 93 ЗКУ доцільно викласти в редакції, яка б надала орендарям земельних ділянок, у тому числі й сільськогосподарського призначення, право здійснювати відчуження прав оренди землі шляхом укладення договорів купівлі-продажу, міни, дарування, передачі в заставу та спадщину тощо; такі ж зміни доцільно внести і до ст. 7¹ Закону «Про оренду землі».

По-третє, з метою підвищення рівня цивільної обігоздатності права оренди земельних ділянок сільськогосподарського призначення уявляється доцільним надати договорам оренди землі статусу правоформуючого, а не правопосвідчуючого документа. Відповідно укладення такого договору має розглядатися як юридичний факт, з яким пов'язується тільки виникнення права оренди землі та його юридичний формат (строк права оренди землі, розмір орендної плати, інші умови, які стосуються виключно використання орендованої ділянки, але не умови щодо сторін договору). Крім того, надання договору оренди земель сільськогосподарського призначення статусу правоформуючого документа означає, що такий договір має укладатися між власником земельної ділянки (орендодавцем) та первинним її орендарем і повинен зберігати своє юридичне значення у процесі наступних транзакцій права оренди землі, яке виникло на підставі цього договору.

З практичної точки зору це означає, що при укладенні орендарем договору про відчуження права оренди землі іншій особі в уже укладений договір зміни не вносяться. Той примірник такого договору, який отримав первинний орендар, має додаватися до договору про відчуження права оренди землі, на підставі чого в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно вноситься запис про перехід права оренди землі до нової особи. Якщо новий орендар земельної ділянки також відчужує право оренди землі, то він має додати до договору про відчуження права оренди землі й примірник договору оренди землі, отриманого від первинного орендаря. Всі відчуження права оренди землі мають фіксуватися внесенням записів про нового орендаря земельної ділянки до Державного реєстру речових прав. Після проведення такої реєстрації державний реєстратор прав надсилає власнику земельної ділянки всі необхідні відомості про особу нового орендаря земельної ділянки, який, зокрема, має сплачувати орендну плату.

По-четверте, до Закону «Про оренду землі» доцільно внести ряд норм про те, яким чином орендар може здійснювати відчуження права оренди землі: за згодою орендодавця чи без його на те згоди. На наш погляд, існують три варіанти вирішення цього питання у законі. Всі вони мають як переваги, так і недоліки. Так, перший варіант полягає в тому, що відчуження права оренди відбувається виключно за згодою орендодавця, яке може надаватися на всі або окремо щодо кожного випадку відчуження права оренди. Такий варіант може здатися дуже привабливим, оскільки він будується на наданні власником земельної ділянки згоди на продаж її орендарем права оренди іншій особі. Дійсно, надання власником згоди означає, що, по-перше, він поінформований про намір орендаря здійснити відчуження права оренди землі, по-друге, схвалює намір орендаря здійснити відчуження права оренди землі іншій особі та, по-третє, знатиме особу наступного орендаря його земельної ділянки. Однак, цей варіант містить істотну загрозу блокування обігу прав оренди землі. Адже у випадку закріплення в законі положення про те, що відчуження права оренди земельної ділянки сільськогосподарського призначення може здійснюватися виключно за згодою орендодавця, то враховуючи те, що кожне поле приватизованих сільськогосподарських земель складається з великої кількості земельних ділянок, щодо кожної з яких укладений договір оренди, то при продажу орендарем прав оренди на такі ділянки кожен з їх власників, який не погодиться з таким продажем, може по суті заблокувати відчуження орендарем прав оренди ділянок на всьому полі. Адже ніхто не захоче набути права оренди на частину земельних ділянок одного поля, які можуть розміщатися у «шахматному» порядку: таке поле неможливо обробляти як єдиний земельний масив.

Другий варіант полягає в тому, що орендар має право безперешкодно відчужувати право оренди землі без погодження такого відчуження з її орендодавцем, якщо в договорі оренди землі сторони не домовилися

про інше. Цей підхід впливає з практики сільськогосподарського землекористування в Україні, яка свідчить, що переважна більшість селян та інших власників ніколи не бачили свою земельну ділянку або ж бачили її один раз при паюванні земель колективного господарства¹⁰. Тому селяни-власники таких земель розглядають її лише як фінансовий актив, що дає дохід у формі орендної плати. Тому встановлення в законодавстві правила про те, що орендар має право здійснювати відчуження права оренди землі, без згоди власника ділянки-орендодавця, не спричинить настання негативних наслідків для переважної більшості селян. Утім ті з них, які виявляють бажання контролювати перехід прав оренди на належні їм земельні ділянки, можуть скористатися можливістю внесення у договір відповідної умови при його підписанні. Цей варіант містить найменше перешкод для обігу прав оренди, сприяє росту додаткової вартості права оренди збільшує його ринкову привабливість як об'єкта обігу та застави. Проте він позбавляє власників земельних ділянок можливості контролювати перехід прав оренди на належні їм земельні ділянки на етапі після укладення договору оренди землі з першим орендарем.

Третій варіант полягає в тому, що орендар наділяється правом відчужувати право оренди сільськогосподарської земельної ділянки іншій особі за умови сплати її власнику-орендодавцю певної грошової суми при кожній транзакції (передачі) такого права. За такого варіанта власник земельної ділянки-орендодавець, по-перше, буде поінформований про намір орендаря здійснити передачу (відчуження) права оренди іншій особі (новому орендарю). По-друге, він стає матеріально заінтересованим у тому, щоб орендар мав можливість відчужувати право оренди та, в разі такої необхідності, здійснював його. Водночас виплата орендарем, який відчужує право оренди земельної ділянки іншій особі (новому орендареві), частини грошової суми, отриманої від продажу права оренди, дещо зменшує його матеріальну зацікавленість у такому відчуженні. Проте якщо орендар відчужує право оренди земельної ділянки з виробничих або інших об'єктивних причин, він не тільки не понесе витрат, а навпаки – отримає певні кошти від продажу права оренди (хоча й зменшені на суму виплати на користь орендодавця).

По-п'яте, потребує законодавчого вирішення і проблема обігу прав оренди за «новими» і «старими» договорами оренди землі. Після внесення запропонованих вище змін і доповнень до Закону України «Про оренду землі» вони будуть застосовуватися до договорів оренди земельних ділянок сільськогосподарського призначення, які укладатимуться (переукладатимуться) після набуття цими змінами і доповненнями чинності («нові» договори).

Водночас у нашій державі вже укладені і виконуються майже 4,7 млн договорів оренди землі строком від 3 до 49 років («старі» договори)¹¹. Цілком очевидно, що з прийняттям закону з вищезазначеними законодавчими пропозиціями їх дія не поширюватиметься на договори оренди землі, укладені до його прийняття. Адже цей закон зворотної сили не має. Тому для введення в ринковий обіг прав оренди земель сільськогосподарського призначення, які виникли до внесення змін і доповнень до цього закону, доцільно зробити шляхом внесення до Закону «Про оренду землі» норми про те, що після набрання ними чинності сторони «старих» договорів оренди землі можуть укласти додаткові до них угоди, якими визначать можливість відчуження орендарями по таких договорах прав оренди землі та умов сплати орендодавцям певних коштів при продажу (відчуженні) орендарями таких прав. В основу таких додаткових угод до договорів оренди землі можуть бути покладені положення, запропоновані вище.

У цілому для внесення в чинне законодавство України запропонованих вище змін і доповнень щодо обігу прав оренди земель сільськогосподарського призначення доцільно розробити й ухвалити Закону України «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів з метою стимулювання цивільного обігу прав оренди земель сільськогосподарського призначення».

¹ Шановал К. Тарас Кутовий, міністр аграрної політики та продовольства, обіцяє золотий дощ малим і середнім фермерським господарствам і ясність на ринку землі // Новое время. – 2016. – 15 липня. – № 25. – С. 12–13.

² Спасибо-Фатеева І. В. Відчуження права оренди // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. / редкол.: В. Я. Тацій та ін. – Х.: Право, 2010. – № 4 (63). – С. 118–127. – С. 125.

³ Там само. – С. 125–126.

⁴ Литвинець Ю. І., Кікоть О. Ю. Застава права оренди земель сільськогосподарського призначення в контексті діяльності банківських установ // Економіка: теорія та практика. – 2014. – № 2. – С. 11–15.

⁵ Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3–4. – Ст. 27.

⁶ Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553.

⁷ Інформація про продаж прав оренди на земельні ділянки сільськогосподарського призначення державної власності у 2015 році : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://land.gov.ua/info/informatsiia-pro-prodazh-prav-orendy-na-zemelni-dilianky-silskohospodarskoho-pryznachennia-derzhavnoi-vlasnosti-u-2015-rotsi/>

⁸ Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 46–47. – Ст. 280.

⁹ Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 38. – Ст. 313.

¹⁰ Назаренко М. Олександр Муляр: власники віддаляються від землі : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nacija.com.ua/?article=5418>

¹¹ Інформація про продаж прав оренди на земельні ділянки сільськогосподарського призначення державної власності у 2015 році : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://land.gov.ua/info/informatsiia-pro-prodazh-prav-orendy-na-zemelni-dilianky-silskohospodarskoho-pryznachennia-derzhavnoi-vlasnosti-u-2015-rotsi/>

Резюме

Кулинич П. Ф. Право оренди землі як об'єкт ринкового обігу в Україні: стан та перспективи.

Досліджуються зміст правового регулювання відчуження права оренди землі за законодавством України. Доводиться, що законодавець допустив методологічну помилку, ототожнюючи у багатьох нормах земельного законодавства право оренди землі з правом на оренду землі. З метою створення умов для використання права оренди земельних ділянок сільськогосподарського призначення як об'єкта ринкового обігу запропоновано внести істотні зміни і доповнення у відповідні законодавчі акти України.

Ключові слова: земельне законодавство, право оренди землі, право на оренду землі, ринковий обіг права оренди земельних ділянок сільськогосподарського призначення.

Резюме

Кулинич П. Ф. Право оренди землі як об'єкт ринкового обігу в Україні: стан та перспективи.

Исследуются содержание правового регулирования отчуждения права аренды земли по законодательству Украины. Доказывается, что законодатель допустил методологическую ошибку, отождествляя во многих нормах земельного законодательства право аренды земли с правом на аренду земли. С целью создания условий для использования права аренды земельных участков сельскохозяйственного назначения как объекта рыночного оборота предложено внести существенные изменения и дополнения в соответствующие законодательные акты Украины.

Ключевые слова: земельное законодательство, право аренды земли, право на аренду земли, рыночный оборот права аренды земельных участков сельскохозяйственного назначения.

Summary

Kulinich P. Land lease right as an object of market circulation in Ukraine: current situation and prospective.

It is found out in the article that Ukrainian legislator has made methodological mistake by identifying land lease right as right to lease land. It is proved that these rights are quite different. According to legislation land lease right means a right which appeared after conclusion of land lease agreement by two sides – lease and lessor. So land lease right belongs to a lessee after both conclusion of the agreement and state registration of land lease right in State registry of immovable property rights. On the contrary, right to lease land means that an owner of land plot having legal subrights to poses, use and dispose of land plot, decides to sell two of these rights, namely subright of possession and subright of use, to another person, who buys these subrights. As a result the person receives right to lease land, but not land lease right. In this situation buyer acquires exclusive rights to conclude land lease agreement but not a land lease right. Then he may transfer right to lease land into land lease right only after conclusion of land lease agreement with the owner of land. So that is why we call this right as a future land lease right. Thus right to lease land can be sold by an owner of land, but land lease right can be alienated by lessee of land.

Key words: land legislation, land lease right, right to lease land, market circulation of lease rights to agricultural land plots.

УДК 340.12

І. Б. УСЕНКО, І. В. МУЗИКА

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

Ірина Володимирівна Музика, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник відділу Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

П. Д. ЛОДІЙ: ФІЛОСОФ, ПРАВОЗНАВЕЦЬ, ПРОСВІТНИК

Доля героя нашого нарису нагадує пригодницький роман. Він піднявся із самих соціальних низів до чину «статського генерала» (дійсного статського радника), міняв держави проживання і прізвища (Лоді, Лодинков, Лодер і, найпопулярніше, Лодій – ось далеко не повний їх перелік), належав до низки конспіративних масонських осередків, спілкувався і товаришував на своєму життєвому шляху з багатьма непересічними особистостями, які були справжніми творцями історії на межі XVIII і XIX століть. Син парафіяльного священика, він присвятив значну частину життя опануванню богослов'я, проте відмовився від духовної кар'єри, а згодом відкрито виступав проти залежності філософії від теології, одержав репутацію небезпечного вільнодумця та прихованого декабриста і водночас в останні роки свого життя служив цензором С.-Петербурзького цензурного комітету від університету. Його цікава і повчальна біографія, багато в чому є відображенням суперечливих реалій так званої імперської доби історії України. Нині вона проаналізована в багатьох публікаціях дослідницького та довідкового характеру¹. Утім, у них ще чимало суперечливих відомостей та лакун, а то й фактичних помилок. Тож ознайомимося з життєвим і творчим шляхом вченого дещо докладніше.

Народився Петро Дмитрович 4 травня 1764 р. в с. Збой Земплінського комітату тогочасної Угорщини (тепер – Снінського округу Пряшівського краю, Словаччина) у родині греко-католицького священика Мукачівської (Мункацької) єпархії, пароха місцевої церкви Св. Миколая. (У багатьох виданнях наводяться застарілі відомості, за колишнім адміністративно-територіальним поділом, про нібито сучасну належність с. Збой до Гуменецького округу Словаччини.) Відомості про його дитячі роки неповні й суперечливі. Зазначається здебільшого лише те, що початкову освіту він здобув у Мукачеве, але без вказівки на якийсь конкретний навчальний заклад. Висловимо гіпотезу, що це була, найімовірніше, дворічна духовна школа з українською (руською) мовою навчання, яка існувала в 1744–1778 роках. Далі навчався в популярній серед русинської молоді гімназії в м. Великий Варадин (угор. Nagyvarad, нім. *Grosswardein*; тур. *Varat*; тепер – Орада (рум. *Oradea*), Румунія). Є також згадка про перебування П. Д. Лодія впродовж деякого часу в Ужгородському ліцеї. Як видається, йдеться про Ужгородську греко-католицьку семінарію трьох святителів з чотирирічним строком навчання, засновану (формально 1776 р., фактично – 1778 р.) на базі згадуваної духовної школи, переведеної з Мукачеве, і яка на початку свого існування мала статус королівсько-єпископського ліцею. Скільки саме майбутній філософ поглиблював освіту в Ужгороді достеменно не відомо, але від 1782 р. від вже студіює теологію в Львівській греко-католицькій семінарії (можливо, зміна навчального закладу була вимушеною, викликаною загальною реформою духовної освіти в Австрії).

Генеральна греко-католицька семінарія (такий статус вона набула 1785 р.) у Львові давала доволі глибоку освіту, порівнювану з університетськими студіями. Навчання в семінарії проводилося українською (церковнослов'янською) мовою, а викладачами були священики Собору св. Юра та професори Львівського університету. В окремих джерелах зазначається, що Петро Дмитрович закінчив 1787 р. філософський факультет Львівського університету², проте належного документального підтвердження цьому знайти не вдалося, і це твердження видається таким, що не відповідає дійсності. У 1787 р. П. Д. Лодій за конкурсом був обраний професором логіки, метафізики та моральної філософії *Studium Ruthenum* (Студіум рутенум,

або Українські студії, офіційна назва – «Провізоричний науковий інститут в руській мові») – окремому відділенню філософсько-богословського спрямування, створеному в Львівському університеті в єдиному комплексі з Генеральною греко-католицькою семінарією для тих студентів, які не володіли латиною. Мета студій полягала у підготовці кадрів високоосвічених греко-католицьких священників. Студенти Studium Ruthenum спочатку два роки зловували загальну підготовку на філософському відділенні, а далі п'ять років опановували власне богословські науки на теологічному відділенні. Логіка, метафізика та моральна філософія вивчалися на студіях уже з першого року навчання³. Викладав П. Д. Лодій також математику та нумізматику, в окремі роки – літературу й природознавство.

Серед його колег-викладачів помітно вирізнялися своїми здібностями і харизмою декан філософського факультету університету, професор фізики і математики, автор багатьох наукових праць, згодом – організатор антиурядового заколоту, страчений владою, Ігнацій Юзех Мартинович (1755–1795 рр.) та професор східних мов і старозавітної герменевтики, доктор теології, колишній чернець ордену капучинів, публіцист, відомий своїм вільнодумством, апологет освіченого абсолютизму І. А. Феслер (1756–1839 рр.). Професор Мартинович згодом відіграв помітну роль у долі іншого великого закарпатця – М. А. Балуг'янського (Балудянського), який був учасником його конспіративного осередку «угорських якобінців», через що мало не поплатився життям. Що ж стосується професора І. С. Феслера, то він 1887 р. особисто назвав Йосифу II під час візиту імператора в Генеральну греко-католицьку семінарію своїми найкращими студентами І. С. Орлая, П. Д. Лодія та В. Г. Кукольника⁴.

Окремо зауважимо, що водночас з П. Д. Лодієм на юридичному факультеті університету, заснованому 1784 р., викладали професори Бальтазар Борзага, Атон Пфлегер фон Вертенау, Ігнацій Церголь, Франц Маркс, Ян Амброс фон Рехтенберг, Домінік Кьофіль, Йозеф Беер та ін. Більшість із них не залишила оригінальної наукової спадщини, беззастережно наслідуючи тодішніх корифеїв австрійського правознавства Карла фон Мартіні та Йозефа Зонненфельса, але зарекомендували себе хорошими практиками. Втім, заслуговує на увагу праця Д. Кьофіля «Systematischer Auszug aus dem für Gallizien bestehenden politischen Gesetze und Verordnungen» («Систематичний витяг з політичних законів і правил Галичини»), видана у Львові 1791 р., яку вважають першою розвідкою з історії держави та права Галичини⁵. Важко сказати, чи склалися у П. Д. Лодія стосунки з австрійськими професорами, але можна припустити, що він мав непогано знати професора канонічного права Андрія Ангеловича, молодшого брата Антона Ангеловича (ректора Генеральної греко-католицької семінарії у Львові, а у 1796/7 навчальному році – ректора Львівського університету). Андрій Ангелович навчався у тій самій Генеральній греко-католицькій семінарії, далі опанував теологію і право в Львівському університеті, обійняв 1797 р. кафедру канонічного права з українською мовою викладання на Studium Ruthenum, підготував власний підручник з канонічного права і водночас став одним із перших українських адвокатів у Львові⁶.

Через відсутність у викладачів Studium Ruthenum повного обсягу прав, належних професорам університету, русинський професор тривалий час безуспішно намагався посісти одну з кафедр філософського факультету. Від 1796 р. П. Д. Лодій – директор Studium Ruthenum і декан філософського факультету. У грудні 1797 р. він записався до Ставропігійського інституту (правонаступника Львівського Успенського братства), в друкарні якого видавав свої твори. У 1801 р., напередодні залишення праці в університеті, здобув ступінь доктора філософії (за іншими джерелами – вільних мистецтв, прав і теології, словесних наук та філософії або права і філософії або вільних мистецтв і філософії).

5 вересня 1801 р. вчений був обраний професором кафедри логіки, метафізики і моральної філософії та кафедри чистої і прикладної математики Ягелонського університету (на той час – Головна краківська школа), але ще до 1 квітня 1802 р. включно продовжував викладати у Львові. Причиною переходу до Кракова прийнято вважати заплановане закриття факультетів з руською мовою викладання і реакцію на постійні утиски з боку університетського керівництва.

У 1803 р. разом з іншими професорами «карпаторуського походження» (найвідоміші – М. А. Балуг'янський, В. Г. Кукольник) П. Д. Лодій був запрошений Головним правлінням училищ до Росії і в серпні 1803 р. посів кафедру теоретичної і практичної філософії (за іншими відомостями – логіки і метафізики) в Петербурзькому педагогічному інституті (від 1816 р. – головний педагогічний інститут). Викладав постійно моральну філософію і додатково (без оплати) право «природне, приватне, публічне, державне і народне». Був також деякий час членом Господарського комітету інституту і наглядачем студентів (1810–1812 рр.). Також викладав природне право (1810–1814 рр.) і кримінальне право (1810–1817 рр.) на публічних курсах при цьому інституті.

Додатково до роботи в інституті читав лекції з природного права та деякі інші курси у Вищому училищі правознавства (1805–1809 рр.). Згодом був 1811 р. призначений наглядачем училищ Архангельської та Олонецької губерній, того ж року урочисто відкрив Петрозаводську губернську гімназію. Служив інспектором класів при товаристві шляхетних дівчат та училищі ордену св. Катерини (1813–1818 рр.), склав навчальний план «повної освіти» для жінок. А після звільнення з посади інспектора класів був призначений директором С.-Петербурзького комерційного училища.

З утворенням Петербурзького університету (8 лютого 1819 р.) став ординарним професором кафедри логіки, метафізики і моральної філософії (викладав теоретичну і моральну філософію), а у грудні 1819 р. на підставі одностайного обрання був призначений деканом філософсько-юридичного факультету. Також обіймав посади радника (1820–1825 рр.) і неодмінного засідателя (1825–1827 рр.) правління університету, був

членом комітету, який розпоряджався будівлями університету; головою училищного комітету; брав участь у «візитаціях» губерній Петербурзького навчального округу.

У 1821 р. П. Д. Лодій разом із М. А. Балуг'янським та іншими прогресивними професорами університету став на захист колег, яких чиновники від освіти звинувачували у вільнодумстві (висловлюваннях проти залежності філософії від теології, запереченні божественного походження верховної влади, критиці існуючого ладу та урядової політики). Наслідками цієї кампанії особисто для Лодія стало звільнення його з кафедри логіки, метафізики і моральної філософії та вимушений перехід на кафедру теорії загальних прав замість відставленого О. П. Куніцина. Від березня 1821 р. він викладає курси природного та кримінального права. Подальші його неодноразові спроби повернутися до викладання філософії не мали успіху. А підручник вченого з логіки невдовзі було не рекомендовано для використання й вилучено з продажу.

Проте, коли 1825 р. вчений дізнався, що Головне правління училищ знову ініціює справу про «шкідливість викладання філософських наук» він підготував «Роздуми про походження 4-х факультетів, які складають університети, про науки, які в них викладаються, та цілі оних», в яких різко виступив проти спроби заборонити в Росії викладання філософії, історії і природного права із заміною цих наук Святим письмом. Не без труднощів дійшла до читача його головна юридична праця «Феорія общих прав, содержащая в себе философское учение о естественном всеобщем государственном праве...»⁷, опублікована у Санкт-Петербурзі у 1828 р., яка зрештою теж була визнана шкідливою.

Певне незадоволення російської влади, ймовірно, викликала також участь Лодія в нелегальних масонських організаціях. Ще під час навчання в львівській семінарії та праці у Львівському університеті в Лодія виникли дружні стосунки із вже згадуваним професором І. А. Феслером, одним із організаторів масонських осередків у Галичині. Масонами, ймовірно, були й інші наставники вченого, яким він присвячував свої праці: А. Ангелович, А. Бачинський, М. Скородинський, М. Щавницький та ін.⁸ Згодом на запрошення М. М. Сперанського, ініційоване Лодієм та іншими закарпатцями, І. А. Феслер теж вступив на російську службу, почав викладати в Петербурзькій духовній академії. За його ініціативою була заснована низка масонських осередків, до яких долучився і Лодій: ложі «Полярна Зірка» (Петербург, 1807–1810 рр.), «Петра до істини» (Петербург, від 1810 р.), «Александра троїстого Порятунку» (Москва, 1817–1826 рр.). Враховуючи певний зв'язок тогочасного російського масонства з декабристським рухом, вже не видається дивним, що навіть після смерті вченого в доносі 1831 р. М. Л. Магницького цареві Миколі I він фігурує як один з винуватців «філософської історії заклоту 1825 р.»

Тим не менш прояви вільнодумства ускладнювали, але не гальмували службову кар'єру Лодія. Він працював в університеті до кінця життя, до серпня 1825 р. залишався деканом факультету, а до травня 1827 р. – директором С.-Петербурзького комерційного училища. Окрім того, від листопада 1827 р. до своїх останніх днів був цензором С.-Петербурзького цензурного комітету від університету.

Вчений був обраний до Санкт-Петербурзького Вільного Економічного товариства, Альтенбургського Ботанічного Товариства та Йенського мінералогічного товариства. У 1825 р. став заслуженим професором університету. Йому послідовно жалувалися належні класні чини: надвірний радник (1805 р.), колезький радник (1812 р.), статський радник (1816 р.), дійсний статський радник (1825 р.). Був нагороджений орденами Св. Володимира 4-го і 3-го ступенів, Св. Анни 2-го ступеня. Також професору неодноразово жалувалися діамантові персні від імператора та імператриці, річний посадовий оклад при звільненні з посади директора комерційного училища, 2 тис. десятин землі.

Помер П. Д. Лодій 10 червня 1829 р. у Санкт-Петербурзі. Після смерті вченого його родина одержувала пенсію, їй також було одноразово надано 15 тис. рублів для сплати боргів покійного. Похований він на Смоленському лютеранському кладовищі у С.-Петербурзі (могила не збереглася).

Все своє життя Петро Дмитрович не поривав зв'язків з Україною, листувався із закарпатцями, а також із професорами Львівського університету. Відомо, що бібліотеці монастиря василіан у Львові він подарував кількасот різних видань. За спогадами сучасників, в Росії він не був схожим на асимільованого вихідця з чужих країв, а завжди відчував себе закарпатським українцем. Дослідники відзначають його значний внесок у становлення української філософської термінології.

Філософські погляди Лодія протягом життя зазнали певної еволюції та зрештою набули плюралістичного й еkleктичного характеру. Він почав опановувати філософію, коли в суспільній думці панували раціоналістичні погляди Г. Ф. Лейбніца в інтерпретації Х. фон Вольфа (філософія здорового глузду на базі уявлень про розум), які вивчалися і поширювалися здебільшого за популярними латиномовними працями Ф. Х. Баумейстера, зокрема за підручником «Elementa Philosophiae Recentioris...» (Leipzig, 1781). Для потреб своїх учнів Лодій 1790 р. переклав частину цього підручника «Philosophiae moralis Institutiones Ethicam et Politicam complexae», яка стосувалася моральної філософії, українською мовою. Згодом вольф'янське «поміроковане просвітництво» він почав доповнювати ідеями І. Канта та його послідовників (Г. Е. Шульце-Енезідема, Ф. В. Шеллінга та ін.). Водночас, уводячи до вітчизняного наукового обігу ідеї Канта, критикував мислителя за суб'єктивний ідеалізм, скептицизм і агностицизм, розвив чуттєвого й раціонального, логічного і емпіричного, за спроби провести принципову межу між формою і змістом, сутністю та явищем, показати мислення незалежним від буття. Критично ставився Лодій і до ідеалістичних вчень Дж. Берклі та Д. Юма, звертаючи, зокрема, увагу на залежність психічних явищ від діяльності мозку. У цій критиці певною мірою відчувається не лише прихильність до оцінки будь-якої філософської системи з позицій «здорового глузду», а й деякий вплив локківського сенсуалізму та французького матеріалізму XVIII століття. Філософські погля-

ди ученого найповніше відображені в його трактаті «Логические наставления, руководствующие к познанию и различению истинного от ложного» (СПб., 1815). На думку сучасників, цей підручник з логіки був упродовж кількох десятиліть найкращим у Російській імперії. Книга також містила загальний вступ до філософії та стислий виклад історії філософської думки.

П. Д. Лодія здебільшого вважають прихильником дійсного підходу, а саме прихильником креаціоністської теорії, яка поєднувала віру в бога, як творця світу з антропоцентричним визнанням могутньої творчої активності людини (на користь цього твердження свідчить і те, що на певному етапі свого життя він імовірно належав до ордену ілюмінатів, в середовищі якого активно поширювалися ідеї деїзму). Ці погляди помітно відрізнялися від ортодоксальних догматів християнського вчення. Мислитель обстоював розвиток науки, поширення освіти та виховання серед народу, за допомогою яких прагнув реформувати тодішнє суспільство, послабити соціальну напругу у відносинах між багатими і бідними, ліквідувати кріпосництво. У поетичній формі ця ідея знайшла відображення також у двох панегіриках («ономастиконах»), які Лодій присвятив релігійним просвітникам Миколаю Скородинському та Антонію Ангеловичу. Він мріяв про правління розуму, про «філософа на троні». Філософію вчений розумів як «грунтовне пізнання сил, засобів і мети природи, найголовнішої всього цього причини, яка осягає світ на основі принципів тільки одного розуму і спрямована на досягнення, збереження і утвердження людського благополуччя». Обґрунтовуючи значення філософії у суспільному житті, він підкреслював, що «філософія звільнила людей від ярма рабства, перемогла фанатизм і деспотизм, які руйнують людське благочестя». Розглядаючи предметне поле філософії, вчений зазначав, що воно зумовлено необхідністю дати відповіді на питання: 1. Що може людина знати? Які є межі тих предметів, про які можна отримати знання? 2. Що вона має робити? 3. На що може сподіватися? 4. Що таке людина? На його думку, на перше питання відповідає метафізика; на друге – моральна філософія; на третє – релігія; на четверте – антропологія. В іншому контексті він вирізняв у складі філософії «антропологію», що вивчає співвідношення душі і тіла в людині за зовнішніми виявами його, та «педагогіку» як науку про виховання людини.

Власна теорія пізнання, розроблена мислителем, складалася з метафізики пізнання та логіки як теорії пізнання. Вона ґрунтувалася на матеріалістичній основі, вважаючи вірогідними свідчення почуттів людини про об'єктивно існуючі предмети і явища.

Державно-правові погляди П. Д. Лодія відображені передусім у курсі лекцій, опублікованому за рік до його смерті під назвою «Феорія общих прав...». У книзі, який складалася з двох частин: «Про основи державного права» і «Природне всезагальне право», розглядалися принципи державного права, теорія походження держави, основні закони громадського співжиття, функції державної, законодавчої, виконавчої й судової влади, форми державного правління, права і обов'язки верховної влади й громадян держави. Значний вплив на правознавця справили праці Г. Гроція, С. Пуфендорфа, а також провідних австрійських правознавців К. А. фон Мартіні та його учня Ф. фон Цейлера, які вважалися найбільшими adeptами ідеї «розумного закону», використовуючи філософію Вольфа для створення власної оригінальної системи природного права. Державно-правові інститути мислитель розглядав як явища, що випливають з розумної людської природи і не мають залежати від конкретних соціальних умов. Кантіанську ідею свободи від доповнював, як і європейські правознавці, ідеєю рівності усіх людей на основі природного права, насамперед рівністю у праві на життя, свободу та власність, які даровані богом і освячені релігією.

Погляди Лодія на походження держави поєднували елементи патріархальної теорії Аристотеля з ідеєю загального благоденства, яку він висунув задовго до Дж. Кейнса. Учений критикував теорію насильства й стверджував, що в спільнотах людей як соціальних істот після того, як великосімейні общини об'єдналися для взаємної допомоги з метою запобігання спільним небезпекам, «... утворилося між родинами умовне суспільство (*societas hypothetica*); але по прийнятті цієї умови не було ще Держави, тому що обов'язки членів не були встановлені згідно з волею Верховного правителя... Таким чином утворилася тільки Анархія, тобто суспільство рівне, що було складене з багатьох отців сімейств та інших вільних людей, для досягнення загальної безпеки без будь-якої верховної влади, яка би була при одній особі, або декількох особах». І лише згодом відбувається «об'єднання багатьох людей вільних під єдиною верховною владою для досягнення загальної безпеки та благоденства». Так виникає держава, або громадянське суспільство, – учений ототожнював ці два поняття, які базуються на єдиній меті, тобто суспільному благу, єдності сил і волі. На таких засадах ґрунтується і верховна державна влада (Величність), яка є незалежною і має право управляти суспільством та підданими.

За визначенням Лодія, держава – це нерівне суспільство (зібрання) багатьох вільних людей, які об'єдналися під однією верховною владою, для досягнення загальної безпеки і благоденства. Його члени мають назву громадяни (*cives*). Учений наголошував, що держава є нерівним суспільством, оскільки в ньому є верховна влада, яка в суспільстві має назву суспільної, а в державі – державної (*civilis*), а також є суспільством вільних людей, тобто таких, які при вступі в державу не були нікому підвладні, оскільки людина, що перебуває під владою інших, не може вступити в суспільство без образи тих, кому підвладна. При цьому підневільна людина не має можливості взяти участь у складанні договору про утворення держави, тому її кріпосне право суперечить природним правам людини, що існували ще до утворення держави⁹. Тобто, громадянами держави не визнавалися такі категорії залежного населення: поміщицькі селяни; державні селяни; військові поселенці; «робітні люди»: урочні (здольні) селяни, панщинні селяни (панщани, панщанники), оброчні селяни, посесійні селяни (фабричні, заводські).

У концепції держави Лодія відсутнє поняття «суспільне благоденство», оскільки він ототожнює поняття «суспільство» і «держава». Натомість є поняття «загальне благоденство» (*salus publica*) – стан держави, в якому вона може безперешкодно вдосконалюватися, досягати своєї мети. Також є поняття «приватне благоденство» – стан громадян, за якого кожний з них може удосконалювати свій внутрішній і зовнішній стан, або в якому вони можуть удосконалювати свої духовні й тілесні сили і отримувати все те, що необхідне для задоволення життєвих потреб. Він також розрізняв внутрішню, зовнішню, загальну безпеку і безпеку приватної особи.

Забезпечити як зовнішню, так і внутрішню безпеку держави має «Основний закон Всезагального Державного Права». Для досягнення цієї мети необхідно «наставляти громадян в чеснотах», забезпечувати можливість громадян «думати про достатки життя за своїм станом», справедливо застосовувати каральні та заохочувальні санкції, підтримувати оборонний потенціал держави. Важливим є забезпечення моральності та освіченості посадових осіб, чиновників, міністрів, радників. Верховний правитель має наглядати за тим, щоб пани не привласнювали собі надмірної влади над слугами, слуги не виходили за межі покірності своїм панам. Зокрема, прогресивною є ідея мислителя щодо нагляду Верховного правителя за батьками дітей, щоб вони не зловживали батьківською владою та правильно виховували дітей. Верховний правитель повинен наділитися владою відбирати дітей від жорстоких батьків і за батьківські кошти виховувати їх у публічних виховних закладах або в іншій чесній родині. Правителю має бути відомий стан сімейств відповідно до мети держави, оскільки родини є особливими й безпосередніми членами держави і розплідниками майбутніх громадян.

Важливу роль в державі Лодій відводив вірі і релігії, які вважав способами насадження і піднесення благородних думок та почуттів підданих; сприяння примноженню народонаселення, багатства й могутності народу; зростання взаємоповаги і взаємодопомоги, що робить підданих здатними до виконання посадових обов'язків на різному роду посадах, збільшує їх сили і змушує іноземців поважати свою Державу¹⁰.

Учений вирізняв дві форми правління: монархію і республіку. Республіки поділяв на два види залежно від різновиду «Верховної громадянської влади» – аристократичні та демократичні, явно симпатизуючи останньому із них¹¹. Утім, він, з практичних міркувань, видавав перевагу конституційній монархії.

Хоча мислитель і вказував на те, що Верховні правителі щодо верховної влади наділені владою від Бога і залежні від одного Бога... тому ніхто не може їм перешкоджати в застосуванні цієї влади, слід зауважити, що «Величність», тобто верховна влада, на його думку, не обов'язково мала бути одноособовою. Їй притаманні такі ознаки: 1) незалежність від будь-якої людської влади стосовно державних справ; 2) високість, тобто найвища влада; 3) державна влада є всеохоплюючою і єдиною; 4) неподільність «але, якщо неподільність застосовується в такому сенсі, начебто права, що містяться у понятті Верховної суспільної влади, не можуть бути розділені між багатьма особами, то в такому сенсі не можна допустити неподільності величності»; 5) рівність, тобто величність, у будь-якій країні однакова, незалежно від того, був правитель обраний народом, чи успадкував владу (Лодій зазначав, що римський кесар, якого обирав народ, мав набагато більше поваги в народі, ніж спартанський цар, який отримував владу у спадок); 6) божественне походження Величності; 7) її Святість і непорушність. Величність може втратити свою незалежність тільки за умов договору скорення. Водночас «Величності та незалежності не супротивна домовленість, якої досягнуто між двома монархами з метою захисту та протегування»¹².

Також Величність має право законотворчості та право охороняти права і свободи громадян. Разом із тим мислитель доводив протиправність пригнічення одним народом іншого, здатного побудувати власну державність, відстоював доцільність союзів братських народів за умови непригнічення ними один одного.

Лодій розрізняв чотири влади (гілки) Величності – блюстительну, законодавчу, виконавчу і судову. Блюстительна влада трактується ним як право Верховного правителя здійснювати верховний нагляд за всіма сферами життя держави та населення. Зокрема, він повинен мати такі точні відомості: про кількість громадян держави, їх заняття, фізичний, моральний і громадянський стан; про їх можливість відбудувати військову повинність та замішувати різні посади відповідно до їх звання та стану; про володіння громадян (для адекватного їх оподаткування); про рід занять, аби непрацюючих волоцюг примусити до працелюбності та корисної праці з метою недопущення недостатнього харчування та попередження крадіжок і розбою¹³.

Також Верховний правитель має право нагляду за приватними маєтностями підданих. На цій підставі він може видавати закони, які певним чином обмежують власність приватних осіб, спрямовані проти здириства, надмірних відсотків, що розоряють боржників і гальмують розвиток торгівлі, ремесел та промисловості. Він може також заборонити азартні ігри й усяке розтринькування коштів, яке буває ненависним для кожного класу громадян. Він також може: запровадити строки давності у майнових спорах з метою запобігання судовій тяганині; обмежити заповіти, щоб іноземці не могли отримати спадщину за заповітом; визначити вік дієздатності неповнолітніх з метою запобігання відчуження неповнолітніми своїх маєтностей¹⁴.

Право застосовувати примус належить виключно Верховному правителю. Він може використовувати це право. Зокрема, розпоряджатися приватною власністю і життям підданих, лише у разі крайньої необхідності для більшої частини держави або для загальної користі держави, а не для своєї власної користі. Також примус може застосовуватися, коли благоденство приватної особи суперечить публічному й загальному благоденству. В усіх інших випадках Верховні правителі не мають права зазіхати на права підданих, «з якими вони вступили до держави, оскільки кожний громадянин вступає до держави для забезпечення і захисту не тільки своєї власності, а й своїх особистих прав; тобто ці права, по силі поєднання в Державу, мають залишатися без порушення, тому що благоденство підданих є благоденством Держави, а багатство підданих є багатством держави»¹⁵.

Разом з тим Верховний правитель не зобов'язаний відшкодовувати шкоду, заподіяну підданому випадково внаслідок військових дій. Хоча певну допомогу в такому разі Держава може надати, але не з обов'язку, а з жалості¹⁶.

Головним обов'язком Верховних правителів, на думку ученого, є всіляке, і схоже з метою Держави, виконання прав Величності, як загальних, так і приватних. Верховні правителі і піддані мають взаємні права та обов'язки, але піддані, на думку Лодія, не мають права робити правомірних міркувань про діяння Верховних правителів і діяти відповідно до своїх міркувань, оскільки тоді Державні установи і діяння Верховних правителів залежали б від правомірних міркувань окремих підданих, що призвело б до припинення існування і діяльності Державної влади, безвладдя та тяжкого стану громадян¹⁷.

Для того, щоб Верховні правителі могли відповідати своїм посадам, їм необхідні глибокі знання і держави як у правовій, так і у політичній сферах¹⁸.

Законодавча влада, на думку ученого, це – право визначати закони, що стосуються всіх діянь підданих, які підпорядковуються цивільній владі. Такі закони називаються Цивільними позитивними Законами (*Leges civiles Positivae*) і є волею Верховного правителя (Государя), доведеною до відома громадян. Влада видавати закони належить Верховному правителю, оскільки він наділений правом управляти діями підданих своєю волею відповідно до мети держави. Джерелом цивільних законів, з якого Верховні правителі черпають їх, є сутність держави і обставини державного життя суспільства. Закони, що мають джерелом сутність держави, є необхідними і незмінними. Закони, які мають джерелом обставини, можуть бути випадковими і такими, що змінюються залежно від обставин. І ті й інші закони необхідні в державі¹⁹.

Цивільні позитивні закони, зазначає Лодій, які стосуються справ і обставин держави, є двоякого роду: публічні, які стосуються безпосередньо держави як моральної особи, її безпеки, благоденства і збереження цілісності, а також приватні, які безпосередньо стосуються блага громадян і мають на меті удосконалення й збереження їх благополуччя. Публічні закони мають предметом всі зв'язки держави й відповідно права та обов'язки Верховних правителів та підданих. Приватні закони регулюють права і обов'язки лише підданих²⁰. До законодавчої влади учений також відносить право тлумачити цивільні закони (*Jus interpretandi leges civiles*) та привілеї (приватні закони та особливі права)²¹.

Разом з тим мислитель наголошує, що громадянська свобода не залежить від законодавчої влади в діях, якими сприяє досягненню власної мети і приватного благоденства, якщо такі дії не суперечать меті держави. Таку свободу має кожний громадянин тому, що при вступі в державу він не відмовився від свого благополуччя, а бажав примножити його. Але від свободи слід відрізнити сваволю як неприборкане бажання того, що подобається або видається прийнятним особі, незалежно від того, чи буде це дійсно добре або погано. Свободою управляє розум відповідно до закону природного або позитивного. Сваволя ж відкидає поради розуму і приписи закону²².

Судова влада в концепції поділу влади Лодія відіграє насамперед роль гаранта реалізації особистих громадянських прав підданих і включає в себе громадянський судовий нагляд, законодавство і виконання²³. На думку правознавця, судова влада – це право розглядати і вирішувати спори між підданими. Якщо це право реалізує верховний правитель, то вона називається Верховною судовою владою (*Suprema Potestas judiciaria vel judisdictio*). Ця влада є внутрішньою владою і поділяється на цивільну та кримінальну. Зовнішньою Верховною судовою владою називається право розглядати справи, що стосуються інших народів²⁴. Учений включає до системи судових органів також третейські суди, рішення в яких приймаються за згодою сторін²⁵.

Метою Верховного судочинства правознавець вважає загальну безпеку держави та приватну безпеку кожного громадянина, оскільки громадяни об'єднуються в державу саме з метою «непереборного захисту та забезпечення своїх прав и власності»²⁶. Влада Верховного судочинства є останньою інстанцією без всякої судової апеляції і належить Верховному правителю, оскільки без цього Величність не була б незалежною. Верховне судочинство мислитель вважає істотним правом Величності, оскільки держава не може досягти своєї мети без належних засобів і забезпечити реалізацію прав громадян. Але цим правом Величності не знищена дійсність Всезагального приватного права, оскільки саме Верховне судочинство має своєю метою захист приватних прав. У державі може бути заборонена лише самовільні реалізація приватних прав, яка має здійснюватися виключно через Верховного правителя і у точній відповідності до закону. Верховний правитель має відігравати роль захисника прав в державі²⁷.

Верховне судочинство Лодій наділяє такими правами: право розгляду і вивчення спірних справ; право виносити визначення і вироки; право виконувати вироки. Громадяни, які перебувають в державах під захистом Верховних правителів, не мають право чинити самосуд, а повинні вчиняти відповідно до приписів законів за допомогою законних суддів. Верховні правителі мають право створювати суди (*Fora justitiae*) і встановлювати законний порядок нагляду за ними в судочинстві для «досягнення справедливості правильним шляхом»²⁸.

На жаль, обсяг цієї публікації не дає змоги зупинитися на характеристиці виконавчої клади, концепція якої докладно описана Лодієм.

Учений розрізняє поняття «право» і «закон», але вважає право похідним від закону. На його думку, право – це влада дозволяти вчиняти всі ті дії, які відповідають головній zasadі або правовому закону, а також забороняти дії, які суперечать йому. Тому ніякого права не може бути без закону. Закон – це загальне правило, відповідно до якого людина повинна вчиняти дії. Оскільки закон не може бути без обов'язку і повинності, то й право не може бути без обов'язку і повинності²⁹.

Поняття «правомірність» і «неправомірність» Лодій у параграфі 76 праці трактує відповідно до пріоритету позитивного права («цивільних законів») над природним правом. Зокрема, правомірною буде визнаватися така громадська організація, мета якої та засоби її досягнення будуть нешкідливими для держави. Громадська організація, яка не має офіційного дозволу на свою діяльність, визнається неправомірною.

Як зазначає учений у параграфах 74, 75 і 77 книги, не всяка громадська організація в природному стані є правомірною, оскільки щось дозволене природними законами може бути цивільними законами заборонено. Зокрема, «Закон природний дозволяє самоуправство, але Закон цивільний забороняє це», тобто, щоб товариство (громадська організація) могло бути правомірним, воно повинно бути або самим Верховним правителем засновано, або, принаймні, щоб походження його, мета і обрані засоби її досягнення, йому відомі були, щоб можливо було мати судження і бачити, відповідає воно благоденству Держави, або не відповідає. «Товариство при своєму походженні і утворенні потребує утвердження для законності своєї діяльності». Верховний правитель має право надавати дозвіл на заснування громадської організації, яка без такого дозволу оголошується недійсною і є неправомірною; засновувати громадські організації, мета яких відповідає цілям держави, незалежно від волі суспільства; наглядати за юридичною діяльністю громадської організації і оголошувати шкідливі для держави діяння недійсними; реорганізовувати громадську організацію з метою викоринення зловживань; призначати чиновників як засідателів у збори громадської організації для запобігання шкідливим порадам у процесі прийняття ними рішення; знищувати шкідливу для держави громадську організацію.

Доволі прогресивним і актуальним на той час був висновок мислителя про те, що «права не породжені, а лише визначені державою... Твердження ж про те, що держава засновує права, суперечить самій сутності права; про мету й утворення держав мислити не можна, якщо в людей як таких уже до появи держав не було прав». При цьому вчений визнавав поділ права на природне (закони, що походять із сутності держави й «одним розумом розуміються») та позитивне (закони, що випливають із «становища справ, або волі Верховного правителя»), публічне й приватне, зовнішнє і внутрішнє. Важливим моментом філософсько-правового вчення Лодія є ідея наявності в основі природного права реальних властивостей людського духу, психологічної природи людини, що є причиною обов'язковості та істинності цього права.

У концепції прав і свобод, створеній мислителем, важливе місце належить правам підданих, які мають права трьох видів: природні, невід'ємні права людини; права, які походять від суспільного об'єднання (право на працю, на захист з боку влади проти обмеження прав індивідуума тощо); позитивні права, «що встановлені у позитивних законах кожної держави», або ті, «про які треба розуміти з мети держав». На його думку, «громадяни отримують... особисті права, які їм надаються згідно з особливими якостями особи, або суспільства, в якому вона перебуває, або з тієї причини, що вони надали Державі велику користь, або перетерпіли велике зло, що в зв'язку з громадянством відбулося». У першому разі йдеться про права дворянства, духівництва, публічних чиновників, яким влада надає привілеї та переваги відносно інших, а в другому – права «виснажених на службі чиновників, бідних, знуджених, малолітніх, скалічених та інших»³⁰.

Водночас громадянська свобода трактується як розумне самовільне визначення самого себе у дії, незалежність від влади в здійсненні таких дій, які сприяють досягненню власної мети та власного свого блага, оскільки це здійснення дій не суперечить меті держави.

Мислитель розрізняв право, політику і закон. Закон, на його думку, визначає, що є правовим і що неправовим. Політика – що має бути корисним і що вбачається шкідливим державі. Політика визначає засоби і способи, які мають правовий характер. Учений називав норми позитивного права (законодавства) загальним державним правом, яке регулює безпеку держав та благоденство народів, права і обов'язки влади, основи правосуддя. Це право корисно кожному громадянину як для теоретичного пізнання та правильного судження про свої права й обов'язки, так і для всіх громадян для збереження порядку і спокою в суспільстві. М'які закони правління сприяють розвиткові різноманітних здатностей людей; почуття свободи стимулює уми до досконалого оволодіння ним, до чого людину вабить сильне прагнення її духу.

Понад 250 років пройшло від дня народження закарпатського мислителя, а його ідеї видаються цілком зрозумілими та актуальними. Така, мабуть, сила справжньої науки!

¹ *Возняк М.* До характеристики Петра Лодія / М. Возняк. – Записки Наукового товариства ім. Шевченка – Л., 1913. – Т. 113 – Кн. 1. – С. 148–155; *Денисенко М. С.* Філософські погляди П. Д. Лодія // Наукові записки Ін-ту філософії АН УРСР. – К., 1961. – Т. VII. – С. 39–61; *Зверев В. М.* Гносеологические взгляды П. Д. Лодия / В. М. Зверев // Вестник Ленинградского университета. – 1964 (Вып. 3). – № 17. – С. 97–107. – (Серия: экономика, философия, право); *Зверев В. М.* Петр Лодий в истории русской логико-философской мысли: автореф. дисс. ... канд. философ. наук / Владимир Михайлович Зверев; Ленингр. гос. ун-т им. А. А. Жданова. – Л., 1964. – 11 с.; *Байцура Т.* Закарпатоукраинская интеллигенция в России в первой пол. XIX в. / Тамара Байцура. – Пряшев : Словацке пед. вид-во, від. укр. літ., 1971. – 227 с.; *Мірчук І.* Петро Лодій та його переклад «Elementa philosophiae» Баумайстера / І. Мірчук // Філософ. і соціол. думка. – 1993. – № 4. – С. 106–125; *Юркевич Е. Н.* Герменевтика как раздел логики в «Логических наставлениях» Петра Лодия. / Е. Н. Юркевич // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Філософія. – 2004. – № 638. – С. 15–19; *Кирик Д.* Петро Лодій: життя, діяльність і вчення / Д. Кирик, А. Сініцина; М. Романюк, М. Кашуба (заг. ред.); НАН України. Львівська наук. біб-ка ім. В. Стефаніка. – Івано-Франківськ : Місто НВ, 2006. – 124 с.; *Кравчук І. В.* Філософія та її історія за Петром Лодієм / І. В. Кравчук // Філософські проблеми гуманітарних наук : альманах Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2006. – № 11. – С. 245–249; *Кравчук І. В.* Петро Лодій як представник української академічної філософії : автореф. дис. ... канд. філос. наук :

спец. 09.00.05 / Кравчук Інґа Володимирівна ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2008. – 18 с.; *Єрушевич Г.* Філософські ідеї Петра Лодія в контексті його часу / Г. Єрушевич // Вісник Прикарпатського університету. Філософські і психологічні науки / редкол.: С. М. Возняк (голова) та ін. – Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т. – 2009. – Вип. 12. – С. 28–34; *Олейников В. В.* Філософсько-правові погляди П. Д. Лодія / В. В. Олейников // Проблеми філософії права. – К. – Чернівці : Чернів. нац. ун-т, 2012. – Т. : VIII–IX. 2010–2011. – С. 236–242 та ін.

² *Касяненко Ю. Я.* Лодій Петро Дмитрович / Ю. Я. Касяненко // Юридична енциклопедія : в 6 т. – К. : Укр. енциклопедія, 2001. – Т. 3. К–М. – С. 516–517; *Притула Я.* Лодій Петро / Ярослав Притула, Михайло Криль // Енциклопедія Львова / за ред. А. Козицького. – Л.: Літопис, 2010. – Т. 3. – С. 186.

³ *Марискевич Т. Г.* «Studium Ruthenum» у Львівському університеті / Т. Г. Марискевич : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/15865/1/111-Maryskevych-238-239.pdf>

⁴ *Finkel Ludwik dr.* Historia Uniwersytetu Lwowskiego / dr. Ludwik Finkel, dr. Stanisław Starzyński. – Cz. 1. Finkel Ludwik dr. Historia Uniwersytetu Lwowskiego do r. 1869. – Lwów, 1894. – S. 88.

⁵ Докладніше див.: *Качмар В.* Перші кафедри у Львівському університеті. 1784–1805 рр. / В. Качмар // Історія та історики у Львівському університеті: традиції та сучасність (до 75-ліття створення історичного факультету) / за ред. Л. Зашкільняка та П. Серженги. – Л. : ПАІС, 2015. – С. 31–33.

⁶ *Андрусак Т.* Ангелович Андрій / Тарас Андрусак // Енциклопедія Львова / за ред. А. Козицького. – Л.: Літопис, 2007. – Т. 1. – С. 61.

⁷ *Лодій П. Д.* Феорія обших прав, содержащая в себе философское учение о естественном всеобщем государственном праве / П. Д. Лодій. – СПб. : Типогр. Департамента Внешней Торговли, 1828. – 435 с.

⁸ *Ходоровський М. Д.* Діяльність львівського реформаторського масонства та його зв'язки з українськими просвітителами (кінець XVIII – початок XIX ст.) / М. Д. Ходоровський : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://istznu.org/dc/file.php?host_id=1&path=/page/issues/5/5/Hodorovskiy.pdf

⁹ *Лодій П. Д.* Вказана праця. – С. 9.

¹⁰ Там само. – С. 227.

¹¹ Там само. – С. 299–310.

¹² Там само. – С. 55, 225.

¹³ Там само. – С. 60–62.

¹⁴ Там само. – С. 222–223.

¹⁵ Там само. – С. 216–218.

¹⁶ Там само. – С. 221.

¹⁷ Там само. – С. 295–297.

¹⁸ Там само. – С. 227.

¹⁹ Там само. – С. 68–70.

²⁰ Там само. – С. 70–72.

²¹ Там само. – С. 75, 77–78.

²² Там само. – С. 74.

²³ Там само. – С. 105–106.

²⁴ Там само. – С. 104.

²⁵ Там само. – С. 108.

²⁶ Там само. – С. 104.

²⁷ Там само. – С. 105.

²⁸ Там само. – С. 123.

²⁹ Там само. – С. 223.

³⁰ Там само. – С. 294–297.

Резюме

Усенко І. Б., Музика І. В. П. Д. Лодій: філософ, правознавець, просвітник.

Розглядаються життєвий і творчий шлях та наукова спадщина уродженця Закарпаття, видатного філософа і правознавця Петра Дмитровича Лодія (1764–1829). Стаття продовжує започатковану в журналі нову рубрику «Видатні правознавці України».

Ключові слова: Україна, імперська доба, просвітництво, філософія, правознавство, університетська освіта, греко-католики, масони, П. Д. Лодій.

Резюме

Усенко И. Б., Музыка И. В. П. Д. Лодий: философ, правовед, просветитель.

Рассматриваются жизненный и творческий путь, а также научное наследие уроженца Закарпаття, выдающегося философа и правоведа Петра Дмитриевича Лодия (1764–1829). Статья продолжает начатую в журнале новую рубрику «Выдающиеся правоведы Украины».

Ключевые слова: Украина, имперская эпоха, просветительство, философия, правоведение, университетское образование, греко-католики, масоны, П. Д. Лодий.

Summary

Usenko I., Muzyka I. P. D. Lodi: philosopher, lawyer, educator.

Discusses the life and creative path and scientific heritage of a native of Transcarpathia, prominent philosopher and lawyer Petro Dmutrovych Lodi (1764–1829). The article continues in the magazine new column «Outstanding lawyers of Ukraine».

Key words: Ukraine, the Imperial age, enlightenment, philosophy, jurisprudence, University education, Greek-Catholics, masons, P. D. Lodi.

УДК 340.1

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

СОЦІАЛЬНА ДЕРЖАВА ТА СОЦІАЛЬНА ПОЛІТИКА: ПРИЧИННО-НАСЛІДКОВИЙ КОНТИНУУМ

Є думка, що вперше поняття «соціальна держава» було запроваджено в науковий обіг в 1850 р. німецьким вченим Лоренцом фон Штайном.

Взагалі термін «соціальний» у латинській мові означає «загальний, суспільний», тобто стосується життя людей в суспільстві. Тому «соціальною» в найширшому сенсі цього слова є будь-яка держава, як продукт суспільного розвитку. Однак у даному випадку під «соціальною державою» мається на увазі держава, що володіє особливими якостями і функціями.

Існування і діяльність соціальної держави тісно пов'язані з такими суспільними явищами, як демократія, громадянське суспільство, правова держава, свобода і рівність, права людини, справедливість тощо.

Ідея соціальної державності сформувалася в кінці XIX – початку XX ст. як результат об'єктивних соціально-економічних процесів, що відбуваються в житті суспільства, коли колізують два найважливіші принципи – принцип свободи і принцип рівності. Теоретично склалися два підходи до співвідношення цих принципів. Адам Сміт, Джон Стюарт Мілль, Бенжамен Констан, Джон Локк тощо відстоювали теорію індивідуальної свободи людини, визначаючи основним обов'язком держави охороняти цю свободу від будь-якого втручання, в тому числі й від втручання самої держави. При цьому вони розуміли, що в кінцевому рахунку така свобода може призвести до нерівності, однак вважали свободу найвищою цінністю.

Інший підхід уособлює Жан-Жак Руссо, який, не заперечуючи значення індивідуальної свободи, вважав, що всі повинні бути підпорядковані принципу рівності, забезпечувати який – завдання держави.

Надалі ідея соціальної держави починає отримувати все більше визнання, втілюватися на практиці і конституціях сучасних держав. Вперше держава була визнана як соціальна в Конституції ФРН 1949 року. Так чи інакше, принцип соціальності виражений в конституціях Франції, Італії, Португалії, Туреччини, Іспанії, Греції, Нідерландів, Данії, Швеції, Японії та інших держав. Велике значення для теорії і практики соціальної держави мало вчення англійського економіста Джона Мейнарда Кейнса (1883–1946), під впливом поглядів якого сформувалася концепція держави загального благоденства, яка виходить із (зростання) соціальної функції держави.

Соціальна держава формується в умовах демократії, громадянського суспільства і має бути правовою в сучасному розумінні цього значення й характеристик. Нині правова держава повинна бути соціальною, а соціальна держава не може не бути правовою¹.

Теорія і практика правової держави, як уже зазначалося, передували ідеї і практичному втіленню держави соціальної, і їх можна розглядати як певні етапи в розвитку суспільства.

Витоки соціальної політики держави знаходяться в далекому минулому і мають непересічне значення сьогодні. Зрозуміло, про соціальну державу як особливу політико-правову реальність можна говорити лише тоді, коли соціально орієнтована політика фактично стає основним напрямом її діяльності і поширюється на широке коло об'єктів. Крім того, соціальною може бути тільки держава, що має високий рівень економічного розвитку, причому в структурі економіки має бути врахована соціальна орієнтація держави. Як вважають деякі вчені, момент реального виникнення соціальних держав слід віднести до 60-х рр. XX століття. У кожній же конкретній країні первинна стадія формування соціальної держави пов'язується зі встановленням відповідальності держави за надання кожному громадянину прожиткового мінімуму, що в подальшому трансформується в обов'язок держави забезпечити кожному громадянину гідний рівень життя, а отже – відповідальність держави перед громадянським суспільством та людиною.

Крім того, слід враховувати, що проведення державою соціально орієнтованої політики є нелегкою справою, яка передбачає необхідність враховувати суперечливі складні фактори. Соціальна держава має постійно налагоджувати баланс між свободою ринкової економіки і необхідністю впливати на розподільчі процеси з метою досягнення соціальної справедливості, нівелювання соціальної нерівності.

У контексті сучасного процесу конституційного реформування теорія соціальної держави набуває особливого значення у зв'язку з соціальною політикою, яка повинна вибудовуватися не згідно із «залишковим принципом», а відповідати європейським стандартам та загальнолюдським вимогам.

Отже, звернемо увагу саме на соціальну політику. На жаль, внаслідок усім відомих причин (корупція, недобросовісна конкуренція, зловживання службовим становищем тощо) соціальна політика до недавнього часу відтворювала, як уже наголошувалося, «залишковий принцип» і визначалася як політика для найбільш уразливих верств населення. У жодному разі не відкидаємо потребу адресної допомоги, розуміючи, що це на сьогодні пріоритетний напрям уваги держави в соціальній сфері; особливо щодо учасників АТО, членів їх сімей, вимушених переселенців, дітей, позбавлених батьківського піклування, дітей-сиріт, дітей-інвалідів, тих, хто терміново потребує складної комплексної медичної терапії тощо. Втім, хочемо наголосити, що розуміння соціальної політики повинно бути більш об'ємним, якщо можна так висловитися, більш сучасним, більш цивілізованим щодо улаштування європейського співжиття у «просторі свободи, безпеки і правосуддя»².

Отже, в центрі уваги сьогодні повинні знаходитися:

1) диференціація права, тобто відповідна пільгова політика, правомірне полегшення правового становища в рамках діючого законодавства для тих верств населення, які на це заслуговують;

2) розробка концепції, принаймні в доктрині «правомірного мотивування», стимулювання в рамках соціальної політики. Це підтримка нанотехнологій, новаторських проектів розвитку, можливостей використання потенціалу соціально активної, талановитої молоді тощо. До речі, одним із визначень політики є наступне: «політика – мистецтво можливого (О. Бісмарк)». Не зважаючи на певну «абстрактну» форму висловлювання, можемо зазначити, що, мабуть, саме таке визначення є найбільш відповідним сучасним умовам, з одного боку, а з іншого, – таким, що відповідає потребам людини в усіх сферах її життєдіяльності. Про потребу необхідних зрушень в цьому напрямі неодноразово наголошують і вчені, і практики. Нагальною є необхідність підготовки високотехнологічних спеціалістів у державі. Втім, без серйозної політики держави в цьому напрямі сьогодні розмірковувати, прогнозувати розвиток потужного науково-технічного комплексу в майбутньому неможливо. Так, серед напрямів соціальної політики ЄС визначено: Європарламент та Рада «можуть ухвалювати заходи, щоб заохотити співпрацю держав-членів шляхом ініціатив, спрямованих на поглиблення знань, розвиток обміну інформацією та найкращими практиками, сприянням інноваційним підходам та досвіду оцінювання» (ст. 153 п. 2 а)³.

Декілька прикладних ілюстрацій. Йдеться про гранти (правові стимули, правомірна мотивація відповідної поведінки). Справа в тому, що навіть у доктринальному аспекті це поняття не одержало відповідного наукового опрацювання у вітчизняній науці, деталізацію, вивчення. Отже, зрозуміло, що на практиці в такому разі важко конструювати відповідну політику щодо максимального використання потенційних можливостей цього заохочувального засобу. Принагідно хочемо нагадати, що в європейських країнах утворено навіть науково-практичний напрям – «грантологія». У науковому сенсі «грант» може використовуватися в декількох аспектах:

1) грошові кошти, які передаються на проведення наукових досліджень фізичним і юридичним особам і не потребують повернення;

2) грант як «стимулюючий захід», правомірний мотиваційний вплив.

У функціональному аспекті грант – це сукупність юридичних норм, що визначають коло осіб – грантодавців, тобто тих, хто може на певних умовах надавати кошти на безоплатній основі фізичним і юридичним особам на наукові дослідження в Україні. Навіть такий короткий нарис свідчить про деяку фрагментарність наукового освоєння цієї категорії, а отже, уповільнення максимального її використання в соціальній політиці держави.

У такий спосіб, розуміючи важливість функціональної потужності соціальної політики у двох, принаймні згаданих напрямках, хочемо констатувати, що прогностичний напрям, напрям на «майбутнє», пов'язаний з позитивним мотивуванням поведінки особи, заслуговує сьогодні на наукове вивчення задля надання відповідних рекомендацій на практиці.

Деякі дослідники (Ф. Хаєк, Н. Боббіо) вважають, що прогрес – це перехід до права, суб'єкт якого з функціонера перетворюється на громадянина, цей процес супроводжується необхідною частим використанням сучасною державою техніки стимулювання, у зв'язку з чим юридичний порядок набуває заохочувальної функції, під якою розуміється дія, яку надає право, використовуючи позитивні санкції, спрямовувати їх на стимулювання суспільно корисних вчинків.

Саме для того, щоб навести відповідні наукові узагальнення, спробуємо підійти до аналізу соціальної політики у форматі доктринального вивчення.

У цьому аспекті хочемо процитувати О. Хеффе: «Якщо людське співжиття хоче набути легітимного характеру, то воно повинно: по-перше, мати правовий характер; по-друге, право повинно набути якості справедливості, і, по-третє, справедливе право повинно захищатися громадським правопорядком, а отже, мати облік справедливої держави»⁴.

У такий спосіб спробуємо розглянути моделі соціальної політики, які існують на сьогодні або існували в минулому, враховуючи, що вчені зазначають: соціальна політика держави – це певна орієнтація в системі

засобів і способів з оптимізації соціального розвитку суспільства, відносин між соціальними та іншими групами, створення тих чи інших умов для задоволення життєвих потреб їх представників. Це визначення є досить широким, хоча в науковому вжитку можна зустріти і більш вузькі: соціальна політика – це напрям діяльності держави, що втілюється в її соціальних програмах⁵. Отже, спробуємо систематизувати різновиди моделей соціальної політики.

У сучасному світі виділено наступні чотири моделі соціальної політики:

- 1) Велика Британія, Ірландія, Канада – англосаксонська, вона передбачає відносно низький рівень перерозподілу ВВП (не більше 40 %);
- 2) друга модель – країни Південної Європи, а саме Греція, Іспанія, Італія – південно-європейська. Обсяг ВВП – від 60 до 40 %;
- 3) третя – скандинавська модель (Швеція, Данія, Норвегія, Фінляндія) найбільш близька до патерналістської моделі. Показник податкових прибутків держави в ВВП в Данії, наприклад, 52 %. Недоліками даної системи є жорстка податкова система, спрямована на зрівняння прибутків;
- 4) четверта модель використовується Німеччиною, Австрією, Бельгією, Нідерландами, Швейцарією (до 50 % перерозподілу ВВП).

Втім, слід зазначити, що запровадження моделі соціальної політики під «копірку» або «калькування» є помилкою. Зрозуміло, що ця модель повинна викристалізуватися з урахуванням загальної моделі соціально-економічного розвитку держави.

Враховуючи це, хотілося б зупинитися на принципах, яким повинна, окрім іншого, відповідати модель української соціальної політики сьогодення:

а) принцип соціальної справедливості – безумовно соціальна справедливість – є загальновизнаною цінністю сучасного демократичного правового розвитку. Отже, в умовах сьогодення принцип справедливості повинен базуватися на принципі рівності (хоча б відносна рівність у розподілі матеріальних благ та юридична, процедурна рівність). Держава, таким чином, гарантує всім громадянам забезпечення певного соціального мінімуму (мінімальна зарплата, мінімальна пенсія, адресна допомога тощо). Водночас особливо підкреслимо, що соціальна політика держави повинна спрямовуватися на створення умов для результативної праці;

б) принцип юридичної відповідальності держави перед особою і громадянським суспільством. Справа в тому, що юридична відповідальність особи перед державою здобула чітке висвітлення і в доктринальному, і в нормативному змістах. Втім, відповідальність держави перед особою – це принцип, який тільки одержує своє доктринальне опрацювання та нормативне оприлюднення. Зрозуміло, що принцип правової держави – взаємна відповідальність держави і особи, є сьогодні передумовою розвитку громадянського суспільства;

в) принцип соціальної солідарності, який полягає в тому, що сучасне суспільство покликано відповідати на виклики та імпульси як єдина система, де відбувається перерозподіл соціальної спроможності від працездатних до непрацездатних в рамках поколінь, в певних координатах часу і простору;

г) принцип гендерної рівності. Нині в Україні, як і в більшості країн світу, відбувається переоцінка цінностей і здійснюється орієнтація політичного курсу держав на встановлення єдиних загальнолюдських принципів і стандартів, на їх природні засади, що є значущими для усього світового співтовариства. Коли йдеться про рівність статей як ідеал суспільно-політичного розвитку, під цим поняттям можуть розумітися: а) формальна рівність (рівність юридична, закріплена законодавчо); б) рівність можливостей (надання певної законодавчо закріпленої переваги визначеній соціально-демографічній групі для створення однакових з іншими групами умов на «старті»); в) рівність результатів (цілеспрямоване забезпечення ліквідації для конкуруючих сторін перешкод, які можуть бути зумовлені попередньою дискримінацією).

Виконання взятих Україною зобов'язань щодо утвердження гендерної рівності потребує осмислення національних можливостей їх реалізації з урахуванням історично набутої практики суспільного життя чоловіка та жінки, національних традицій їх взаємовідносин, досягнень і рівня соціальної культури та сучасної соціальної політики;

д) принцип соціальних гарантій – передбачає надання громадянам гарантованого державою мінімуму з надання соціальних послуг щодо навчання, виховання, духовного та фізичного розвитку, професійної підготовки, працевлаштування; обсяг, види і якість яких повинні забезпечити розвиток гармонійної особистості, відповідний баланс реалізації цілей і можливостей соціальної політики;

ж) забезпечення соціальної безпеки – можливість людини задовольняти свої потреби, поєднувати індивідуальні й громадські інтереси. Цього можна досягти за умови забезпечення нормального рівня життя населення, що відображає ступінь задоволення матеріальних і духовних потреб людини, серед яких забезпечення житлом, відповідний рівень освіти, медичного обслуговування, екологічної безпеки тощо.

Запропоновані принципи не являють собою замкнену систему, можуть і повинні доповнюватися на різних етапах право-державотворення. Так, ці принципи повинні відповідати задачам, які можна виокремити як найбільш важливі в сфері соціальної політики на сьогодні:

- 1) захист непрацездатного населення в умовах кризових проявів;
- 2) допомога найбільш вразливим прошаркам населення, серед яких: учасники АТО, члени їх сімей, діти, позбавлені батьківського піклування, діти-сиріти, вимушені переселенці тощо;
- 3) сприяння формуванню соціально активної особистості.

Одним із векторів сучасного наукового дослідження, безумовно, повинно стати вивчення феномена соціальної активності членів громадянського суспільства під час трансформаційних демократичних зру-

шень, зокрема: оцінка співвідносності правової активності та юридично значущої поведінки, розгляд формування правового світогляду особистості, наділеної соціальною свободою тощо. Не таємниця, що під час переломних процесів у право-державотворенні значно зростає соціальна активність. Такі «сплески» цікаві з багатьох поглядів та різних кутів вивчення. Передусім це пов'язано з формуванням і розвитком громадянського суспільства, його функціональною спроможністю у взаємовідносинах із владою. Безумовно, соціальна активність є передумовою, засадою поведінки, яку можна й слід визначати юридично значущою. Зрозуміло, що будь-яка соціальна активність громадян спрямована саме на результат, на виникнення відповідних правовідносин та їх регулювання. Отже, соціальну активність можна розглядати як передумову юридично значущої поведінки, а останню – як результат відповідної правової активності.

Отже, на наш погляд, сутнісним призначенням соціальної політики є піклування щодо найбільш уразливих верств населення. Соціальна політика вже сьогодні повинна орієнтуватися і щодо інтересів молоді, і щодо інтересів дитини, інтересів людей похилого віку тощо. Тільки за цих умов можна наблизитися до європейського розуміння загальнолюдських цінностей. Проте соціальна політика – це водночас політика, спрямована на формування соціально активної особистості, активного носія ідеалів громадянського суспільства, активної творчої особистості з відповідним культурним потенціалом, здатної самостійно і творчо мислити, приймати рішення, нести відповідальність за наслідки своєї діяльності.

¹ Онiщенко Н. М. Соціальний вимір правової системи: реалії та перспективи : моногр. / Н. М. Онiщенко, Н. М. Пархоменко ; відп. ред. Ю. С. Шемшученко. – К. : Вид-во «юридична думка», 2011. – 176 с.

² Договір про утворення Європейського Союзу (розділ V) (в редакції Лісабонського договору) ; пер. Геннадія Друзенка та Світлани Друзенко / за заг. ред. Геннадія Друзенка. – К. : К.І.С., 2010. – С. 104. – 536 с. – С. 104.

³ Договір про функціонування Європейського Союзу. 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. 154.

⁴ Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства / О. Хеффе. – М., 1994. – С. 11–12.

⁵ Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і доповн.) / уклад. і головн. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпін'я : ВТФ «Перун», 2005. – С. 1035.

Резюме

Онiщенко Н. М. Соціальна держава та соціальна політика: причинно-наслідковий континуум.

Стаття присвячена науковому аналізу явища «соціальна політика», її сутнісному наповненню в умовах формування та розвитку громадянського суспільства і соціальної держави.

Окремий вектор розгляду присвячено моделям соціальної політики, їх становленню й відображенню в конкретних правових та державних системах. Певна увага приділена групі принципів, що на розсуд автора рельєфно відображають новели сучасної соціальної політики, а також завданням соціальної політики сьогодення в Україні.

Ключові слова: соціальна держава, політика, соціальна політика, моделі соціальної політики, принципи соціальної політики, громадянське суспільство, грантологія.

Резюме

Онiщенко Н. Н. Социальное государство и социальная политика: причинно-следственный континуум.

Статья посвящена научному анализу явления «социальная политика», ее сущностному наполнению в условиях формирования и развития гражданского общества и социального государства.

Отдельный вектор рассмотрения посвящен моделям социальной политики, их становлению и отражению в конкретных правовых и государственных системах. Определенное внимание уделено группе принципов, которые на усмотрение автора рельефно отражают новеллы современной социальной политики, а также задачам социальной политики настоящего в Украине.

Ключевые слова: социальное государство, политика, социальная политика, модели социальной политики, принципы социальной политики, гражданское общество, грантология.

Summary

Onishchenko N. The welfare state and social policy: a causal continuum.

The article is devoted to scientific analysis of the phenomenon «social policy» and social state. It essentially filling in the formation and development of civil society. A separate dedicated vector consider models of social policy, its formation and display of specific legal and governmental systems. Some attention was paid to the group principles at the discretion of the author's novels reflect strikingly modern social policy and social policy objectives today in Ukraine.

Key words: welfare state, politics, social policy, social policy models, social policy, civil society, gerontology.

М. М. БЕДРІЙ

Мар'ян Миронович Бедрій, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ У ПЕРВІСНОМУ (ДОДЕРЖАВНОМУ) СУСПІЛЬСТВІ: ОКРЕМІ АКЦЕНТИ

У сучасних умовах спостерігається тенденція щодо розширення предмета юридичної науки, чому сприяють нові дослідницькі напрями у правознавстві. Водночас проблему становлення права навряд чи можна назвати новою, адже вона протягом тривалого часу перебуває в центрі уваги правознавців. Не останню роль у цих пошуках відіграє питання про можливість і особливості правоутворення в первісному (додержавному) суспільстві. Хоча з цього приводу висуваються різні гіпотези, немає сумніву, що право в таких суспільствах могло існувати лише в одній формі – формі правового звичаю (у науковій літературі його також називають «протоправовим звичаєм»¹).

Позитивісти відмовляють протоправу, тобто праву первісного (додержавного) суспільства, у визнанні його юридичним явищем, називаючи «примітивним правом» або ж «квазіправом», але ця позиція поступово втрачає підтримку як у світовій, так і в українській науці. З. Черніловський свого часу назвав додержавне звичаєве право «доправовою культурою», тобто перехідним явищем між родо-племінним синкретизмом (нерозмежованістю регуляторів суспільних відносин – права, релігії, моралі тощо) соціальних норм і позитивним правом перших держав². У первісному (додержавному) суспільстві формувалося звичаєве право, яке регулювало широко сферу суспільних відносин, визнавалося соціумом і забезпечувалося його примусом, а відтак було реально діючим об'єктивним правом. На думку російського вченого В. Червонюка, протоправу властиві такі ознаки: виражається в рішеннях політичного авторитету; регулює відносини між двома сторонами спору; характеризується регулярністю застосування; забезпечується санкціями³.

Дослідники відзначають декілька вимірів архаїчного права (цей термін часто вживається у юридичній антропології як синонім додержавного права): оригінальна система архаїчних правових норм; особлива архаїчна правосвідомість; архаїчний процес судочинства, який мав яскраво виражені особливості; спосіб існування людських спільнот в умовах замкнутості та територіальної відокремленості при нерозвинутих формах землеробства і скотарства⁴. Також варто звернути увагу на особливості архаїчного права, сформульовані українським правознавцем В. Завальнюком: архаїчне право являє собою продукт інтуїтивного пристосування до життєвих реалій; існує в усній формі та транслюється з покоління в покоління шляхом особистого прикладу, обрядів, ритуалів тощо; особлива (іраціональна) правосвідомість, пов'язана з отожденням суспільно-правових явищ з богами, духами, душами предків тощо; ритуально-процесуальні форми судочинства, виражені в містичній сутності доказів – присяги, ордалії, поєдинок та ін.; примирна спрямованість права, що спостерігається в медіаційних заходах, спільних трапезах і спільних богослужіннях сторін конфлікту; наявність особливого виду покарання – вигнання з родової спільноти (згодом – територіальної громади)⁵.

У додержавну епоху єдиним джерелом права кожного народу був правовий звичай. При чому, йдеться не про правовий звичай у його спеціально-юридичному розумінні, а в загальносоціальному. Інакше кажучи, це загальновизнане правило поведінки, яке виникає, розвивається і набирає чинності в суспільному житті внаслідок загального переконання в його необхідності та справедливості⁶. Отже, в додержавну епоху саме суспільство визначало актуальність, необхідність, а відтак і юридичну обов'язковість того чи іншого правового звичаю. Причому сфера його чинності визначалася загальністю цього визнання (визнання родом – чинність в межах роду, визнання племенем – чинність у межах племені тощо).

Разом з тим не варто абсолютизувати стихійність процесу формування звичаєвого права у додержавному суспільстві, адже вагому роль в утворенні тогочасних правових звичаїв відігравала й воля керівних органів родів і племен – старійшин, народних зборів, родових судів та ін. Відтак можна погодитися з Д. Валеевим, який стверджував, що значну частину правових звичаїв первісного суспільства було створено свідомо, а не стихійно. Попри наявність і суб'єктивного фактору становлення додержавного права, основні причини все ж такі були об'єктивними⁷.

Більшість дослідників вважають, що право виникло раніше від держави, тобто право не є лише тим, яке утворила держава. Саме суспільство, народ здатні творити право, тому суспільні відносини первісного (додержавного) суспільства регулювалися поступово утвореною та помірно узгодженою системою звичаєво-правових норм. Можна погодитися із С. Дністрянським, згідно з яким право породжують потреби. Задоволення потреб людини вимагало участі кожного індивіда у відносинах з іншими індивідами, а тому виникали зв'язки між ними, формувалися спільнота та суспільство. Тому кожен індивід став залежним один від одного. Ця залежність виражалася у соціальних нормах⁸.

Правові звичаї виникли не одразу з появою людства. На ранніх етапах розвитку первісного суспільства не було звичаїв, які б регулювали відносини між людьми. У цей період людина ще не відділяла себе від природи, а природним явищам доволі часто надавали людських рис (антропоморфізм)⁹. За таких умов людина не могла покладатися на досвід попередніх поколінь, який ще не було вироблено, тому повинна була діяти в конкретній ситуації творчо (можливо, ця творчість згодом дала життя українському правовому принципу «здорового глузду»). Відтак перші звичаї мали прикладний (казуїстичний) характер, відтворюючи інколи до деталей певну модель поведінки, про що писав А. Кристер, порівнюючи додержавне право з народною піснею невідомого автора¹⁰.

М. Владимірський-Буданов, вважаючи, що першоджерелом права була фізична та моральна природа людини, доводив, що перші правові норми формувалися із почуттів – бажання помсти, влади, володіння майном, захисту дітей та ін. Відтак усталені правила поведінки формувалися не внаслідок свідомого повторення однією людиною дій іншої людини, а через наявність у них однакового почуття. Згодом фактичний стан відносин (те, що було) під впливом свідомості людей трансформувався в юридичні вимоги (те, що повинно бути). Відтак звичай закріплював вже існуючі моделі поведінки, а не встановлював нові¹¹. Безперечно, роль психологічного фактору в процесі формування протоправа варто враховувати.

Первісне суспільство пройшло декілька стадій розвитку: формування колективної свідомості; диференціація поколінь; виникнення парної сім'ї. Внаслідок ускладнення структури додержавного суспільства з'явилася потреба розподілу прав і обов'язків між учасниками суспільних відносин, для чого їм потрібні були правові звичаї¹². Перші соціальні норми появились у формі заборон (табу) і дозволів. У формі табу люди намагались обмежити, зафіксувати і нейтралізувати джерела зла і водночас захистити себе. До найважливіших табу належали: заборона інцесту (кровозмішення); заборона убивати родича; заборона залишати без допомоги (убивати) слабких і непрацездатних – осіб похилого віку, дітей, інвалідів¹³. Водночас не кожна забороняюча норма вважалася табу, оскільки це була особлива заборона, яка включала в себе три наступні компоненти. По-перше, це загальне глибоке переконання родової спільноти, що порушення табу принесе шкоду не лише самому порушнику, а й усій спільноті. При чому можливі наслідки порушення табу, як правило, чітко не визначалися. По-друге, це почуття великого ірраціонального страху перед порушенням табу. По-третє, настання не лише містичної, а й юридичної відповідальності за порушення табу¹⁴.

Дослідження архаїчних культур вказують на те, що в первісних суспільствах люди вважали, що прикрі випадки в їхньому житті відбувалися внаслідок втручання певних містичних сил. Таке втручання виникало не через порушення певної норми, встановленої самим суспільством, а саме за порушення табу. Наприклад, табу встановлювалося не щодо самого вбивства, а на осквернення землі кров'ю вбитої людини. До слова, у Старому Заповіті Бог звертається до Каїна після вбивства Авеля: «Голос крові твого брата кличе до Мене з землі. А тепер ти проклятий від землі, що розкрила уста свої, щоб отримати кров твого брата з твоєї руки»¹⁵. Хоча табу мали на меті вберегти родову спільноту від конфлікту з містичним світом, вони створювали важливий соціальний результат, забезпечуючи тим самим правопорядок у самому суспільстві. Зокрема, серед антив діяло табу на статеві відносини у лісі, бо це могло розгнівати лісових духів¹⁶. Водночас це був важливий превентивний захід щодо можливих згвалтувань.

З метою забезпечення неухильного додержання звичаєво-правових заборон використовувалися різні засоби: каральні заходи, релігійна ідеологізація, заходи заохочення, практика тимчасового скасування заборон. Оскільки писемність була відсутня, а соціальний досвід генетично не передається, зберегти його можна було тільки у формі звичаїв і традицій, які вважалися святими (часто прирівнювалися до волі богів), тому їх порушення було злочином. Відтак вони набували правового характеру та юридичного значення. Точно датувати походження звичаєвого права неможливо, оскільки в первісному суспільстві існував синкретизм. Право було невіддільним від релігії, моралі та звичаїв і містилося в них. Звісно, звичаєве право додержавного періоду не є позитивним правом у класичному розумінні цього слова, але саме завдяки йому був забезпечений перехід суспільства до держави і позитивного права¹⁷.

Разом із тим сформоване у первісному суспільстві звичаєве право несло в собі заперечення синкретизму, будучи початковою стадією диференціації суспільної свідомості. Синкретичний характер відображення дійсності у звичаєвому праві зумовив загальність, тобто всеохоплюючий характер його впливу на суспільство. Звичаєве право додержавного суспільства являло собою кристалізацію суспільної свідомості в період родо-племінного ладу та було узагальненням суспільних вимог щодо поведінки індивіда. Отож, додержавне право виражало синкретизм соціальних норм і водночас його заперечувало¹⁸. На цьому діалектичному співвідношенні наголошував свого часу М. Косвен, заявляючи, що звичаєве право, з одного боку, намагалося зберегти давні родові норми, а з іншого, – виражало початки нових явищ, які приводили до розпаду родових спільнот – приватної власності, суспільного поділу та публічної влади¹⁹.

Родові спільноти і їхні об'єднання, з яких склалися племена у додержавний період, мали стійкі внутрішні зв'язки, проте слабо взаємодіяли одна одною. Відтак значна частина додержавних правових звичаїв діяла тільки в межах конкретної родової спільноти. Правові звичаї, які регулювали відносини між родами, формувалися повільно та зі значними труднощами. Конкретний індивід реалізовував свою правосуб'єктність у відповідній родовій спільноті, а поза нею його права могли не визнавати²⁰. Водночас правила поведінки членів роду формувалися в тому числі як реакція на зовнішні фактори: сусідство з іншими родами, географічні та кліматичні умови тощо. Казахстанський професор Е. Абайдельдинов висловив переконання, що тільки злиття родів у племена, а згодом – у міжплемінні об'єднання, забезпечило створення умов для фор-

мування так званого протонаціонального права, яке за своїм змістом було міжродовим²¹. Відтак зміна суспільних умов і потреб спричиняла трансформацію протоправа, яке поступово виходило із родових рамок, регулюючи міжродові та міжплемінні відносини. У такий спосіб будувалася нормативний фундамент для перших держав.

Право виникає із соціальних норм, наповнених етичним змістом. Однак не кожна соціальна норма була правовою, а тільки та, що регулювала найбільш важливі відносини²². Основою виникнення протоправа була мораль додержавного суспільства, адже норма права повинна була цій моралі відповідати, і навпаки – виконання моральних вимог могло бути забезпечене правовими засобами (у т. ч. родовим судом). Серед загального масиву звичаїв, утворених первісним суспільством, особливого значення набували ті, що мали юридичний характер, тобто формувалися сфери правового регулювання: обрання та зміщення вождя, старійшин роду чи племені; проблеми війни та миру; кровна помста, міжродова ворожнеча та примирення; заборона інцесту й шлюбні контакти з іншими родами; майнові відносини всередині роду та племені тощо²³.

Як відомо, юридична норма повинна забезпечуватися примусом внутрішнім (самою особою, її світоглядом) і зовнішнім (суспільним, владним). Якщо внутрішньопсихологічний імператив додержання норми є необхідним звичаєвому праву, адже для його чинності йому необхідно визнання, то зовнішній – під питанням. Однак зовнішній примус однаково присутній у праві, бо його виконує суспільство чи держава, а за її відсутності – рід, вождь, старійшина. В умовах додержавного суспільства східних слов'ян ці органи та посадові особи контролювали дотримання правових звичаїв, а також виносили владні рішення, які, повторюючись при наступному вирішенні аналогічних справ, також набували зобов'язуючого (звичаєво-правового) значення. Як наслідок, звичаєве право формувалося з двох основних джерел: моральних норм і владних рішень органів родо-племінного ладу²⁴.

А. Кристер вважав основою юридичної обов'язковості правових норм їхню внутрішню самозаконність. Її він пропонував шукати у додержавному праві, коли обов'язковість правопорядку ґрунтувалася на інстинктивному та несподіваному підпорядкуванні певним правилам або свідомості соціального зв'язку, а той у свою чергу базувалася на спільності походження, спільній долі та спільному місці перебування. Право в таких умовах ставало очевидністю, добре відомою кожному учаснику родової спільноти. Відтак формування додержавного права відбувалося у процесі його здійснення²⁵.

Традиційно основними одиницями в структурі об'єктивного права вважають юридичні норми, тому й система додержавного права складалася саме з них. Їх інколи називають мононормами (термін запропонував російський етнограф А. Першиць²⁶), тобто правилами суспільної поведінки первісного суспільства, які поєднували в собі характерні риси юридичних, моральних і релігійних норм, що було цілком логічним в умовах згаданого раніше синкретизму. У мононормі не було визначальної ролі моралі, права чи релігії, оскільки ці правила поведінки мали синтетичний характер. Так, поняття справедливого поєднувало в собі справедливість і юридичну, і моральну, і релігійну водночас²⁷. До ознак звичаєво-правових норм додержавного суспільства відносять: те, що вони виникають спонтанно у свідомості людей, а згодом передаються з покоління в покоління вербальним шляхом; основним способом правового регулювання виступає заборона (табу); недиференційованість прав і обов'язків суб'єкта відносин (так, помста за вбивство родича була водночас і правом, і обов'язком); їх виконання забезпечувалося усім суспільством, а не спеціальним апаратом примусу²⁸.

А. Яковлів висловив гіпотезу щодо первинності процесуально-правових норм. Інакше кажучи, звичаї первісного суспільства мали можливість цілковитого переходу з побутової у правову сферу шляхом їхнього використання в додержавних судах. Водночас діяльність цих судів базувалася на певних узгоджених суспільством правилах, тобто процесуально-правових нормах²⁹. Таким чином, матеріальні норми додержавного права формувалися передусім у судовій практиці родових спільнот, яка в свою чергу відбувалася на підставі процесуальних норм цього протоправа. Г. Шершеневич з даного приводу зазначав наступне: «сам процес диференціації норм права зумовлюється народженням у суспільному середовищі нового явища – суду від імені влади»³⁰.

Таким чином, правові звичаї як первинне джерело (форма) права в історії світу утворилися вже у первісному (додержавному) суспільстві під впливом численних факторів, розвивалися у правозастосовній практиці родів і племен, а також виражали зв'язки між ними. В умовах додержавного синкретизму правові норми становили єдність із моральними та релігійними нормами, фіксуючись у народній пам'яті за допомогою фольклору (приказок, пісень, казок, міфів тощо). Юридизація таких норм відбувалася насамперед через судові механізми – суди родових спільнот. Поступово формувалися окремі звичаєво-правові інститути, які створювали передумови для переходу до державної організації суспільства.

¹ Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / за ред. І. Б. Усенка. – К. : Наукова думка, 2006. – С. 4.

² Черниловский З. М. Всеобщая история государства и права / З. М. Черниловский. – М. : Высшая школа, 1983. – С. 38.

³ Элементарные начала общей теории права / под общ. ред. В. И. Червонюка. – М. : КолосС, 2003. – С. 39.

⁴ Проблемы теории государства и права / под ред. М. Н. Марченко. – М. : Проспект, 1999. – С. 308.

⁵ Завальнюк В. В. Архаїчне право як категорія юридичної антропології / В. В. Завальнюк // Актуальні проблеми держави і права. – Одеса, 2011. – Вип. 61. – С. 294–295.

⁶ Чубатий М. Українське право / М. Чубатий. – Л., 1921. – С. 71.

⁷ Валеев Д. Ж. Обычное право и начальные этапы его генезиса / Д. Ж. Валеев // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 1974. – № 6. – С. 74.

- ⁸ Дністрянський С. Звичаєве право та соціальні зв'язки / Станіслав Дністрянський // Часопис правничі і економічна. – Л., 1902. – Т. IV. – С. 21.
- ⁹ Валеев Д. Ж. Вказана праця. – С. 74.
- ¹⁰ Кристер А. Три ступені правоутворення / Арнольд Кристер // Праці комісії для виучування звичаєвого права України. – К. : ВУАН, 1925. – С. 56.
- ¹¹ Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права / М. Ф. Владимирский-Буданов. – М. : Территория будущего, 2005. – С. 112.
- ¹² Валеев Д. Ж. Вказана праця. – С. 75–76.
- ¹³ Лекції з історії держави і права України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.tigr.jurlugansk.org [30.08.2008].
- ¹⁴ Семенов Ю. И. Обычное право в докласовом обществе: возникновение, сущность и эволюция / Ю. И. Семенов // Обычное право народов Сибири (буряты, якуты, эвенки, алтайцы, шорцы). – М. : Старый сад, 1997. – С. 18–19.
- ¹⁵ Біблія або книги Святого Письма Старого і Нового Заповіту / Ювілейне видання з нагоди тисячоліття Християнства в Україні. – К. : Нове життя Україна, 1992. – С. 4.
- ¹⁶ Ивановська О. П. Звичаєве право в Україні. Етнотворчий аспект / О. П. Ивановська, П. О. Ивановський. – К. : ВПЦ «Київський університет», 2014. – С. 9–10.
- ¹⁷ Лекції з історії держави і права України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.tigr.jurlugansk.org [30.08.2008].
- ¹⁸ Валеев Д. Ж. Вказана праця. – С. 76–77.
- ¹⁹ Косвен М. О. Очерки истории первобытной культуры / М. О. Косвен. – М.: Изд. АН СССР, 1957. – С. 217.
- ²⁰ Ивановська О. П. Вказана праця. – С. 8.
- ²¹ Абайдельдинов Е. М. К вопросу о типологии национального обычного права и международного обычая / Е. М. Абайдельдинов // Совершенствование законодательства в свете Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 по 2020 года : матер. Междунар. науч.-практ. конф. (19 ноября 2010 г.). – Астана, 2010. – С. 321.
- ²² Дністрянський С. Вказана праця. – С. 23–24.
- ²³ Валеев Д. Ж. Вказана праця. – С. 74.
- ²⁴ Там само. – С. 76.
- ²⁵ Кристер А. Вказана праця. – С. 56–57.
- ²⁶ Першиц А. И. Проблемы нормативной этнографии / А. И. Першиц // Исследования по общей этнографии. – М. : Изд-во Института этнологии и антропологии РАН, 1979. – С. 125–132.
- ²⁷ Васянович О. А. Правовий звичай у правових системах сучасності / О. А. Васянович. – К. : КНЕУ, 2014. – С. 7–8.
- ²⁸ Завальнюк В. В. Вказана праця. – С. 293.
- ²⁹ Яковлів А. До питання про генезу копних судів на Україні / А. Яковлів // Життя і право. – Л., 1928. – Число II. – С. 7–8.
- ³⁰ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Изд-во бр. Башмаковых, 1911. – Т. 1: Философия права. – С. 163.

Резюме

Бедрий М. М. Правовий звичай у первісному (додержавному) суспільстві: окремі акценти.

Стаття присвячена окремим аспектам становлення звичаєвого права у первісному (додержавному) суспільстві. Проаналізовано причини формування й особливості правового звичаю як форми права у додержавний період. З'ясовано змістове наповнення та забезпечення чинності додержавних норм звичаєвого права.

Ключові слова: правовий звичай, первісне (додержавне) суспільство, родо-племінний лад, табу, синкретизм.

Резюме

Бедрий М. М. Правовой обычай в первоначальном (догосударственном) обществе: отдельные акценты.

Статья посвящена отдельным аспектам становления обычного права в первоначальном (догосударственном) обществе. Проанализированы причины формирования и особенности правового обычая как формы права в догосударственный период. Выяснено содержательное наполнение и обеспечение силы догосударственных норм обычного права.

Ключевые слова: правовой обычай, первоначальное (догосударственное) общество, родо-племенной строй, табу, синкретизм.

Summary

Bedriy M. Legal custom in the primitive (pre-state) society: several accents.

This article is devoted to particular aspects of the customary law standing in the primitive (pre-state) society. The reasons of the formation and characteristics of legal custom as a form of law in the pre-state period are analyzed. The content and providing force of pre-state customary law norms are founded.

Key words: legal custom, primitive (pre-state) society, tribal structure, taboo, syncretism.

К. А. ГУБАР

Катерина Анатоліївна Губар, кандидат юридичних наук, молодший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

МАЛОВІДОМІ СТОРІНКИ ДЕРЖАВНО-ПРАВОВИХ ПОГЛЯДІВ ВИКЛАДАЧІВ КИЇВСЬКОЇ ДУХОВНОЇ АКАДЕМІЇ 1-Ї ПОЛ. ХХ СТ.

Наше сьогодення характеризується стрімким зростанням інтересу до історії юридичної науки, до вивчення процесів та причин зародження і розвитку юридичного знання. А від так, усе більш важливим є надбання професорів духовних закладів в царині права, котрі певний час замовчувалися радянською владою.

Відповідно, дійсно потрібною є популяризація ідей та поглядів у державно-правовій царині професорів Київської духовної академії (далі – КДА), адже відповідна творча спадщина є актуальною і для сучасності. Найвні юридичні праці професорів і викладачів академії більшою мірою були опубліковані в Трудах КДА, які цілком доступні сучасним дослідникам. Зокрема, у нашій статті присвятимо нашу увагу доробку Ю. Д. Подгурського, М. Л. Зайцева, Н. А. Фаворова, С. О. Булатова, О. Г. Лотоцького, в яких професори приділяють увагу питанням держави і права, відповідно розвиваючи ідею природно-правового напрямку у вітчизняній юридичній думці.

Звернемося до поняття «закон» у праці екстраординарного професора КДА **Миколи Лазаревича Зайцева** (1836–1872) «Реалізм у сфері наук про дух і особливо – про моральність». Автор головне завдання свого наукового дослідження пояснював так: «Божественна необхідність, як божественне світоправління, навіть із додаванням чудес і одкровення, не знищує зв'язку і свободи волі, але тільки підпорядковує волю вищому світовому плану»¹. Він зосереджувався на важливості визначення поняття «закон» та встановленні відмінностей між природними, моральними, емпіричними та абсолютними законами. Визначаючи природний та моральний закон, автор звертається до розмежування понять «закону та необхідності». Відтак, за М. Л. Зайцевим, закон природи – це завжди рівна собі, постійна форма причинного зв'язку, обумовленого матеріально і в цій сфері необхідного, а моральний закон – це те, що залишається завжди рівне собі, нормуюче (normative) вираження мотивованого руху волі. «В обох випадках існує причинний зв'язок, що сходиться до більш високої основи (до Законодавця), але визначається в різних відносинах і різним способом, – там у формі механічної необхідності (натурдетермінізм), тут у формі духовної необхідності (внутрішній детермінізм). Тобто такої необхідності, котра у певному випадку стає моральним примусом проти можливої реакції, можливості «вчинити інакше» (формальної свободи волі)»². Згодом професор справедливо зауважував, що реалістична наука має починатись із конкретного та одиничного, а через спостереження фактів шукати пізнання елементів індивідуального життя. Відтак і наукове дослідження має результат тоді, коли воно із різноманітності одиничних фактів, які спочатку є уривчастими, отримує загальний пануючий закон. Так само і в моральній сфері виводяться загальнолюдські закони, тобто закони руху волі, які мають значення для всіх людей³.

Також, згадаємо працю екстраординарного професора КДА по кафедрі загальної нової громадської історії **Подгурського Юрія Давидовича** (близько 1834–1872 р.) «Руська церква на служінні державі в період смутного часу»⁴. Автор зазначає, що на долю держав часто випадають важкі випробування, які ведуть до їх руйнування і зникнення. Проте не завжди складні для країни часи закінчуються для неї ж негативно, є приклади в історії, коли після пережитих негараздів держава підіймається на якісно новий етап розвитку. «Такі приклади неочікуваного повстання, ймовірно держави, яка вже падає, подібні до переломних моментів у хворобі організму; в них народ переживає свої важкі часи, які дістаються на долю кожного. І щаслива та держава, щасливий той народ, в якому збереглись ще які-небудь сили, які допомагали б йому витримати боротьбу, стимулювали б переломний момент і не дали хворобі суспільного організму дійти до ступеня руйнівної, остаточної немочі»⁵.

Професор, описуючи конкретний історичний період «смутного часу», підкреслює необхідне і важливе місце церкви під час політичних і суспільних перетворень в державі: «...при благоустрої держави, церква руська жила особистим своїм життям і займалась поліпшенням громадян, не торкаючись їхніх політичних інтересів. Коли ж благоустрої вітчизни був порушений і йому загрожувала небезпека, церква вийшла на терени зовнішньої політичної діяльності і знайшла в собі величезну моральну силу, котра й виявила рятівний вплив на суспільний організм і стала страшною для ворогів Росії. У стані тодішньої Русі одна тільки церква могла врятувати державу від загибелі; тому що тільки вона могла зібрати в одне ціле й одушевити однією загальною думкою розрізнене суспільство, яке відмовилось від визнання будь-якого авторитету»⁶. На думку Ю. Д. Подгурського, церква завжди закликала народні маси служити законній владі і підкорятися царю. Та навіть за відсутності царя і законної влади вона не могла полишити свого народу та обов'язку допомагати батьківщині⁷.

Праця має історичний характер, та в ній приділяється увага розумінню місії церкви в суспільстві і державі, яка полягає в служінні батьківщині і своєму народові в будь-яких обставинах. Тож саме на церкву покладаються величезні обов'язки в разі складних державницьких перетворень. Тому церква відіграє неабияку роль у політичному та правовому житті країни, особливо в критичні для держави й народу часи.

Нашу увагу привернула й праця викладача Св. Письма, патрології, церковного красномовства, магістра КДА, протоієрея **Назарія Антоновича Фаворова** (1820–1897) «Про християнську моральність»⁸. Професор виокремлює три форми суспільного життя: сімейну, громадянську та церковну. Щодо громадянського суспільства, він стверджує, що закони суспільного благополуччя не є чимось зовсім іншим, аніж моральні закони, адже в основі перших повинні бути останні. Тому людина не може розділяти свої погляди таким чином, щоб по-одному дивитись на ті самі речі як людина, і по-іншому – як громадянин.

За Н. А. Фаворовим, головними і загальними умовами не лише благополуччя, а й існування громадянських суспільств є відданість громадян своїй владі та любов до батьківщини. Професор указує, що християнська заповідь про повагу до громадянської влади й покірність їй містить у собі загальне правило. Винятком з нього може бути лише непокоря таким вимогам, які суперечать закону істинного благочестя. Адже йдеться про підкорення в межах громадянських відносин, у сфері мирських справ, а не про безумовне підкорення будь-якій людській волі. Покірність людській волі можлива лише доти, доки людська влада не вимагає такого, що заборонене Всевишньої владою, або загальним для всіх Владикою та Господом⁹.

Звертаючись до другої умови існування громадянського суспільства – любові до батьківщини, автор зазначає, що якщо християнство визначає законними створені на основі Божої волі союзи людей, то воно й визнає природне почуття прихильності людини до свого рідного народу. Отже, професор робить висновок, що за єдиного походження народи мають кожен своє тимчасове завдання і чим краще виконує його, тим більше сприяє загальному благу людського роду. Таким чином, патріотизм, відповідно до поглядів професора, служить вираженням істинної любові до ближнього як однієї з головних християнських чеснот. Тільки проти ворогів своєї батьківщини, які зазіхають на її честь чи добробут, християнин готовий діяти усіма законними засобами захисту. Хоча б захищаючи свою державу, він мав би завдавати шкоду іншій, але звертаємо увагу, що в таких випадках діями християнина керує не ненависть і злоба, а бажання зупинити злу волю інших і відмежувати законну свободу від беззаконного насилля.

Щодо війни, то професор звертає увагу на необхідність самозахисту для народних мас. Війна може бути різною, але в тому разі, коли народ має захищатись від агресора, застосовуючи зброю проти зброї та обороняючи свій народ, такий самозахист засуджувати не можна, тут війна – то крайній спосіб зупинення насилля. «Особисто християнин може відмовитись від самозахисту, ... але, як член суспільства, він зобов'язаний захищати його права, честь та свободу... Християнин, що поклав чи готовий покласти душу свою за свою батьківщину, уособлює в собі високу рису істинно-християнського духу»¹⁰.

Водночас, Н. А. Фаворов зазначає: «Існуючі в державі закони... повинні поважатись усіма громадянами її, і все, що не суперечить в них закону християнського благочестя, має бути точно дотримане будь-яким християнином. Хоча б той чи інший закон був би недосконалий, але він не втрачає через це своєї обов'язковості для громадян і не може бути ніким порушений, не тільки без зовнішньої, але й без моральної за те відповідальності». Професор вказує на те, що хоч християнство і вимагає від громадян поваги до державних законів, але не надає їм через це безумовного освячення зі свого боку: «безумовно освячує вона (Віра Христова) не закони, а законність як незмінне правило всіх суспільних дій наших». Далі Н. А. Фаворов пояснює, що будь-які революційні прояви та настрої, обурення проти існуючого суспільного порядку у громадян засуджуються християнською вірою й визнаються як беззаконня. Однак ніяк не засуджується нею мирне прагнення до поліпшення суспільних порядків через осмислення суттєвих потреб народу та знаходження засобів до їх задоволення»¹¹.

Цілоком юридичною за назвою і змістом є праця «Поліцейське право у давніх євреїв» інспектора Московського жіночого єпархіального училища **Булатова Сергія Олексійовича** (?–?). У ній професор зазначає, що тісно пов'язаною з релігією є ідея права, що становила основу для всіх законних постанов, виводила розуміння праці судді як виконувача божественної волі, божественних настанов і дала йому божественне ім'я *elo-him*. Відтак суддя у своїх постановках та діях має зберігати найстрогішу неупередженість і уникати навіть вигляду симпатії до будь-якої сторони. Підкреслюється, що вивчення законів про право вважалося в євреїв релігійним обов'язком. Кожна стаття закону застосовувалась точно за визначеними правилами, а непередбачувані випадки в царині права вирішувались на основі подібних випадків, що були у Св. Письмі, і за потреби часу та обставин ці правила ставали законними постановами. Таким чином коротке Мойсеєве вчення про право розширилось до вагомого за розміром Мойсеєво-Талмудичного права¹².

Разом з тим, С. О. Булатов відзначає недоліки в тісному зв'язку права та релігії. Зокрема, вчення про право у давніх євреїв розглядалось не як самостійне знання, а як певна частина релігійного закону. Саме через це навіть у Талмуді немає систематичного вчення про окремі частини права, як-то про право цивільне, кримінальне, поліцейське.

Професор окреслює обов'язки, які виконує поліція: по-перше, вона має запобігати належними заходами порушенням права як окремою особою, так і всім загалом. По-друге, попереджувати здійснення таких шкідливих діянь, які хоч і не порушують конкретних особистих прав, але суперечать інтересам громадян. По-третє, знищувати зло, що спричинюється природою чи різноманітними тимчасовими обставинами, а також усувати перепони, що стримують всебічний розвиток людської сили, але які неможливо усунути одноособо-

во. По-четверте, шляхом належних установ і закладів сприяти загальному благу. Таким чином, покликання поліції, на думку автора, містить у собі як позитивну, так і негативну компоненту. Негативна складова полягає в запобіганні порушенню прав індивідів, захисті інтересів громадян від небезпеки, усунуванні шкоди та знищенні перешкод для будь-якого вільного пересування. Водночас позитивна складова передбачає обов'язок сприяння загальному благу. С. О. Булатов дає визначення поліції: це сукупність усіх тих державних установ та установлень, котрі мають своїм предметом захищати права окремих громадян та всіх загалом, спостерігати за (дотриманням) інтересів тих і інших, знищувати зло, спричинюване природою та різними обставинами часу і сприяти загальному благу. Тому поліція відрізняється від юстиції тим, що остання має на меті тільки відновлення порушеного або задоволення скривдженого права, тоді як поліція зобов'язана попереджати сам факт цього порушення чи кривди¹³.

Закони, що слугували нормами для поліцейських правил, могли належати: до фізичної природи людини, до духовної природи людини та до зовнішніх благ відповідно до участі в них людини. Що стосується першої частини, тут професор акцентує увагу на тому, що життя є основою всіх людських прав, та наголошує на необхідності захисту життя і здоров'я кожної конкретної людини. Наприклад, до таких постанов належали ті, що забороняли продаж зброї підозрілим особам, та тим, хто міг використанням зброї через свій характер заподіяти шкоду іншим. У цьому контексті автор вказує на правила, що регулювали забезпечення нормального життя, збереження здоров'я громадян, а також норми місцевого співжиття, зокрема правильне розташування споруд, поведіння з речами таким чином, щоб не завдати шкоди третім особам. Важливим чинником було й забезпечення необхідним бідних верств населення через державу та благочинні організації. Поняття честі та гідності також належить до законів фізичної природи людини. Не оминає автор і поняття свободи, зазначаючи, що «право людини – вільно розпоряджатись своєю особистістю і своїми силами, поки вона не порушує прав інших людей, так само свято та непорушно, як і право на життя та честь»¹⁴.

Закони, що належать до духовної природи людини, окреслюють головне завдання в житті індивіда, як-то: турботу про самовдосконалення та облагородження духовних сил людини. Сюди автор включає: розвиток розуму через навчання, удосконалення моральності та облагородження моральної волі і піднесення релігійного почуття, що тісно пов'язане з моральним облагородженням.

Наступна частина законів стосується зовнішніх благ відповідно до участі в них людини. Тут С. О. Булатов підкреслює необхідність вжиття заходів у кожній державі стосовно охорони власності. Сюди входить охорона прав власників як нерухомого майна, так і різноманітні закони щодо купівлі-продажу, запобігання несправедливого зважування та вимірювання товарів.

У праці також приділялась увага питанням опіки над дітьми-сиротами та недієздатними особами, через неможливість останніх управляти своєю власністю і захищати свої інтереси. Так, якщо батьки не призначили до своєї смерті опікуна над своїми дітьми, то такий призначався судом. За виконанням з боку опікуна своїх обов'язків, щодо використання майна дітей, повинен був стежити суд, у разі потреби суд знімав та передавав опіку над дітьми іншій особі. Для недієздатних призначався піклувальник, якому надавались ті самі права та обов'язки, що передбачалися для опікуна над малолітніми дітьми.

Також люди, що перебували далеко від своїх володінь, призначали собі управителя, який би охороняв їхню власність та піклувався про неї від імені хазяїна. У разі не призначення власником управителя для своїх володінь, потрібно розмежовувати: власність, яка залишена мимоволі або примусово (полон або втеча через обставини, що загрожували життю), та власність, яку залишили добровільно. У першому випадку уповноважені в управлінні власністю призначалися з кола близьких повнолітніх родичів власника. Частина власності, яка потребувала догляду (поля, луги, сади), передавалась для управління, а управителю надавалось право користуватись відповідною частиною доходів. Нерухоме майно, яке не потребувало догляду (дім), через довіреного від суду здавалось означеній особі в оренду. Плата за оренду віддавалась суду і зберігалась останнім до повернення власника або підтвердження його смерті. В останньому випадку майно ділилось між спадкоємцями. Якщо власність була залишена власником добровільно та без причини, нею розпоряджались його родичі без участі суду¹⁵.

Значним доробком у правовій царині є робота видатного історика церкви і церковного права, державного та громадського діяча, правознавця, вихованця КДА **Олександра Гнатовича Лотоцького** (1870–1939) – «Джерела церковного права» від 1931 р.¹⁶. Як значиться у вступних увагах, у Божому законі не потрібно шукати прямих настанов і позитивних юридичних приписів, хоча насправді певний процент їх в ньому є.

Джерела права поділяються О. Г. Лотоцьким на зовнішні та внутрішні. Праця починається з розділу «Джерел внутрішнього права церкви», який включає, по-перше, аналіз Святого Письма та його значення як основного джерела церковного права. Тут вказується, що не потрібно шукати позитивних юридичних норм у Святому Письмі, які б використовувала церква як певний юридичний закон, хоча такі норми й містяться в окремих місцях тексту (зокрема, стосовно шлюбу), та саме Біблія містить етичні закони людського життя й основні поняття призначення і суті церкви, останні є першоосновами церковного права¹⁷. Належну увагу приділено мові, рукописам, друкованим версіям та перекладам українською мовою Святого Письма. Окрім Святого Письма, до внутрішніх церковних джерел права віднесено богослужбові книги (служебники, требники, чиновники), символічні книги, канонічні кодекси (номокани, кормчі книги), соборні постанови, патріарші грамоти, канонічні трактати, пам'ятки полемічного письменства, устави церковних установ, акти обрання на церковні посади, духівниці.

Наступним розділом є «Джерела зовнішнього права церкви»¹⁸, що починається з «пам'яток першої доби незалежності», до яких входить аналіз церковного уставу Володимира Великого, церковного уставу Ярослава Мудрого, церковно-уставних грамот удільних князів та ханських ярликів. Далі характеризуються «Пам'ятки литовсько-польської доби» (грамоти литовських князів, пам'ятки законодавчі, юридичні трактати в оборону прав церкви). Третьою частиною другого розділу є «Пам'ятки другої доби державної незалежності», до яких належить «Зборівська умова від 9 серпня 1648 р.», «умови Білоцерківського миру 17 вересня 1651 р.», а також «Гадяцькі пункти 1658 р.».

Після цього характеризуються «Пам'ятки російської доби»¹⁹, зокрема наводяться законодавчі пам'ятки, аналізується Духовний регламент, «Устав Духовних Консисторій», «Книга о должностях пресвитеров приходських», збірки російських законів («Полное собрание законов Российской империи», «Свод законов Российской империи», «Полное собрание постановлений и распоряжений по ведомству православного исповедания»), згодом міститься підпункт під назвами «Адміністративні акти поневолення української церкви», «Пункты о выгодностях малороссийскаго духовенства» другої пол. XVIII ст., Постанови Пінської Конгрегації 1791 р.

Наступним підрозділом є «Нова доба української державної самостійності», в якому зазначено, що «Першим основним актом української самостійної держави у справах церковних був закон 1 січня 1919 р. про вищий уряд Української Автокефальної Православної Церкви»²⁰.

Отже, у своїй праці О. Г. Лотоцький підкреслює український характер пам'яток церковного права, відділяє їх від російських, а також розмежує джерела права на зовнішні та внутрішні, ґрунтовно аналізуючи кожне з них.

Різноманітними за своїм характером та сферами регулювання є питання, котрі досліджували професори і викладачі КДА. Ці питання поєднували як філософсько-правову матерію з роздумами про закон природи та моральний закон, так і вивчали конкретні питання поліцейського права.

Концепція природного права червоною ниткою пронизує значний масив творчого доробку професорсько-викладацького складу академії. Вчені закладу вказують, що правові норми не залежать від волі людини та держави. Відповідно, право формується на природних засадах, основою яких є моральний закон. Звісно, що природно-правові погляди вчених Київської духовної академії мають теологічне забарвлення.

Важливі для сучасності природно-правові питання підіймалися в академічній спільноті, а також розвиваються й зараз в незалежній Україні, що підтверджує необхідність осягнення та вивчення творчого доробку професорсько-викладацького складу академії.

Наприклад, на сьогодні ґрунтовний внесок у відродження природно-правової концепції зробив український вчений О. М. Костенко. Він вирізняє три види природи: фізичну, біологічну та соціальну, яким відповідають три види законів. Відповідно до такого підходу О. М. Костенко обґрунтував теорію соціального натуралізму, сутність якої полягає у «визнанні існування – поряд з фізичною і біологічною природами – також соціальної природи, що існує за своїми, притаманними для неї (відмінними від фізичних і біологічних!) законами – законами соціальної природи»²¹.

Отже, наукові ідеї вчених КДА і нині є актуальними та пов'язаними із сучасністю, а тому вони мають не тільки науково-пізнавальне, а й науково-практичне значення.

¹ Зайцев Н. Реализм в области наук о духе и в особенности – о нравственности / Н. Зайцев // Труды Киевской Духовной Академии. – 1870. – Дек. – С. 638.

² Там само. – С. 640.

³ Там само. – С. 642.

⁴ Подгурский Ю. Русская церковь на служении государству в период смутного времени / Ю. Подгурский // Труды Киевской Духовной Академии. – 1861. – ноябрь, № 11. – С. 247–278.

⁵ Там само. – С. 247–248.

⁶ Памятники, изданные Временной комиссией для разбора древних актов, высочайше учрежденною при Киевском военном Подольском и Волынском генерал-губернаторе. – К. : Университет. типогр., 1852. – Т. 3. – С. 249.

⁷ Подгурский Ю. Указ. соч. – С. 259.

⁸ Фаворов Н. А. О христианской нравственности / Н. А. Фаворов // Труды Киевской Духовной Академии. – 1880. – Январь, № 1. – С. 100–137; Фаворов Н. А. О христианской нравственности / Н. А. Фаворов // Труды Киевской Духовной Академии. – 1880. – Февраль, № 2. – С. 225–265.

⁹ Фаворов Н. А. Указ. соч. – февраль, № 2. – С. 227 – 229.

¹⁰ Там само. – С. 230–233.

¹¹ Там само. – С. 234–235.

¹² Булатов С. Полицейское право у древних евреев / Сергей Булатов // Труды Киевской Духовной Академии. – 1883. – июнь, № 6. – С. 320–322.

¹³ Там само. – С. 323–324.

¹⁴ Там само. – С. 335–336.

¹⁵ Там само. – С. 352–355.

¹⁶ Лотоцький О. Українські джерела церковного права / Олександр Лотоцький. – Нью-Йорк : Вид-во Св. Софії Української православної церкви в США, 1984. – 306 с.

¹⁷ Там само. – С. 19.

¹⁸ Там само. – С. 201.

¹⁹ Там само. – С. 271.

²⁰ Там само. – С. 297.

²¹ Костенко О. М. Що є право? Про основи «натуралістичної» юриспруденції у світлі соціального натуралізму / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://usw.com.ua/profiles/blogs/scho-ie-pravo-pro-osnovi>

Резюме

Губар К. А. Маловідомі сторінки державно-правових поглядів викладачів Київської духовної академії 1-ї пол. XX ст.

Здійснюється огляд і аналіз поглядів на державу та право професорів Київської духовної академії. На основі аналізу праць, наводяться основні правові ідеї таких професорів: Ю. Д. Подгурський, М. Л. Зайцев, Н. А. Фаворов, С. О. Булатов та О. Г. Лотоцький.

Ключові слова: історія українського права, юридична освіта, юридична наука, держава, церква, Київська духовна академія, освітні програми, природне право, поліцейське право, моральний закон.

Резюме

Губарь Е. А. Малоизвестные страницы государственно-правовых взглядов преподавателей Киевской духовной академии 1-й пол. XX в.

Осуществляется обзор и анализ взглядов на государство и право профессоров Киевской духовной академии. На основе анализа работ, приводятся основные правовые идеи таких профессоров Ю. Д. Подгурский, Н. Л. Зайцев, Н. А. Фаворов, С. А. Булатов и А. Г. Лотоцкий.

Ключевые слова: история украинского права, юридическое образование, юридическая наука, государство, церковь, Киево-Могилянская академия, Киевская духовная академия, учебные программы, природное право, полицейское право, моральный закон.

Summary

Hubar K. Less known pages of state-legal views of teachers Kyiv Theological Academy, the first half of the XX.

Is carried out a review and analysis views on the state and law professors of Kyiv Theological Academy. Based on the analysis publications contains basic legal ideas of professors Y. Podhursky, M. Zaitsev, N. Favorov, S. Bulatov and O. Lototsky.

Key words: History Ukrainian law, legal education, legal science, state, church, Kyiv Theological Academy, curriculum, natural law, police law, moral law.

УДК 341.981:378.011.3

О. Є. ПРОЦЬ

Олександра Євстахіївна Проць, кандидат юридичних наук, доцент Дрогобицького державного педагогічного університету імені Івана Франка

ПРАВОВА КОМПЕТЕНТНІСТЬ УЧИТЕЛЯ ЯК СКЛАДОВА ЙОГО ПРОФЕСІЙНОЇ КОМПЕТЕНТНОСТІ

Сьогодні в Україні здійснюється динамічне оновлення законодавства у сфері освіти, диверсифікація освітніх програм і змісту освітньої діяльності, головною метою яких є компетентнісно-орієнтована освіта, що полягає у комплексному засвоєнні знань та способів практичної діяльності, завдяки яким фахівець зможе успішно реалізувати себе в різних галузях професійної діяльності. У таких умовах актуалізується проблема формування професійної компетентності педагогічних працівників, яка досліджується передовсім психолого-педагогічними науками. Однак окремої уваги варте, на нашу думку, питання оновлення концептуальних основ правової освіти педагогічних кадрів, що допоможе вирішити проблему неузгодженості запитів суспільства до рівня правової компетентності педагога, який наразі не є адекватним соціально-правовій реальності. Це питання має велике значення і тому потребує дослідження.

У сучасній педагогічній науці компетентнісний підхід у вищій освіті досліджують Н. Бібік, І. Зимня, І. Єрмаков, Л. Карпова, В. Лозова, О. Овчарук, О. Пометун, О. Савченко, А. Хуторський, Т. Шамова та ін. Однак правова компетентність педагога як складова його професійної компетентності належного відображення в науковій літературі, особливо в юридичній, поки не отримала. Частково вона висвітлена у роботах вітчизняних учених М. Городиського, О. Іваній, О. Коцюби, Л. Рябовол, а так само російських дослідників, серед яких А. Анікіна, А. Коротун, П. Постніков та ін. Незважаючи на доволі переконливі результати, отримані науковцями, остаточно не визначена концептуальна модель навчання у педагогічному вищі, зорієнтованого на здобуття компетенцій та компетентностей у правовій сфері, і перелік складових правової компетентності педагога.

Метою статті є уточнення розуміння компетентності педагогічного працівника як системи складно структурованих феноменів і визначення місця й ролі правової компетентності у цій системі.

Державна політика у сфері розвитку правової культури та правосвідомості громадян спрямована на утвердження поваги до закону, доброчесності й сумлінності як домінуючої моделі соціальної поведінки, а також на подолання правового нігілізму в суспільстві, що перешкоджає розвитку України як сучасної правової держави. Активними учасниками правової політики держави є педагогічні працівники, які покликані не лише забезпечувати неухильне дотримання прав учасників освітнього процесу, захист їх інтересів, розуміння правових основ регулювання суспільних відносин, а й, передовсім, задовольняти потреби суспільства у формуванні правової культури учнів. Саме від педагога значною мірою залежить, наскільки учні зможуть освоїти позитивний досвід участі у правовідносинах, усвідомити особистісний сенс правомірної поведінки, набути соціально значущих правових орієнтацій.

Педагогічний навчальний заклад повинен забезпечувати підготовку вчителя, здатного продуктивно розв'язувати навчальні і виховні завдання, які спрямовані на формування особистості іншої людини, тобто «нового вчителя», спроможного забезпечити особистісне становлення учня в постіндустріальну епоху¹.

У Законі України «Про загальну середню освіту» вчитель (педагогічний працівник) визначається як особа з високими моральними якостями, яка має відповідну педагогічну освіту, належний рівень професійної підготовки, здійснює професійну діяльність, забезпечує результативність та якість своєї роботи, фізичний та психічний стан здоров'я якої дозволяє виконувати професійні обов'язки в навчальних закладах системи загальної середньої освіти².

Як правило, у процесі професійної підготовки майбутнього вчителя акцентується на формуванні його професійної культури, для позначення якої використовуються поняття «професіоналізм»³, «професійна компетентність»⁴. При цьому «компетентність» пов'язується з обізнаністю, кваліфікованістю, досвідом, що є суто педагогічними категоріями і передбачає відповідність фахівця вимогам професійної діяльності як на рівні особистісному, так і діяльнісному. Проаналізувавши літературу, присвячену дослідженню проблеми професійної компетентності педагога, І. Шмиголь дійшла висновку, що професійна компетентність педагога – це складний комплекс, який включає професійні знання, вміння, навички, готовність до діяльності, а також цілий ряд професійно важливих особистісних якостей, таких як: креативність, мобільність, комунікабельність, толерантність, урівноваженість, чуйність, доброзичливість, прагнення до самопізнання, саморозвитку й самореалізації, саморефлексії та ін.

Тобто, професійну компетентність педагога слід розуміти не лише як систему базових знань та умінь, а й, передовсім як сукупність ціннісних орієнтацій, мотивацій його діяльності та загальну культуру. Як уявляється, невід'ємним компонентом системи професійної компетентності педагога є також правова компетентність. Варто погодитися з думкою О. М. Іваній, яка вважає: стосовно вчителя необхідно ставити питання про компетентність у галузі права як частину його загальної і правової культури, яка забезпечується всім змістом освіти вчителя. Такі вчителі, володіючи правовою компетентністю, здатні бути лідерами, творцями, професійно реагувати на «виклики» суспільства, на зміни в соціальних вимогах до освіти⁵.

Як частина загальної і правової культури правова компетентність учителя містить у собі: знання про значення, основні сфери й механізми правового регулювання суспільних відносин; уміння бачити правові аспекти різноманітних соціальних конфліктів і визначати шляхи їх вирішення правовими засобами; здатність аналізувати правові ситуації, прогнозувати правові наслідки власних рішень і дій; готовність і вміння своєю творчою діяльністю у процесі навчально-виховної роботи проектувати правову особистість учня, створювати умови для її всебічного й гармонійного розвитку та у такий спосіб сприяти формуванню правової свідомості та правової активності молодих громадян України.

Отже, правову компетентність педагога можна визначити як інтегровану особистісну властивість фахівця у сфері освіти, що відображає єдність його теоретичної підготовленості та практичної здатності до правомірної професійної діяльності й здійснення правової освіти і правового виховання, захисту прав та інтересів дітей.

Як твердить Л. Т. Рябовол, педагогічна компетентність є кінцевим результатом навчальної діяльності студента педагогічного вишу. Серед педагогічних компетентностей, які утворюють систему, розрізняють ключові та спеціальні. До ключових компетентностей, що мають бути сформованими у випускника, зараховують такі, як: гностичні, конструктивні, організаційні, комунікативні, аналітичні, прогностичні, творчі, проєктивні, інформаційні. Вони реалізуються через спеціальні компетентності, які й відображають специфіку конкретної педагогічної діяльності, зокрема діяльності вчителя правознавства. Водночас специфіку педагогічної діяльності вчителя правознавства дослідниця чітко не визначає, обмежуючись загальними формулюваннями: «Підготовка вчителя правознавства має забезпечити виконання ним у подальшій професійній діяльності функцій навчання правознавства, якими є освітня, розвивальна, виховна, саморозвитку та самовдосконалення, сприяння соціалізації молоді. Вчитель правознавства повинен сприяти формуванню в учнів системи загальнолюдських, національних та особистісних цінностей і ціннісних орієнтацій, можливостей для свідомого вибору моделей поведінки, відповідних потребам і викликам української держави, демократії, інформаційного суспільства»⁶.

О. В. Коцюба вважає, що педагогічна компетентність вчителя з правових дисциплін охоплює високу правову культуру педагога та відповідний ступінь його правової свідомості. Крім того – досконале знання змісту правових дисциплін, що викладаються ним відповідно до навчальних планів та освітніх програм, знання дитячої психології, педагогіки, методик викладання дисциплін та вміння використовувати ці навички для вирішення конкретних педагогічних ситуацій з метою забезпечення найефективнішої правової підготовки учнів⁷.

Правова компетентність педагога має низку особливостей, які відрізняють її від правової компетентності інших фахівців. По-перше, вона передбачає знання правових норм і наявність досвіду їх реалізації не тільки у сферах повсякденної взаємодії людей у суспільстві, а й у сфері освіти, що, зокрема, включає знання правового статусу дитини, гарантій дотримання і захисту прав неповнолітніх. По-друге, правова компетентність є передумовою правомірної поведінки педагога у процесі його професійної діяльності, що допомагає реалізовувати, а в разі необхідності – й відстоювати професійні права та належно виконувати професійні обов'язки. І, по-третє, саме правова компетентність учителя слугує чинником розвитку правової культури і правосвідомості учнів.

Правова компетентність педагогічного працівника, безперечно, має складну внутрішню будову. І. Галдецька пропонує виділяти такі компоненти правової компетентності вчителя як суб'єкта освітніх правовідносин та відповідно до них зробити спробу побудувати модель правової компетентності вчителя як суб'єкта освітніх правовідносин, що містить мотиваційно-ціннісний (особистісна та професійна потреба в правовій інформації; позитивне ставлення до права; потреба в правовій самоосвіті; правові переконання; правомірна поведінка; позитивне відношення до правового навчання й виховання учнів; здатність до застосування правових знань на практиці), когнітивний (комплекс знань основ Конституції України; законів, що регулюють освітню діяльність; прав і свобод людини і громадянина; основ теорії держави і права, конституційного, адміністративного, цивільного, трудового, екологічного, кримінального і сімейного права; правових основ захисту прав і свобод людини й громадянина; специфіки проведення позакласних заходів), комунікативний (наявність комунікативних здатностей: уміння розуміти учнів, їхніх батьків, колег, їхні особистісні особливості та ціннісні правові настанови), діяльнісно-рефлексивний (уміння аналізувати, порівнювати, узагальнювати, відбирати правову інформацію для розв'язання завдань правового навчання та правового виховання учнів; аналізувати свій навчальний предмет, виокремлюючи в його змісті елементи права, інтерпретувати текст правових джерел, оперувати поняттями з різних галузей права, оцінювати позитивні властивості й недоліки правової інформації та доводити її до своїх колег, учнів та їхніх батьків; уміння здійснювати пошук у комп'ютерних правових системах «ЛІГА-ЗАКОН», «Нормативні акти України» тощо)⁸. Загалом погоджуючись із запропонованим дослідницею підходом, зауважимо, що вона певною мірою ототожнює поняття «компетентність» та «компетенція». Ми ж поділяємо думку, що повинні мати місце обидва терміни, оскільки компетентність слід трактувати як інтегральну характеристику, що охоплює спектр окремих компетенцій, адже, як твердить С. В. Лейко, компетенція пов'язана з певним видом діяльності, а компетентність – з особистістю, з її внутрішніми якостями та здібностями⁹. Тому структурними елементами правової компетентності ми пропонуємо вважати такі її змістовні компоненти: ціннісно-смысловий, рефлексивно-оцінний, когнітивно-нормативний, функціонально-діяльнісний. Ціннісно-смысловий компонент відображає глибину засвоєння педагогом правових цінностей, сформованість внутрішніх мотивів пізнання правових основ регулювання суспільних відносин, наявність позитивної особистісної установки на правомірне здійснення професійної діяльності. Рефлексивно-оцінний компонент визначає здатність педагога до правової оцінки власної діяльності, осмислення її результатів і корегування змісту правових відносин педагога з іншими суб'єктами освітньої діяльності; недопущення протиправних учинків. Когнітивно-нормативний компонент передбачає як системне, цілісне засвоєння правових знань, необхідних для здійснення правомірної педагогічної діяльності, правового виховання учнів, захисту їх прав, так і розуміння дефініцій, принципів і норм права загалом. Функціонально-діяльнісний компонент забезпечує вирішення правових ситуацій, активну участь педагога у правовідносинах, здійснення правового виховання учнів і діяльності щодо захисту їхніх прав.

Наповненість компонентів правової компетентності розглядається крізь призму правових компетенцій, які майбутній фахівець освоює у процесі професійної освіти. До таких компетенцій належать правоорієнтаційна, правореалізаційна, правовиховна, правозахисна. Інакше кажучи, правові компетенції, що входять в конструкт професійної компетентності майбутнього вчителя, є сплавом складових елементів його підготовки у навчальному закладі і забезпечують здатність та готовність суб'єкта здійснювати професійну освітню та науково-дослідну діяльність в сфері викладання, зокрема ставити перед собою значущі цілі і здійснювати планування своєї професійної діяльності, творчо підходити до розв'язання завдань, використовуючи сучасні технології і засоби, здійснювати рефлексію отриманих результатів¹⁰.

На думку російських дослідників, критеріями сформованості ПКП є: професійно-правова спрямованість, що визначає ставлення особистості до права як цінності; професійно-правова інформованість, що включає сукупність правових та педагогічних знань, актуальних для вирішення педагогом професійних завдань; професійно-правова активність, що виявляється в самостійному пізнанні правових явищ, розв'язанні професійних завдань з позицій права, освоєності методів правовиховної та правозахисної діяльності; професійно-правова самооцінка, що виявляється в здатності до аналізу й оцінки своєї поведінки з позицій його правомірності¹¹. Приєднуючись до такої думки, водночас зауважимо, що вищезазнані здатності й готовності вчителя є результатом цілеспрямованої діяльності студентів упродовж навчання у педагогічному виші. Важливе значення у процесі фахової підготовки у вищому навчальному закладі має правова освіта. Досліджуючи педагогічні умови забезпечення змісту правової освіти майбутнього вчителя, М. І. Городиський доходить висновку, що педагогічний вуз готує своїх випускників до роботи у певному правовому полі та соціально-політичних умовах, а тому професіоналізм спеціаліста передбачає оволодіння правовими знаннями та уміннями з настановою на обов'язковість їх застосування у конкретній ситуації. Правова освіта вчителя – інтегрований показник, у якому відбивається гармонійна упорядкованість і узгодженість усіх ідейно-правових та практичних елементів, які проявляються у процесі педагогічної діяльності¹².

Російські дослідники наголошують, що правова освіта у педагогічних вишах має свої особливості, пов'язані з їх спеціалізацією, яка полягає у двохелементному об'єкті і ускладненні у зв'язку з цим професійно-правовою підготовкою педагогів¹³. Тобто, безпосереднім об'єктом впливу правової освіти у педагогічному виші є свідомість студента, який здобуває фах вчителя, і опосередкованим – свідомість майбутніх учнів, щодо яких вчитель має значні потенційні можливості впливу на формування правової особистості.

У вищих педагогічних навчальних закладах повинні бути обов'язковими такі дисципліни, як правознавство та конституційне право України, оскільки правові знання необхідні вчителю передовсім для того, щоб передати їх учням, виробити у них основи правового мислення, сформувати навички правомірних вчинків. Досягнення високого рівня правової підготовки має здійснюватися шляхом: розгляду навчального матеріалу на лекціях та самостійного вивчення навчального матеріалу на основі навчально-методичних комплексів; розв'язання практичних завдань, спрямованих на набуття вмінь і навичок на практиці застосовувати набуті теоретичні знання; участі у семінарських заняттях з метою розвитку критичного мислення, вироблення установок щодо використання у професійній діяльності здобутих знань, вмінь і навичок; написання та захисту індивідуальних творчих завдань і рефератів; позааудиторної роботи тощо. Однак обмеженість навчального часу, відведеного на вивчення правових дисциплін, і переважання репродуктивних методів навчання потребує створення додаткових умов для формування правової компетентності, серед яких: упровадження інтерактивних технологій та інноваційних методів навчання, диверсифікація змісту правових дисциплін шляхом зосередження уваги студентів на реалізації норм права у сфері професійної діяльності педагога; поглиблення структурно-логічних зв'язків між правовими та педагогічними навчальними дисциплінами для комплексного розвитку правових компетенцій; розширення можливостей педагогічної практики для набуття досвіду реалізації правових компетенцій тощо.

Підсумовуючи, зазначимо, що демократизація освітньої сфери в Україні сприяє професійній реалізації педагога і водночас підвищує ступінь його відповідальності за результати своєї праці. Правова компетентність учителя є важливою умовою забезпечення державної політики не лише в галузі освіти, а й у сфері розвитку правової культури та правосвідомості громадян. Правова компетентність учителя є його інтегрованою професійно-особистісною характеристикою, що охоплює правові ціннісні орієнтації, глибокі теоретичні знання, практичні вміння, здібності та якості, необхідні й достатні для професійної діяльності та здійснення правової освіти і правового виховання, захисту прав та інтересів дітей.

¹ Андрущенко В. Формування особистості вчителя в сучасних умовах / В. Андрущенко, І. Табачек // Політичний менеджмент. – 2005. – № 1 (10). – С. 58–69. – С. 58.

² Про загальноу середню освіту : Закон України від 13 травня 1999 р. № 651-XIV (редакція від 20 червня 2016 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/651-14>

³ Білозерська С. Професіоналізм й особистісна спрямованість в моделі майбутнього педагога / С. Білозерська // Освіта регіону: український науковий журнал. – 2012. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://social-science.com.ua/article/504>

⁴ Шмиголь І. Сутність та структура професійної компетентності педагога / Ірина Шмиголь // Проблеми підготовки сучасного вчителя. – 2011. – № 4 (Ч. 1). – С. 198–204.

⁵ Іваній О. М. Формування правової компетентності майбутнього вчителя : навч.-метод. посіб. / О. М. Іваній. – Суми : Університетська книга, 2011. – 112 с. – С. 9.

⁶ Рябовол Л. Т. Професійна компетентність учителя правознавства як умова формування правової компетентності учнів / Л. Т. Рябовол // Зб. наук. пр. Уман. держ. пед. ун-ту ім. П. Тичини. – 2011. – Ч. 1. – С. 137–143. – С. 140.

⁷ Коцюба О. В. Педагогічна компетентність вчителя з правових дисциплін / О. В. Коцюба // Педагогічний дискурс: зб. наук. пр. – Хмельницький, 2009. – Вип. 6. – С. 100–104. – С. 100.

⁸ Галдецька І. Г. Теоретичні основи формування правової компетентності у майбутніх учителів як педагогічна проблема / І. Г. Галдецька // Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова. – 2014. – Вип. 28. – С. 265–269. – (Серія 19 : Корекційна педагогіка та спеціальна психологія) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nchnpu_019_2014_28_57

⁹ Лейко С. В. Поняття «компетенція» та «компетентність»: теоретичний аналіз / С. В. Лейко // Педагогічний процес: теорія і практика. – 2013. – Вип. 4. – С. 128–135. – С. 135.

¹⁰ Сыпачева Г. Ш. Определение понятия правовых компетенций будущего учителя / Г. Ш. Сыпачева // Научное обозрение. Педагогические науки. – 2015. – № 3. – С. 114–114 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pedagogy.science-review.ru/article/view?id=1305>

¹¹ Аникина А. С. Правовая компетентность как планируемый результат профессиональной подготовки педагога / А. С. Аникина, П. Г. Постников // Педагогическое образование и наука. – 2012. – № 2. – С. 24–28.

¹² Городиский М. І. Педагогічні умови забезпечення змісту правової освіти майбутнього вчителя : автореф. дис. ... канд. пед. наук : спец. 13.00.01 «Загальна педагогіка та історія педагогіки» / М. І. Городиский. – Х., 1999. – 18 с.

¹³ Коротун А. В. Правовая компетенция социального педагога: теория и практика формирования в вузе : моногр. / А. В. Коротун ; Урал. гос. пед. ун-т, Ин-т социал. образования. – Екатеринбург : [б. и.], 2014. – 210 с.

Резюме

Проць О. Є. Правова компетентність учителя як складова його професійної компетентності.

У статті досліджено правову компетентність педагога як складову його професійної компетентності. Уточнено розуміння поняття компетентності. Виявлено особливості правової компетентності вчителя та визначено її структурні компоненти: ціннісно-смісловий, рефлексивно-оцінний, когнітивно-нормативний, функціонально-діяльнісний. Наголошено на необхідності формування правової компетентності студентів педагогічних вишів шляхом вивчення правових дисциплін.

Ключові слова: компетенції, правова компетентність, правова освіта, професійна компетентність.

Резюме

Проць А. Е. Правовая компетентность учителя как составляющая его профессиональной компетентности.

В статье исследована правовая компетентность педагога как элемент его профессиональной компетентности. Уточнено понимание понятия компетентности. Определены особенности правовой компетентности учителя и ее структурные компоненты: ценностно-смысловой, рефлексивно-оценочный, когнитивно-нормативный, функционально-деятельностный. Акцентируется на необходимости формирования правовой компетентности студентов педагогических вузов путем изучения правовых дисциплин.

Ключевые слова: компетенции, правовая компетентность, правовое образование, профессиональная компетентность.

Summary

Prots O. Legal competence of teachers as part of their professional competence.

The report covers legal competence of teachers as part of their professional competence. The concept of competence is clarified. Special features of teachers' legal competence are revealed and its structural components are defined. These are as follows: value-semantic, reflexive and evaluative, cognitive-normative, activity - functional. The necessity of formation of students' legal competence in pedagogical universities by studying legal sciences is underlined.

Key words: legal competence, legal education, professional competence.

UDC 340.1

Y. SAGAIK

*Yuliya Sagaidak, PhD in Law, Senior Lecturer of Law
Faculty in the Kyiv National economic University
named after V. Hetman*

**THE CONTRACTS KIEVAN RUS WITH BYZANTIUM AS A SOURCE OF LAW
KIEVAN RUS AND IMPORTANT INSTRUMENT FOR GEOPOLITICAL SITUATION
IN MODERN UKRAINE**

Actuality. In the context of public-political reforms and European integration processes in Ukraine, the state now requires new approaches and transformations of classical worldviews. The best source for that story. Given the fact that Ukraine is essentially an informal successor of Kievan Rus, should contact the state and legal traditions of this ancient country.

The power of Kievan Rus in medieval times no doubt. It was a developed nation that has made a significant impact on the political life of Europe, neighboring Asian countries and the countries that were of great importance in the system of trade between Europe and Asia. It was the shield that protected Europe from nomadic hordes. Considerable authority Kievan Rus in the medieval world was confirmed by numerous international agreements and close ties matrimonial Grand Prince with many foreign towns (Byzantium, France, England, Sweden, Hungary, Norway, etc.). Ironically, the experience of this great medieval state may need in addressing contemporary foreign policy and domestic issues facing Ukraine. Therefore, it is necessary to study the historical and legal past of Kievan Rus, preserving its traditions and experience of state-legal regulation of various spheres of public life.

Therefore, our study will focus on the historical and legal analysis of contracts Kievan Rus with Byzantium as sources of law in the ancient state.

The issue of historical and legal analysis of contracts Kievan Rus from Byzantium to pay attention to such scholars as Klyuchevskii V., Tatsiy V., Chernyaev V., Ivanov V., Kulchytsky V. and others, but to turn to the historical and legal experience of legal regulation of trade, military-political and other relations of Kievan Rus Ukraine in the context of succession and restoration of historical traditions of Ukrainian state in the period of social and political reforms first proposed by the author.

The goal: to give historical and legal analysis of contracts Rus with Byzantium and bring them significant influence on the development of the law of Kievan Rus in the context of the restoration of historical justice and formation of traditions of the Ukrainian legal succession.

More than five centuries Kievan Rus was in close relations with Byzantium. The formation of the Old Russian state and law occurred in a variety of contacts with the Byzantines. Of particular impact on the rights of Kievan Rus had contracts with Byzantium Kiev princes.

In ancient times, times of Kievan Rus, the history of law was represented mainly by customary law, and at the same time there are contracts. It was as international treaties and agreements as Russian princes together.

The first legal document of our country have contracts with Byzantium. These agreements – the results of the military campaigns of Kievan Russia's princes. Contracts concluded in writing; This was new for Russia, because before that there was no written collections of customary law. "Russian law" was spoken vault customary law.

In addition, it should be noted that the development of the legal system of the Byzantine Empire was much higher than the Old Rus.

In IX–X century there was no written books of customary law. For the first time in writing were used only in the contract. The agreement was the principal means of transition from customary law to the law.

Science knows different types of contracts, including distinguished international treaties.

The first international agreements – agreements with Byzantium. This is no accident. Kyiv princes of the tenth century. conducted its foreign policy through military campaigns against Byzantium.

Kievan Rus first tried to put overseas markets and to ensure the security of the Russian merchant trade routes¹.

We know firstly about hiking Oleg (907, 911), Igor (941. and 944.) Sviatoslav (971), Etc.

The result of campaigns were trade agreements².

Chronicle retained four contracts with Byzantium: Oleg 907 and 911 years, Igor – 945. And one short contract or agreement is only the beginning Svyatoslav 971³.

The agreements were composed in Greek and appropriate changes form translated into a language understandable in. All contracts differ remarkable elaboration of legal norms, particularly of international law.

Basic maintenance contracts constitute trade rules, international, private, criminal, civil law. Total and more precisely defined in the contracts procedure annual trade relations with Byzantium, and also for private relations Kievan Russians in Constantinople to the Greeks.

Contracts Oleg and Igor determine the legal situation of the citizens of KR in the Byzantine Empire, the mutual obligations of the parties, with the agreement of Igor 945. Concluded after an unsuccessful campaign against Constantinople, a bit, limits the rights of Russians, provided it contracts 907 and 911 years.

Under the peace treaty 907. Byzantines pledged to pay Russia monetary contribution, and then annually to pay tribute also⁴.

Oleg achieved for russians merchants right on free trade Byzantine markets. Statement 907 has provided very extensive rights: kievian russians even have the right to bathe in the baths of Constantinople as much as they want. In 911 Oleg confirmed its peace treaty with Byzantium. This contract offers meaningful phrase: “We are old Russian ... sent by Oleg, Russian Grand Duke, and all that under his hand – light and great princes, and his great boyars...” The treaty was completed with 14 articles⁵.

The new peace treaty was signed in 945 after the Russo-Byzantine War 941–944 years.

Between countries recovering peaceful relations. Byzantium pledged to continue to pay an annual cash Kievan Rus tribute and provide military contribution. There have been many articles confirmed the agreement 911.

But there were new, corresponding relations of Russia and Byzantium in the middle of the tenth century. It is equally beneficial for both sides norm. However, the right of duty-free Russian trade in Byzantium was canceled.

By treaty Igor was decreed that ambassadors brought the gold seal of the prince, and merchants – silver. Contracts have found that the Russians had boats to enter the gates of Constantinople some without arms, parties up to 50 people, accompanied by imperial officials, presenting the prince clearly delineating the number of ships, names of merchants and ambassadors who came to Byzantium with peaceful goats⁶.

Imperial officials took away the prince arrived merchants and copied the letter names ambassadors arrived princely merchants and simple (the rules against Russians pirates).

Russian merchants, the contract Igor Constantinople were only shopping season, which lasted 6 months; stay there for the winter no one was allowed. For its part, the Greeks pledged to provide food (embassy ambassadors received salaries, and the merchants – “salary for month”, maintenance of seniority Kievan Rus cities: first feed was given to merchants Kyiv, Chernihiv then, Pereyaslav and other cities), and food, Ship tackles on the road, when the Russian left Byzantium⁷.

Igor agreement also stipulates that arrived Russian merchants “living near the monastery of Saint Mamas⁸.”

As already mentioned, ambassadors and guests from Kievan Russia all his time in Constantinople enjoyed by local government gratuitous food and gratuitous bath - a sign that these trips were regarded not as private as well as public international⁹.

Trade was mainly as the exchange, this can be explained by a relatively small number of Byzantine’s coins found in old Russian treasures and mounds.

Also agreements shall govern the purchase commitment, no one was allowed to buy the precious fabrics more than 50 golden coins, and their merchant must show the king’s officials. That, in turn, imposes on fabric printing and turning it for merchant¹⁰.

The agreements contain a number of criminal and civil law.

Article 4 of the Agreement Oleg’s 911 and article 13 Igor’s contract 945 indicate the responsibility for the murder Byzantine and responsibility for the murder Russians¹¹.

Articles are an alternative character: that the offender can be put right by the Byzantine death or killed by the custom of vendetta Kievan Rus.

Article 5 of the Treaty Oleg 911 and Article 14 of the Treaty 945 Igor established responsibility for bodily injury “sword blow” or by other object¹².

Articles 6, 7 and Oleg’s Treaty Articles 5, 6 Igor’s contract, speaking of property crimes are differentiated theft and robbery, and Article 6 of the Treaty’s Igor provides an alternative in the choice of punishment for the thief “law Byzantium” or “the law of Kievan Rus»¹³.

The responsibility for theft, robbery, burglary consisted of a fine treble the value of the object to which the infringement was committed, and in the case of murder thief during his detention – the return of property that is lost.

We have seen that the part the Rus-Byzantine agreements containing criminal law, most have the right of Rus, indicating the existence in the tenth century. set of oral customary law – “Law of Rus”.

In trade relations, treaties governing international relations in other parts. For example, the contract Oleg 911 defines international obligation to help the ships in an emergency, disaster victims return of property (Art. 8)¹⁴.

Each contract is the measure of concessions Slavic customary law, which Byzantium could agree, depending on the political situation. Since the document 911 are just some of the elements of Greek law, in the contract 945 Kievan Rus remained accept the proposed conditions. At the conclusion of treaties sometimes arises a conflict of legal concepts. For example, the term “crime” in the Greek language sounds like “sin”. Under the rule of the Christian doctrine of legal offense was considered a violation of divine law, hence the appropriate terminology. Then state crime was “an insult” because any breach of the peace or assault on a person or property is considered “an insult” against all the family. Consequently, the development of common law was necessary to create a legal norm, which would meet the legal consciousness as Slavs and Greeks¹⁵.

Conclusion. An analysis of articles of the Treaty shows that the source of law became the common law rules most of which were customary Rus. Since Byzantium was more interested party, she resigned Slavic borrowing rules. As Byzantium needed military support Kievan Rus in conflict with the Arabs. A Kievan state was interested in the enrichment of the ruling elite. As you know, the fastest enrichment considered by trade and war. Therefore Byzantium was more profitable to make concessions in favor of the Russian rights and privileges to n merchants.

Contracts with Byzantium played a very important role in the development of law in Russia. They contributed to the transition to more advanced legal forms and concepts. Norms set forth in these agreements affecting a wide range of issues: trade law, civil law, criminal and international.

In addition to the following conclusions we should say that contracts Kievan’s princes with the Greeks are an important historical source of law in Ukraine. The positive experience that these are contracts can be used in contemporary legal reforms and military-political situation. In purely legal matter, treaties Kievan Rus and Byzantium, has enormous military and political significance for modern Ukraine. Especially in the context of the restoration of historical justice and recognition of our country finally legal successor of Kievan Rus.

¹ *Ключевский В. О.* О русской истории. – М.: Просвещение, 1993. – 576 с.

² Хрестоматія з історії держави і права України [Текст] : Навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищих навч. закл. / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого ; уклад. В. Д. Гончаренко, О. Д. Святоцький ; ред. В. Д. Гончаренко. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 796 с. – С. 72.

³ Там само.

⁴ Історія держави і права України: у документах, матеріалах і коментарях / Автор-упорядник Черняєв В. С. – Оренбург, 1998. – С. 59.

⁵ *Ключевский В. О.* Вказана праця.

⁶ Там само.

⁷ Історія держави і права України. Підручник. – У 2-х т. / За ред. В. Я. Тація, Д. Гончаренка. – Том 1. – Кол. авторів: В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький та ін. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 656 с.

⁸ Історія держави і права України: у документах, матеріалах і коментарях / Автор-упорядник Черняєв В. С. – Оренбург, 1998. – С. 59.

⁹ Там само.

¹⁰ Історія держави і права України. Підручник. – У 2-х т. / За ред. В. Я. Тація, Д. Гончаренка. – Том 1. – Кол. авторів: В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький та ін. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 656 с.

¹¹ Там само.

¹² *Хачатуров Р. Л.* Становление права (на материалах Киевской Руси). – Тбилиси, 1988. – С. 100–120.

¹³ Там само.

¹⁴ Там само.

¹⁵ *Швидько Г.* Історія держави і права України (X–XIX століття): навчальний посібник / Ганна Швидько; ред. А. В. Шерстюк; Л. П. Небогатова; М-во освіти України; Нац. гірничої академії України. – Дніпропетровськ: Вид-во ДДУ, 1998. – 175 с.

Резюме

Сагайдак Ю. В. Договори Київської Русі із Візантією як джерело середньовічного права та важливий геополітичний інструмент для сучасної України.

У науковій статті автор дає ґрунтовну історико-правову оцінку міжнародних контрактів київських князів із Візантійською імперією.

Вказує на те, що характер і зміст таких договорів залежав від військово-політичної ситуації довкола двох середньовічних держав.

Стаття доводить те, що договори Київської Русі із Візантією стали одним із важливих джерел права середньовічних держав. Їх зміст вплинув як на розвиток державно-правових традицій України, так і Грецької імперії.

А також проводить паралелі із сучасною Україною, що являється історичним законним правонаступником Київської Русі, та доводить, що українська держава має використати позитивний історико-правовий досвід вказаних міжнародних документів для врегулювання військово-політичних та соціально-економічних проблем сьогодення.

Ключові слова: Київська Русь, Візантія, міжнародні договори князів, писане право, джерело права, середньовічне право, Руська Правда, міжнародне приватне право, міжнародне публічне право, історичне правонаступництво України, історико-правовий досвід.

Резюме

Сагайдак Ю. В. Договори Київської Русі з Візантією як джерело середньовічного права і важливий геополітичний інструмент для сучасної України.

В науковій статті автор робить ґрунтовний історико-правовий аналіз текстів міжнародних договорів Київської Русі з Візантією. Робиться акцент на тому, що зміст таких договорів, в першу чергу, залежить від військово-політичної ситуації, яка складалася навколо двох могутніх держав.

Автор також доводить, що ці договори стали важливим джерелом середньовічного права і мали вплив на розвиток державно-правових традицій Київського державства, так і Грецької імперії.

Також автор проводить паралелі з сучасною Україною, яка є законною історичною правонаступницею Київської Русі, і доводить необхідність і можливість використання позитивного історико-правового досвіду, набутого в цих договорах для регулювання військово-політичної і соціально-економічної ситуації в Україні.

Ключові слова: Київська Русь, Візантія, міжнародні договори князів, писане право, джерело права, середньовічне право, Руська Правда, міжнародне приватне право, міжнародне публічне право, історична спадщина України, історико-правовий досвід.

Summary

Sagaidak Y. The Contracts Kievan Rus with Byzantium as a source of law Kievan Rus and important instrument for geopolitical situation in modern Ukraine.

In the scientific article reveals the contents of international treaties of Kievan Rus and Byzantium (907, 911, 944, 971 years), who were the first examples of written contract law between two powerful states - Kievan Rus and the Greek empire.

Also in the article, the author gives historical and legal analysis of their contracts, appreciating the role of contracts of Kievan Rus and the Byzantine Empire to modern Ukraine, which is the legal successor of Kievan Rus.

Contracts of Oleg 907 and 911 are interconnected and complement each other. They were like rules of international public and private international law.

The Treaty of Igor 944 (945) years clearly shows the influence of the medieval Kievan Russian rights to Greek law.

Later, the provisions of this contract will be part of the Russian Truth. Each contract was a some measure of concessions Slavic customary law, which Byzantium could agree, depending on the political situation. (Kievan Rus' rights).

The contracts Kievan's princes with the Greeks are an important historical source of law in Ukraine. The positive experience that these are contracts can be used in contemporary legal reforms and military-political situation. In purely legal matter, treaties Kievan Rus and Byzantium, has enormous military and political significance for modern Ukraine. Especially in the context of the restoration of historical justice and recognition of our country finally legal successor of Kievan Rus.

Key words: Kievan Rus, contracts Kievan's princes, common law, source of law, international law, Russian Truth, customary law, successor of Kievan Rus.

УДК 342.722:179.9+366

І. Д. СОФІНСЬКА

Ірина Дмитрівна Софінська, кандидат юридичних наук, доцент Українського Католицького Університету

ГРОМАДЯНСТВО НА ПЕРЕХРЕСТІ ВІРНОСТІ ТА КОНСЮМЕРИЗМУ

Традиційно громадянство є одним із основних факторів ідентифікації особи, який надає їй права, накладає обов'язки та дає доступ до певних привілеїв. У наукових колах громадянство розуміють у чотирьох значеннях. По-перше, громадянство можна ідентифікувати як формальний правовий статус особи, який передбачає зв'язок між державою та особою. По-друге, громадянство є своєрідним «пакетом» прав та обов'язків, які належать громадянину конкретної держави. По-третє, громадянство є очевидним «набором» відповідальності, чеснот та навичок, які підкреслюють демократичність конкретної держави. І, по-четверте, науковці стверджують, що громадянство є колективною ідентичністю групи людей, які проживають в межах однієї держави, мають однакові цінності та стиль життя, незалежно від їхньої етнічної, расової, релігійної належності (своєрідний «клуб»), належність до якого передбачає як виконання формальних вимог, так і отримання своєрідного «бонусу» у вигляді соціального забезпечення, безвізових мандрів іншими країнами чи полегшеного ведення бізнесу)¹.

Усі ці значення громадянства передбачають виникнення у громадянина відчуття вірності державі (постійної, насамперед державі народження, а також походження або тимчасової, державі проживання), тобто, приналежності до неї та ідентичності, насамперед політико-правової.

Питання сутності та правової природи громадянства, еволюція його концепції ставали неодноразово предметом багатьох наукових та політико-правових дискусій і обговорень не лише в Україні, але й у світі. Порівняно нещодавно, 15 січня 2014 р., у Страсбурзі було проведено спільні дебати депутатів Європейського

Парламенту, представників Комісії Європейського Союзу та Ради Європейського Союзу на тему «EU citizenship for sale» (Громадянство Європейського Союзу на продаж). Йшлося власне про знецінення паспорта як основного атрибуту громадянства у зв'язку із актуальністю його отримання у зв'язку з інвестицією або його т.зв. «купівлею за готівку» у сенсі cash-for-passport.

Зокрема, Вів'єн Редінг, Комісар Юстиції Європейського Союзу (у Комісії Ж.-М. Баррозу II), у своїй промові наголосила, що «громадянство не повинно бути на продаж», оскільки «паспорт – це не лише аркуш паперу чи офіційний документ, це також набір прав та обов'язків громадянина перед кожною державою-учасницею Європейського Союзу», а тому Комісія Європейського Союзу «очікує, що кожна його держава-учасниця свідомо майбутніх наслідків свого рішення». На її переконання, громадянство не потрібно сприймати легковажно, оскільки це «засадничий елемент Європейського Союзу, а тому не можна на нього почитати цінник»². То ж постає питання: з якою метою людина прагне отримати громадянство іншої держави?

Очевидно, що у сучасній концепції громадянства йдеться не лише про моральні аспекти прийняття особи до громадянства. Час стирає певні за давніми стереотипами і виникають нові підстави отримання громадянства, які знаходяться на перетині правового, економічного (фінансового), соціального та політичного векторів. Певною новелою сучасної концепції громадянства є ситуація, коли особа набуває (чи отримує) громадянство за потребою чи мотивованим бажанням, не маючи жодного національного (чи етнічного) споріднення з цією державою та використовуючи таке громадянство у власних меркантильних інтересах.

Зрозуміло, що такі споживацькі настрої посилюють ефект консюмеризму у концепції громадянства і можуть породити такий феномен, як «безґрунтність» особи (*rootlessness*). Насамперед йдеться про випадки, коли громадянство отримують для подальшої спортивної, наукової, музичної чи політичної кар'єри, участі у воєнних кампаніях або успішного провадження бізнесу без очевидної потреби в укоріненні (*rootedness*) особи у суспільство держави набутого громадянства. Такий меркантильний підхід можна охарактеризувати явищем «перекотиполя», оскільки в результаті отримання альтернативного громадянства можуть з'явитися особи, які не володітимуть повним «набором» громадянських прав, а тому не відчуватимуть жодного обов'язку вболівати за державу альтернативного громадянства, не будуть їй вірними.

Необхідно звернути увагу на те, що принцип вірності *nemo potest exuere patriam* є визначений у британському праві ще з часів «Великої хартії вольностей» (Magna Carta) 1215 року. Нам відомі чотири виміри принципу вірності, однак у цій статті ми зупинимося лише на першому з них. Йдеться про абсолютну вірність (*Ligeantia naturalis, absoluta, pura et indefinita*), яка визначається природно, є первинною та існує від народження людини (*alta ligeantia*). Зазвичай, такий вимір принципу вірності під час існування Британської імперії не стосувався лише дітей дипломатів, окупантів та загарбників.

Згодом, з початку XVIII ст., принцип вірності передбачав, що жодна особа, яка за народженням або в результаті натуралізації задовольняла усі вимоги (громадянства), хоча і була переміщена в іншу державу, де її сім'я проживала, зберігає вірність Британській Короні, від якої ця особа ніколи не може відмовитися або втратити, лише на підставі акта парламенту або визнання незалежності чи передачі частини Британської території, де вона проживає, іншій державі. Також він був підтверджений у британському Акті про натуралізацію 1870 р., що дозволило багатьом людям відновити своє британське громадянство, яке вони успадкували від батьків, хоча й народилися поза межами ОК. Протягом століть текст присяги на підтвердження вірності Британській Короні практично не змінився, на даний час він звучить так: «Я ... присягаю, що буду вірним Її Величності королеві Єлизаветі II та її спадкоємцям, відповідно до закону. Хай допоможе мені Бог!».

Принцип вірності (*allegiance*) у контексті громадянства за місцем народження особи як *jus soli* присутній у британській справі Келвіна (*Calvin's Case*) 1608 р., що однак не завадило цій справі відіграти значну роль згодом, під час становлення громадянства у США³. У цій справі йшлося про те, що дитина, народжена у Шотландії після об'єднання Корон у 1603 р., є водночас громадянином Англії (т.зв. *Postnati case*).

Суддя Верховного суду США Джон Маршал у справі *United States v. Wiltberger* 1820 р. зазначив, що «державна зрада є порушенням вірності, скоєна лише тим, хто присягнув постійно чи тимчасово»*. Вважається, що постійна вірність є притаманна громадянам, а тимчасова – тим особам, які мають дозвіл на проживання**.

Зокрема, у ст. 2 ч. 1 п. 5 Конституції США 1787 р. сказано, що «жодна особа, крім громадянина за народженням [...] не може бути обрана на посаду Президента або Віце-Президента США»⁴. Однак варто зазначити, що таке конституційне положення про громадянство за народженням глави держави є непоодиноким. Схожа кваліфікаційна вимога передбачена у конституціях багатьох демократичних держав, а саме: Аргентини (ст. 89), Болгарії (ст. 93 ч. 2), Грузії (ст. 70 ч. 2), Естонії (ст. 79 ч. 3), Колумбії (ст. 191), Литви (ст. 78 ч. 1)^{***}, Мексики (ст.82), Фінляндії (ст. 54 ч. 1) тощо.

* Детальніше дивитися тут: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/18/76/case.html>

** Сучасний текст американської присяги є таким: «Тут заявляю, під присягою, що я абсолютно і повністю відмовляюся і відрікаюся від усієї відданості і вірності будь-якій іноземному монарху чи державі, чийм підданим або громадянином був; що я буду підтримувати і захищати Конституцію і закони Сполучених Штатів Америки від усіх ворогів, зовнішніх і внутрішніх; що я буду їм вірним; що я використаю зброю від імені Сполучених Штатів, коли закон цього вимагатиме; що я буду служити в Збройних силах Сполучених Штатів, коли це коли закон цього вимагатиме; що я буду виконувати роботу державної ваги під цивільним керівництвом, коли закон цього вимагатиме; і що я приймаю ці зобов'язання добровільно без будь-яких психічного застереження або цілі ухилення; Хай допоможе мені Бог!»

*** Йдеться про **Валдаса Адамкуса**, який народився у Литві, згодом емігрував до США, де отримав громадянство у зв'язку із натуралізацією, після перебудови повернувся до Литви, де у 1998 р. був обраний Президентом. Зважаючи на необхідність виконання всіх конституційних вимог, за повідомленнями його офісу відмовився від американського громадянства.

Очевидно, що конституційно-правова концепція громадянства – явище знайоме і для законодавства України. Зберігаючи певну законодавчу спадкоємність, варто нагадати, що 2 березня 1918 р. Малою Радою був ухвалений закон про громадянство УНР, де було передбачено, що особи, які народилися та постійно проживали в Україні, мали «зложити урочисте приречення на вірність УНР»⁵. А у додатку до закону «Про громадянство Української Держави» від 2 липня 1918 р. передбачалася присяга такого тексту: «Обіцяю та заприсягаюсь бути завжди вірним Українській Державі, як своїй батьківщині, охороняти інтереси Держави і всіма силами своїми допомагати її славі і розцвіту, не жалкуючи для цього навіть і свого життя»⁶.

Однак у чинному Законі України «Про громадянство України» № 2235-III від 18 січня 2001 р. чи у наказі Міністерства внутрішніх справ «Про затвердження Порядку оформлення і видачі паспорта громадянина України» № 320 від 13 квітня 2012 р. немає жодної згадки про прийняття присяги на вірність державі. Саме тому 29 серпня 2015 р. була подана до Президента України електронна петиція про зміну процедури видачі паспорта громадянина України, включивши до неї обов'язкове прийняття присяги на вірність державі, однак в установленний строк не набрала необхідної кількості голосів (419 з необхідних 25 000). Отже, на даний час у законодавстві України є розірваний зв'язок між громадянином та його вірністю державі.

Наявність громадянства України, т.зв. ценз громадянства, відповідно до Конституції України 1996 р. є вимогою до кандидата в народні депутати України (ст. 76), на посаду Президента України (ст. 103), на посаду судді (ст. 127), на посаду судді Конституційного суду України (ст. 148) тощо⁶. Однак, оскільки вони не вважаються державними службовцями, то відповідно до ст. 3 п. 3 Закону України «Про державну службу» № 889-VIII від 10 грудня 2015 р. дія цього закону на них не поширюється⁷.

Передусім дія цього закону поширюється на державних службовців: секретаріату Кабінету Міністрів України; міністерств та інших центральних органів виконавчої влади; місцевих державних адміністрацій; органів прокуратури; органів військового управління; закордонних дипломатичних установ України тощо (ст. 3 п. 2). Важливим у контексті громадянства є положення ст. 19 цього ж закону, де п. 6 ч. 2 чітко передбачає, що «на державну службу не може вступити особа, яка має громадянство іншої держави». Така законодавча вимога, ймовірно, стала однією із ймовірних підстав відставки декількох міністрів із уряду А. Яценюка (2014–2016 рр.), оскільки вони мали громадянство інших держав (Грузії, Литви, США) і могли його втратити⁸.

У межах Європейського Союзу принцип вірності у контексті громадянства «розчиняється» на підставі реалізації концепції вільного руху та громадянства ЄС (відповідно до ст. 20 Угоди про функціонування Європейського Союзу). До прикладу, ст. 45(4) Угоди про функціонування Європейського Союзу передбачає вільний рух робочої сили (*free movement of workers*) та заборону дискримінації на підставі громадянства⁸. Однак це положення не стосується доступу до публічної служби у державах – членах Європейського Союзу⁹.

Протягом останніх 20 років Комісія ЄС отримала велику кількість скарг, петицій, звернень та парламентських запитів щодо інтерпретації ст. 45(4) Угоди про функціонування Європейського Союзу. Вважається, що публічна служба у державах – членах Європейського Союзу є частиною їхнього суверенітету, а тому вони можуть «резервувати» такі посади для власних громадян, забезпечуючи застосування принципу вірності¹⁰. Таке трактування підтверджується у рішеннях Європейського Суду Справедливості у декількох справах:

– *Сотгіу проти Федеральної Пошти Німеччини* (1974 р.), де було підтверджено, що положення Угоди про функціонування ЄС дозволяє державам – членам Європейського Союзу обмежувати доступ іноземних громадян до публічної служби, однак, якщо іноземець є допущений до публічної служби, то далі не може бути мови про дискримінацію на підставі громадянства (у Німеччині поштарі є державними службовцями)¹¹;

– *Комісія ЄС проти Королівства Бельгії* (1980 р., 1982 р.), де йшлося про вимогу, по-перше, наявності вірності та взаємних прав та обов'язків між державою та працівником і, по-друге, такі працівники володіють зобов'язаннями, створеними для захисту загальних інтересів держави. А тому Комісія ЄС була проти вимоги Бельгії про необхідність мати бельгійське громадянство, для того, щоби працювати садівником, слюсарем-сантехніком, електриком, вчителем, архітектором, машиністом тощо¹²;

– *Комісія ЄС проти Франції* (1986 р.), де було сказано, що робота медичної сестри у державній лікарні не вимагає наявності французького громадянства у працівника¹³;

– *Лорі-Блюм проти землі Баден-Вюртемберг* (1986 р.), де встановлено, що положення ст. 45(4) розповсюджується на роботу вчителя, навіть не зважаючи на те, що в Німеччині усі вчителі є державними службовцями, а тому повинні бути винятково громадянами Німеччини (Д. Лорі-Блюм була громадянкою ОК, яка вчилася на вчителя у Німеччині)¹⁴;

– *Комісія ЄС проти Італії* (1987 р.), де було встановлено, що Італія не виконала свої зобов'язання у контексті вищезгаданої статті Угоди про функціонування ЄС (п. 9)¹⁵;

– *Комісія ЄС проти Великого Герцогства Люксембург* (1996 р.), де Комісія не погодилася з твердженням держав – членів Європейського Союзу використовувати виняток публічної служби в інституційному контексті «публічного сектору»^{***} та обмежувати іноземним громадянам доступ до роботи¹⁶. Суд не погодився з аргу-

* Детальніше дивитися тут: <http://www.hai-nyzhnyk.in.ua/doc2/archiv.getmanat.php>

** Наприклад, у примітці до вищезгаданого закону «Про громадянство Української Держави» від 2 липня 1918 р. сказано, що «на державних та публічно-громадських посадах чужоземці можуть служити в тих установах, де це допускається винятковим законом».

*** Відомо, що публічний сектор держав – членів Європейського Союзу становить в середньому 20 % від загального ринку праці у кожній з них (від 12 % до 33 %). Мобільність в межах ЄС стосується насамперед таких сфер, як публічне здоров'я, освіта та наука.

ментом Люксембурга про те, що обмеження доступу іноземців до публічної служби є важливим способом збереження національної ідентичності держави. Однак Суд визнав прийнятним те, що обмеження доступу іноземців до публічної служби на підставі застосування мовного цензу, досвіду, професійних кваліфікацій чи освітнього ступеня може бути легітимною метою збереження національної ідентичності держави¹⁷.

Традиційно, держави – члени Європейського Союзу «резервують» для власних громадян посади в органах публічної влади (глава держави, член парламенту, член уряду), у судових, правоохоронних органах та пенітенціарній службі, у поліції, прикордонній, пожежній та охоронній службах, у збройних силах, у службі безпеки та дипломатичній службі¹⁸. Питання отримання громадянства у зв'язку із роботою у державній службі (*public service*) має давню історію. У європейських державах, отримати громадянство внаслідок натуралізації (вторинне громадянство) може будь-яка особа, яка:

- проживала за кордоном, але перебувала на державній службі Ірландії (ст. 16(f) закону про громадянство Ірландії 1956 р. зі змінами від 2004 р.);

- перебувала на державній службі Італії протягом п'яти років, в країні чи за кордоном (ст. 9(1)(с) закону про громадянство Італії 91/92, зміненого та доповненого законом 94/2009);

- проживала у Німеччині протягом трьох років, працювала у державній службі, а також отримання громадянства такою особою становить спеціальний інтерес для Німеччини (ст. 8 закону про громадянство Німеччини, прийнятого ще у 1913 р., останнім разом зміненого та доповненого у 2012 р.);

- особа, яка протягом п'яти років працювала в Об'єднаному Королівстві, міжнародній організації, членом якої є Об'єднане Королівство, або в компанії або асоціації, яка зареєстрована в Об'єднаному Королівстві (ст. 6(1) консолідованого закону про британське громадянство від 1981 р., додаток 1(1)d(ii)).

Однак варто зазначити, що проведення референдуму в Об'єднаному Королівстві про вихід із ЄС (т.зв. Brexit), де 51,9 % британців проголосували «за» (Англія та Уельс – «за», Лондон, Північна Ірландія та Шотландія – «проти»), вільне пересування британців у межах ЄС у контексті громадянства ЄС на підставі ст. 20 Угоди про функціонування Європейського Союзу опинилося під загрозою.

В останні дні червня 2016 р. Ірландія, за повідомленням агентства ВВС, вимагає від британців зупинити подачу заяв на отримання ірландського паспорта (радіше ніж громадянства), яка набула масового явища. Згідно з ірландським законодавством будь-яка особа, яка народилася в Ірландії, а також у Північній Ірландії або за кордоном і має одного з батьків чи прабатьків ірландців може отримати ірландське громадянство, за винятком, якщо вони були державними службовцями)*. Така «гонитва» за паспортом Ірландії як держави – члена ЄС є спровокована очевидними негативними наслідками британського референдуму для тих британців, які живуть і працюють в ЄС, у світлі дотримання вимог і квот для майбутнього отримання віз, дозволів на проживання та працевлаштування в ЄС**.

Типовою підставою припинення громадянства внаслідок його втрати є здійснення (державної) служби на користь іншої держави¹⁹. Тут необхідно зазначити, що у світовій практиці основною формою припинення громадянства у такому випадку насамперед є втрата раніше отриманого громадянства на підставі натуралізації, т.зв. вторинного громадянства (оскільки первинним громадянством вважаємо те, яке набуто особою від народження).

Припинення громадянства у формі його втрати, зазвичай, фігурує у двох видах: по-перше, на підставі рішення органу держави та, по-друге, автоматично. Перший вид втрати громадянства може бути застосований на підставі рішення органу держави внаслідок здійснення особою (державної) служби на користь іншої держави і притаманний передусім таким державам, як:

- Австрія (якщо особа, яка працює на іншу державу, і своєю діяльністю завдає суттєвої шкоди інтересам та репутації Австрії, відповідно до ст. 33 федерального закону Австрії про громадянство від 1985 р. зі змінами від 2006 р.);

- Бразилія (якщо особа отримала грошову винагороду або посаду від іноземного органу влади без попереднього дозволу влади Бразилії, згідно зі ст. 22(2) закону про громадянство Бразилії);

- Греція (якщо особа прийнята на державну службу іноземної держави, незважаючи на чітку заборону уряду Греції, відповідно до ст. 17(1)(а) кодексу про громадянство Греції, прийнятого у вигляді закону № 3284/2004 зі змінами, внесеними законом № 4332/2015);

- Естонія (особа, яка перебуває на державній службі іноземної держави без дозволу влади Естонії, на підставі ст. 28(1)(1), 28(3) закону про громадянство Естонії від 1995 р. зі змінами від 15 червня 2006 р.);

- Косово (особа, яка є членом органів служби безпеки чи поліції іноземної держави без дозволу влади Косово чи міжнародними договорами відповідно до положення ст. 24(2) закону про громадянство Косово № 04/L-215);

- Латвія (особа, яка перебуває на військовій службі, службі в органах внутрішніх справ чи служби безпеки іноземної держави без дозволу уряду Латвії, згідно зі ст. 24(1)(2) закону про громадянство Латвії від 1994 р.);

* За повідомленням агентства Euronews 43 000 осіб народилися в Ірландії, а кожен четвертий британець має ірландське походження (одного з батьків чи прабатьків – ірландців).

** На початку липня 2016 р. віце-канцлер, міністр економіки і енергетики ФРН Зігмар Габріель запропонував надавати німецьке громадянство тим молодим британцям, які живуть у Німеччині, Італії чи Франції, щоби вони могли залишатися громадянами ЄС надалі, оскільки більшість британської молоді проголосувала проти виходу Об'єднаного Королівства з ЄС.

– Литва (особа, яка перебуває на службі іноземної держави без дозволу Литви відповідно до ст. 24(4) закону про громадянство Литви № XI-1196 від 2 грудня 2010 р., зі змінами внесеними законом № XII-269 від 5 вересня 2013 р.);

– США (особа, яка перебуває на службі в уряді іншої держави, володіючи громадянством цієї держави та маючи намір відмовитися від громадянства США, на підставі ст. 349(4) закону про імміграцію та громадянство США від 2004 р. зі змінами від 2013 р.)****;

– Туреччина (особа, яка перебуває на службі в іншій державі, незважаючи на інтереси Туреччини і добровільно не припиняє її протягом трьох місяців після отримання повідомлення, виданого органами влади Туреччини відповідно до ст. 29(а) закону про турецьке громадянство № 5901/2009);

– Франція (особа, яка перебуває на державній службі іноземної держави, незважаючи на прохання уряду Франції припинити таку діяльність згідно із положеннями, передбаченими ст. 23-8 Цивільного кодексу Франції, діє з 1998 р. зі змінами, внесеними законом № 2006-399 від 4 квітня 2006 р.)*****.

Тоді як до європейських держав, у яких існує автоматична втрата громадянства внаслідок здійснення (державної) служби її громадянином на користь іншої держави, належать такі:

– Данія (особа, яка отримала громадянство іншої держави, працюючи там на державній службі, відповідно до ст. 7(2) закону про громадянство Данії, консолідована версія зі змінами від 5 травня 2004 р.);

– Іспанія (особа, яка набула громадянство інакше ніж за народженням і займається політичною діяльністю в іншій державі, незважаючи на чітку заборону уряду Іспанії, на підставі ст. 25 (1)(b) Цивільного кодексу Королівства Іспанії, доповненого законом 52/2007);

– Італія (особа, яка перебуває на державній службі іноземної держави, незважаючи на прохання уряду Італії припинити таку діяльність, відповідно до ст. 12(1) закону про громадянство Італії № 91/92, зі змінами внесеними законом № 94/2009).

Отже, як висновок, слід наголосити, що сучасна концепція громадянства поступово зазнає суттєвих геополітичних змін, оскільки громадянство перестав бути винятковою ознакою приналежності особи до держави та вірності їй. Втрачається результат постійного й ефективного зв'язку між особою та державою, який зазвичай проявляється в реальній інтеграції особи у суспільство та активної участі у його житті. Основним трендом у контексті громадянства з початку ХХІ ст. став консюмеризм у вигляді продуманої, ефективної, мотивованої та спланованої діяльності особи, спрямованої насамперед на покращення свого добробуту.

¹ Bauböck R. Stakeholder Citizenship: An Idea Whose Time Has Come? / R. Bauböck // Washington DC: Migration Policy Institute, 2008. – P. 3.

² Reding V. Citizenship must not be up for sale / Speech/14/18 on Plenary Session debate of the European Parliament on «EU citizenship for sale», Strasbourg, 15 January 2014 / V. Reding / Офіційний сайт Комісії Європейського Союзу : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-18_en.htm (P. 3–4). – Дата доступу: 07.01.2016.

³ Price P. J. Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin's Case (1608) / P. J. Price / Yale Journal of Law and the Humanities, Volume 9, Issue 73, 1997. – P. 97–132.

⁴ Heringa A.W. and Kiiver Ph. Constitutions compared: an introduction to comparative constitutional law. Intersentia: Antwerp – Oxford – Portland, 2009. – P. 26.

⁵ Кудлай О. Б. Створення та діяльність народного міністерства міжнародних справ Української Народної Республіки (червень 1917 – квітень 1918 рр.) / О. Б. Кудлай. – К., 2008. – С. 101.

⁶ Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁷ Про державну службу: Закон України № 889-VIII від 10 грудня 2015 р. // Офіційний вісник України. – 2016. – № 3. – С. 28. – Ст. 149, код акту 80271/2016.

⁸ Blackstone's EU Treaties and Legislation 2009–2010 / N. Foster // Oxford University Press, 2009. – P. 638.

⁹ Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector. Current Issues and State of Play. General Report – Part I / Report for the European Commission by Jacques Ziller // European Group for Public Administration (EGPA), European Commission, 2010. – P. 10, 13, 20–26, 99.

¹⁰ Barnard C. (2013) The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms / Fourth Edition. Oxford University Press. – P. 517.

¹¹ Рішення Європейського суду справедливості у справі C-152/73 Giovanni Maria Sotgiu vs. Deutsche Bundespost від 12 лютого 1974 р. / Офіційний веб-сайт Європейського суду справедливості : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=152/73&td=ALL> – Дата доступу: 01.05.2016.

¹² Рішення Європейського суду справедливості у справі C-149/79 Commission of the European Communities vs. Kingdom of Belgium від 17 грудня 1980 р. та Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium від 26 травня 1982 р. / Офіційний веб-сайт Європейського суду справедливості : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=90501&doclang=en> – Дата доступу: 01.07.2016.

¹³ Рішення Європейського суду справедливості у справі C-307/84 Commission of the European Communities vs. France від 3 червня 1986 р. / Офіційний веб-сайт Європейського суду справедливості : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93620&doclang=EN> – Дата доступу: 01.03.2016.

* Не застосовується у випадках, коли результатом такої втрати громадянства може стати безгромадянство особи. Відомо, що у федеральному законі США про громадянство був розширений список підстав втрати громадянства (серед них з'явилася служба в уряді іншої держави). До прикладу, участь у голосуванні під час виборів в іншій державі могла стати підставою втрати американського громадянства.

** Не застосовується у випадках, коли результатом такої втрати громадянства може стати безгромадянство особи.

¹⁴ Рішення Європейського суду справедливості у справі C-66/85 Lawrie-Blum від 3 липня 1986 р. / Офіційний веб-сайт Європейського суду справедливості : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=66/85&td=ALL> – Дата доступу: 01.03.2016.

¹⁵ Рішення Європейського суду справедливості у справі C-225/85 Commission of the European Communities vs. Italian Republic від 16 червня 1987 р. / Офіційний веб-сайт рішення Європейського суду справедливості : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61985CJ0225> – Дата доступу: 01.03.2016.

¹⁶ Рішення Європейського суду справедливості у справі C-473/93 Commission of the European Communities vs. Grand Duchy of Luxembourg. 1996 / Офіційний веб-сайт законодавства Європейського союзу : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?sessionid=9ea7d2dc30d590f1f8879a884fdb75cb4bcea719759.e34KaxiLc3qMb40Rch0Saxu-Ta3r0?text=&docid=99465&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=539652> – Дата доступу: 01.05.2016.

¹⁷ Craig P. and de Burca Gr. (2015) EU Law: Text, Cases, and Materials (6th ed.) Oxford University Press. – P. 765–767, 770.

¹⁸ Commission Staff Working Document 'Free movement of workers in the public sector' / Brussels, 14.12.2010, SEC (2010) 1609 final – P. 15.

¹⁹ Суржинський М. І. Інститут громадянства України: конституційно-правовий аспект / М. І. Суржинський. – К. : Наукова думка, 2011. – С. 180–181.

Резюме

Софінська І. Д. Громадянство на перехресті вірності та консюмеризму.

Основною метою цієї статті є спроба продемонструвати сучасний стан реалізації концепції громадянства. Якщо раніше громадянство пов'язували з вірністю державі, то зараз все частіше з'являється ефект консюмеризму, який полягає в реалізації меркантильного підходу до вибору громадянства, насамперед з метою покращення власного добробуту. Особливу увагу автор звертає на сучасне законодавче регламентування доступу іноземців до публічної (державної) служби, а також порівнює підстави набуття та втрати громадянства у зв'язку із цим.

Ключові слова: громадянство, вірність, консюмеризм, публічна служба, Україна, Європейський Союз.

Резюме

Софінская И. Д. Гражданство на перекрестке верности и консюмеризма.

Основной целью этой статьи является попытка продемонстрировать современное состояние реализации концепции гражданства. Если раньше гражданство связывали с верностью государству, то сейчас все чаще появляется эффект консюмеризма, который заключается в реализации меркантильного подхода к выбору гражданства, прежде всего, с целью улучшения собственного благосостояния. Особое внимание автор обращает на современное законодательное регламентирование доступа иностранцев к публичной (государственной) службе, а также сравнивает основания приобретения и утраты гражданства в связи с этим.

Ключевые слова: гражданство, верность, консюмеризм, публичная служба, Украина, Европейский Союз.

Summary

Sofinska I. Citizenship on the crossroads of allegiance and consumerism.

In this article I focus merely on current state of implementation of the concept of citizenship. Previously citizenship might be associated with allegiance (loyalty) to the state, but now we might observe a tremendous effect of consumerism on it. It means that more often naturalization as a mode of acquisition of citizenship is connected with specific desire of people to improve their own welfare, but not with true allegiance (loyalty) to the state. Particular attention I pay in this article I pay to the contemporary legislation related to the access of foreigners to the public service, and compare the grounds of acquisition and loss of nationality regarding this.

Key words: citizenship, allegiance, consumerism, public service, Ukraine, European Union.

УДК 349.2:94(477) «1918/1921»

Г. В. ТЕРЕЛА

Галина Василівна Терела, кандидат історичних наук, доцент Вищого навчального закладу Укоопспілки «Полтавський університет економіки і торгівлі»

НАГЛЯД І КОНТРОЛЬ ЗА ДОДЕРЖАННЯМ РОБІТНИЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЗА ДОБИ ДИРЕКТОРІЇ УКРАЇНСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ

В умовах реформування системи органів нагляду і контролю за додержанням трудового законодавства у сучасній Україні доцільним видається аналіз вітчизняного історичного досвіду врегулювання відносин між працівниками і роботодавцями, зокрема за доби Директорії Української Народної Республіки (далі – Директорія УНР). Здобутки і прорахунки державних діячів УНР у вирішенні робітничого питання, значення успіш-

ного врегулювання останнього для забезпечення «соціального миру» в державі як складової «миру загального» повинні бути враховані і на сучасному етапі проведення соціальних реформ.

Актуальність теми зумовлюється і тим, що на сьогодні в науковій літературі відсутні спеціальні дослідження нагляду та контролю за додержанням робітничого законодавства як в Українській Народній Республіці загалом, так і за доби Директорії УНР зокрема. Окремі питання привертали увагу науковців О. Реснта, Б. Андрусишина, П. Гай-Нижника, О. Олійника. Разом з тим, організаційно-правові засади діяльності наглядових органів, спроби законодавчого закріплення правового статусу інспекцій праці за Директорії УНР потребують ґрунтовного вивчення, чим і обумовлюється **мета статті**.

26 грудня 1918 р. у своїй програмній Декларації Директорія заявила про наміри «...творення нових, справедливих... соціальних і політичних форм»¹. Порятунком держави від подальшого «господарського та промислового занепаду... та безоглядної експлоатації робітництва» очільники Директорії вбачали можливим, зокрема, через запровадження на підприємствах «державного робітничого контролю»².

Намагаючись задовольнити інтереси робітників, Постановою від 9 грудня 1918 р. Директорією УНР були відмінені всі закони і постанови гетьманського уряду в сфері робітничої політики. Був поновлений восьмигодинний робочий день, відновлено право на укладання колективних договорів, проведення страйків, поновлювалися права робітничих фабричних комітетів³.

Реагуючи на чисельні факти закриття значної кількості підприємств після повалення Гетьманату, Рада Народних Міністрів (далі – РНМ) Постановою від 30 грудня 1918 р. визначила ряд заходів, спрямованих на врегулювання цієї проблеми. Так, усі заводи, фабрики та майстерні Києва, які діяли до 14 грудня 1918 р., повинні були негайно відновити виробництво та допустити робітників до праці. Заводууправлінням заборонялося припиняти роботу без згоди міністра праці. За невиконання цих положень заводууправління притягувалися до відповідальності за законами військового часу⁴.

Безпосереднє вирішення робітничого питання покладалося на Міністерство праці, яке у складі уряду В. Чехівського, очолив Л. Михайлів. Наприкінці грудня 1918 р., реагуючи на візит до міністра праці делегації від «професійної спілки металістів» Києва, та з метою з'ясування причин закриття низки металургійних заводів Міністерство праці заснувало спеціальну комісію. До її складу увійшли представники від Міністерства праці, Міністерства торгу і промисловості, Центрального бюро профспілок м. Києва, профспілки «Металіст», а також по одному представнику від заводських комітетів і заводууправління⁵. Відреагувало Міністерство праці і на прихід делегації від робітників м. Конотоп у справі звільнення гетьманським урядом залізничників і проблеми безробіття, заснувавши чергову спеціальну комісію для з'ясування ситуації⁶.

Усвідомлюючи, що контроль за тією чи іншою окремою галуззю не рятував загального становища, 14 січня 1919 р. Директорія видала Закон про контроль за підприємствами, які закривалися або припиняли діяльність. При Міністерстві праці була створена центральна комісія, а в кожному губерніальному місті – губерніальні комісії⁷. Якщо з'ясувалося, що підприємство закривалося навмисне, підприємці притягувалися до кримінальної відповідальності (арешт строком від 3-х до 6-ти місяців або ув'язнення до 1 р. 4 міс.). Голова комісії мав право накладати арешт на рахунки підприємства. Утім, через військові події у січні – лютому 1919 р. заснування цих комісій відбулося лише у Києві, Вінниці та Житомирі, та й останні теж не встигли розгорнути діяльність через перехід влади до більшовиків⁸.

У лютому 1919 р. Міністерство праці затвердило «Тимчасове положення про головну та районні ради соціального забезпечення й охорони праці»⁹. Відповідно до останнього Головна рада визначалася вищим органом при Міністерстві праці, яка, з-поміж іншого, здійснювала управління та нагляд у сфері охорони праці. На місцях Головна рада мала проводити свою політику через підлеглі їй районні Ради соціального забезпечення й охорони праці.

Згідно з Положенням очолювана міністром праці Головна Рада складалася із виборних (строком на 1 рік) представників, а саме: 8-ми – від Всеукраїнської ради профспілок, 4-х – від Всеукраїнського з'їзду чи центрального об'єднання кас хворих, 2-х – від Всеукраїнського об'єднання товариств забезпечення, 6-ти – від Всеукраїнського об'єднання підприємців. Членами Головної Ради були також призначені представники від міністерств праці, юстиції, народного господарства і народного здоров'я та опіки.

Основним завданням Головної ради було здійснення «загального догляду» за виконанням законів про соціальне забезпечення й охорону праці. На виконання цих законів Головна рада мала право розробляти та видавати правила, інструкції, постанови, розпорядження й обіжники. Розгляду Головної Ради праці, яка була наділена правом законодавчої ініціативи, підлягали всі законопроекти в сфері соціального забезпечення й охорони праці.

Будучи наділеною «всіма правами урядової установи» Головна Рада праці мала право вимагати від підприємців та робітників подання необхідних даних, проводити огляд підприємств, викликати і опитувати підприємців, свідків і потерпілих¹⁰. Районні ради мали аналогічні повноваження у межах району, на який вони поширювали свою дію¹¹.

Ситуація із вирішенням соціально-економічних питань значно погіршилася після відходу від влади соціалістичних лідерів: голови Директорії В. Винниченка і голови Ради Міністрів В. Чехівського, і приходу до керма держави діячів правого напрямку. Уряд, на чолі якого став маловідомий і неавторитетний економіст право-соціалістичної орієнтації С. Остапенко, сформований 13 лютого 1919 р., відмовився від багатьох задекларованих лозунгів Директорії, в тому числі і з робітничого питання¹². Міністерство праці в уряді С. Остапенка було ліквідовано.

Ситуація змінилася лише з черговою зміною уряду, який очолив 9 квітня 1919 р. Б. Мартос. Уже 12 квітня у своїй програмній декларації РНМ проголосила основним завданням відновлення «продуктивної діяльності народного труда». Великі надії поклалися на профспілки, уряд декларував «повну волю професійного руху на Україні»¹³. Знову було відновлено діяльність Міністерства праці на чолі із галицьким українським соціал-демократом Й. Безпалком.

Вбачаючи важке становище робітників, Міністерство праці намагалося взяти ситуацію під контроль на місцях через комісаріати праці. Останні функціонували на основі постанови Тимчасового уряду від 11 липня 1917 р. як за часів Центральної Ради, так і Гетьманату, а тому саме через них було найпростіше впроваджувати політику міністерства. Водночас через неодноразову зміну військово-політичної обстановки місцеві комісаріати доводилося створювати практично наново. Комісари праці призначалися Міністерством праці із кандидатур, запропонованих місцевими центральними бюро професійних спілок. Кошторисом місцевих органів праці, який був розроблений ще за Гетьманату та використовувався Директорією у перші місяці існування, передбачалося фінансування 15-ти комісаріатів, на утримання яких виділялося 27 765 крб. на місяць¹⁴.

У жовтні 1919 р. Департаментом охорони праці Міністерства праці були вироблені нові штати місцевих комісаріатів, серед яких чотири (Київський, Катеринославський, Харківський та Одеський) отримали статус районних. До складу кожного з них входили, крім районного комісара, його помічник, 2 інспектори-фахівці, місцевий комісар, 2 інспектори, старший діловод, діловод місцевого комісара, статистик, 2 рахівники, канцелярський урядовець, та друкарка¹⁵. В інших місцях передбачалося створити ще 5 районних комісаріатів, під керівництвом яких мали працювати 47 комісарів та 90 молодших інспекторів. Всього за штатним розписом передбачалося 9 посад районних комісарів, 51 – місцевих комісарів, 102 – молодших інспекторів, 51 – статистиків, а загалом по Україні штат районних комісарів повинен був скласти 457 службовців.

Наприкінці 1919 р. виконуючий обов'язки міністра праці С. Гольдельман видав розпорядження місцевим комісаріатам праці вжити заходів до негайного відновлення діяльності всіх робітничих організацій, а саме: робітничих (фабрично-заводських) комітетів, профспілок, робітничих клубів, кооперативів¹⁶. На комісарів праці покладался обов'язок забезпечувати широку гласність законів через місцеву пресу, поширювати їхній зміст серед робітників та доводити до відома цивільної і військової влади на місцях. Однак на практиці втілити ці наміри було вкрай важко, реальне життя часто йшло всупереч волі центрального керівництва. «... декрети Директорії, її благі наміри, її декларації були собі хорошими словами, а в дійсності були отаманські діла з поганими наслідками», – зазначав В. Винниченко¹⁷. «Все лихо Директорії було в тому, – продовжував він, – що вона не мала відповідних органів, які проводили би в життя її програму»¹⁸.

У роки Директорії УНР продовжували працювати і фабричні інспектори, однак вони мали вужчі повноваження в порівнянні із дореволюційним періодом, здійснюючи лише санітарний та технічний нагляд. Так, старшим фабричним інспектором Харківської губернії за 2 тижні (з 15 лютого по 1 березня 1919 р.) було здійснено 12 санітарно-технічних оглядів промислових закладів у Харкові та видано 2 дозволи на встановлення парових двигунів¹⁹. Натомість інші питання у сфері нагляду і контролю за додержанням робітничого законодавства покладалися на комісаріати праці. Зокрема, за повідомленням фабричного інспектора 4-го відділення Харківської губернії від 19 лютого 1919 р., робітники, що зверталися до нього з питань порушення їхніх прав, направлялися до комісара праці чи то до правління лікарняних кас²⁰.

Міністерством народного господарства, у віданні якого перебували фабричні інспекції, були розроблені тимчасові штати фабричної інспекції. Останні були затверджені Кабінетом Народних Міністрів 6 вересня 1919 р. На утримання фабричних інспекторів уряд виділив 399 750 грн²¹.

Повноваження самого Міністерства праці були детально виписані у його Статуті, прийнятому Малою Радою Міністрів 25 червня 1921 р., – уже у період діяльності уряду УНР в екзилі²². Так сталося, що протягом всього свого існування Директорія жодного разу не розповсюджувала юрисдикції на всю територію України. Оскільки підконтрольні їй території через військові дії весь час змінювалися, то проведення внутрішньої політики перебувало у великій залежності від загальної військово-політичної обстановки на фронтах. Тому саме період перебування уряду Директорії УНР в екзилі став найбільш продуктивним у плані законотворчості. При цьому Міністерству праці вдалося не лише розробити проекти законів, але й частину з них ухвалити представницьким органом Державного центру УНР в екзилі – Радою Республіки. Остання була утворена 3 лютого 1921 р. відповідно до Закону УНР «Про Раду Республіки» від 9 січня 1921 р. і офіційно проіснувала до 5 серпня 1921 р. Починаючи з жовтня 1920 р. посаду міністра праці займав В. Садовський.

Згідно зі Статутом Міністерство праці визначалось як окрема центральна державна установа УНР, яка відає усіма справами, що виникають із «взаємовідносин між підприємцями і працівниками в усіх галузях найманої як фізичної, так і інтелектуальної праці»²³. Серед першочергових повноважень Міністерства праці було розроблення законопроектів та нагляд «за переведенням у життя законів щодо охорони життя, здоров'я і гігієнічних умов роботи для працівників в усіх галузях найманої праці»²⁴.

Одним із департаментів, які визначалися «вищими органами адміністративно-технічного керування і догляду», був Департамент охорони праці. Він, у свою чергу, поділявся на такі відділи: охорони праці в промислі, гірництві, транспорті, торгівлі; охорони праці в рільництві і огородництві, лісництві та у інших галузях, тісно з ними пов'язаних; охорони праці в ремісництві і хатній промисловості; комісарсько-інспекторський відділ та відділ конфліктів²⁵. На комісарсько-інспекторський відділ покладался обов'язок організації місцевих установ Міністерства, координація та нагляд за їх діяльністю.

Передбачалося, що місцевими установами Міністерства праці повинні були стати інспекції праці. Відповідний законопроект розроблявся ще за часів Центральної Ради, а тому був одним із перших, що стояв на порядку денному Законодавчої комісії Міністерства праці невдовзі після перемоги Директорії. Однак справа не була доведена до кінця і до цього питання Міністерство праці повернулося уже перебуваючи в екзилі.

Запровадження інспекцій праці вбачалося на той час досить актуальним завданням, належне виконання якого могло сприяти порозумінню між робітниками та роботодавцями. Так, у пояснювальній записці Міністерства праці до законопроєкту про страйк зазначалося, що «маючи хорошу державну інспекцію праці і закони для охорони інтересів робітників, держава тим самим захищає свої економічні інтереси, бо виходячи з інтересів охорони праці і держави не допускає до страйків ... а винаходить інші засоби залагодити конфлікти, порушення інтересів і т. д. мирними шляхами»²⁶.

Лише на кінець березня 1921 р. роботу над проєктом Закону «Про інспекцію праці» було завершено і внесено на розгляд РНМ.

Згідно законопроєкту інспекція праці являла собою місцевий орган Міністерства праці, який складався із окружних, районних інспекторів праці та помічників останніх. На посади інспекторів мали призначатися особи незалежно від статі, які склали іспит перед спеціальною комісією при Міністерстві праці зі знань «наук соціальних, юридичних, промислової гігієни і робітничого питання»²⁷.

При окружних інспекціях праці передбачалося функціонування Ради окружної інспекції, чисельний склад якої визначався Міністерством праці залежно від ступеню розвитку місцевої промисловості. Це був виборний орган, до складу якого входили представники профспілкових організацій (їх перелік визначало Міністерство праці) та органів місцевого самоврядування. Представництво роботодавців не передбачалося.

Рада надавала висновки з питань застосування інспекторами наглядових повноважень за додержанням робітничого законодавства. Такі повноваження були першочерговими і полягали у здійсненні «догляду» (нагляду...) за виконанням підприємцями та працівниками «... законів, наказів й правил, що встановлюють їхні обов'язки та взаємні відносини»; нагляду за додержанням законів і правил про режим робочого часу, про охорону праці жінок і неповнолітніх, про санітарно-гігієнічний стан підприємств; нагляду за виконанням правил про «шкільну науку» неповнолітніх працівників»²⁸.

Проаналізувавши законодавство щодо відповідних наглядових органів, яке діяло на теренах України впродовж останніх років, співробітники Міністерства праці змогли визначити нові організаційно-правові принципи, на основі яких мала функціонувати система інспекцій праці після очікуваного запровадження її по поверненню екзильного уряду УНР на батьківщину.

По-перше, інспекція праці мала стати органом здійснення нагляду за додержанням законів щодо «... охорони як економічних, так і культурних інтересів робітників»²⁹. При цьому здійснення технічного нагляду не входило до компетенції інспекції праці, а залишалося за фабричними інспекціями, які продовжували свою діяльність відповідно до Статуту про промисловість царської Росії та підпорядковувалися Міністерству народного господарства, яким було змінено уже за часів УНР колишнє Міністерство торгу та промисловості. Відтак, на відміну від законодавства царської Росії, яка не мала інституту інспекції праці як об'єднаного органу (свої повноваження мали фабричні інспекції, Присутствія по фабричних та гірничо-заводських справах, окружні інженери), інспекція праці, відповідно до законопроєкту Міністерства праці уряду УНР в екзилі, мала стати єдиним спеціалізованим органом. Це відрізняло її і від побудови органів інспекції праці за законодавством радянської влади. Останнє передбачало поділ інспекції на робітничу, санітарну і технічну. Така система уявлялася занадто складною та вимагала значною кількості фахівців вузької спеціалізації.

По-друге, поширення сфери нагляду на усі підприємства незалежно від форми власності і розміру останніх, де використовувалась наймана праця, вигідно відрізняло законопроєкт від російського імперського законодавства, відповідно до якого вплив фабричної інспекції поширювався лише на крупні підприємства.

По-третє, до повноважень інспекції додалися також посередницькі щодо врегулювання взаємовідносин між роботодавцями та працівниками.

У зв'язку зі зміною організаційно-правових принципів, змінювалися і функції інспекцій праці. З одного боку, зі сфери її впливу вилучався технічний нагляд, але, з іншого боку, додавалися обов'язки здійснювати нагляд за культурно-освітніми потребами робітників та санітарно-гігієнічними умовами їх роботи та умов проживання.

На виконання закону «Про інспекцію праці» та Статуту Міністерства праці були розроблені «Інструкції інспектору праці», у яких досить детально описувалися права і обов'язки останнього як «репрезентанта... Міністерства праці на терені своєї округи, району чи окремої місцевості»³⁰. На інспектора покладалися великі сподівання як на державний орган «правно-державної охорони праці в найширшому значенні цього слова», який за сприяння місцевого населення зможе досягнути позитивних результатів у справі охорони робітників³¹. Для цього інспектор праці повинен був установити зв'язки з усіма місцевими робітничими організаціями (фабрично-заводськими комітетами, профспілками, культурно-освітніми робітничими організаціями, біржами праці), проводити разом з ними спільні наради та на їх базі створювати так звані «колективні органи місцевої інспекції, що діють в контакт з ним і за його відповідальністю»³². Зокрема, представники фабрично-заводських комітетів могли супроводжувати інспектора під час здійснення ним перевірки підприємства.

Органи МВС не мали права без інспектора праці робити «... жодних трусів, арештів, реквізицій і т. п. в помешканнях культурно-освітніх і професійних робітничих організацій»³³. У питанні взаємовідносин з

роботодавцями та працівниками, інспектор як «адміністративний орган Міністерства праці» мав бути рівно-віддаленим від обох сторін трудових правовідносин.

Інструкція регулювала також питання взаємодії з іншими місцевими органами державної влади та місцевого самоврядування. До останніх у разі необхідності інспектор повинен був звертатися у письмовій формі, а в разі необґрунтованої відмови від надання допомоги складав відповідний акт або протокол та передавав до місцевого суду для вирішення питання про притягнення до відповідальності за невиконання закону про охорону праці, повідомляючи про це одночасно Міністерство праці.

Справляє позитивне враження і звучить актуально навіть для сьогодення закріплене Інструкцією положення про те, що інспектор праці мусив так організувати роботу, щоб «...ні при яких обставинах клієнт не посилався від одного урядовця до другого діяча...», а «бистрота і вчасність, точність і планомірність» мали стати характерними ознаками технічного апарату інспектора³⁴.

Таким чином, в УНР доби Директорії нагляд і контроль за додержанням робітничого законодавства здійснював ряд державних органів, з-поміж яких діючі відповідно до законодавства царської Росії фабричні інспекції та функціонуючі на підставі постанови Тимчасового уряду від 11 липня 1917 р. комісаріати праці. Центральною державною установою, до повноважень якої належало здійснення нагляду за додержанням законодавства про працю, було Міністерство праці. У його структурі діяв Департамент охорони праці. Вищим органом при Міністерстві праці виступала Головна Рада соціального забезпечення й охорони праці та підлегли їй на місцях Районні ради. Місцевими органами Міністерства праці виступали комісаріати праці. Однак відповідно до розроблених урядовцями законопроектів, їх повинні були замінити інспекції праці, які мали діяти на нових організаційно-правових засадах. До таких принципів належали: єдність та спеціалізація інспекцій праці; поширення сфери нагляду за додержанням робітничого законодавства на усі підприємства і установи незалежно від форми власності та організаційно-правової форми; поєднання функцій нагляду та посередництва у вирішенні спорів між працівниками і роботодавцями.

¹ Декларація Української Директорії, що зробила Директорія від 26 грудня 1918 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/n0010300-18>

² Там само.

³ Там само.

⁴ Журнал Ради Народних Міністрів від 30.12.1918 р. № 13 // Директорія, Рада Народних Міністрів Української Народної Республіки 1918–1920 [Текст] : документи і матеріали: у 2-х т. / ред. В. Ф. Верстюк. – К. : Вид-во ім. Олени Теліги. – Т. 1. – 2006. – С. 135.

⁵ В Міністерстві праці // Нова Рада. – 1919. – 2 січня (19 грудня 1919 р.). – № 2. – С. 3.

⁶ Там само.

⁷ Андрусичин Б. І. Робітнича політика українських урядів (1917–1920 рр.) [Текст] : дис. ... д-ра іст. наук : 07.00.01 / Андрусичин Богдан Іванович ; Ін-т укр. археографії та джерелознавства ім. М. С. Грушевського НАН України. – К., 1997. – С. 294–295.

⁸ Там само. – С. 295–296.

⁹ Центральний державний архів вищих органів влади та управління України (далі – ЦДАВО України). – Ф. 3305, оп. 1, спр. 4, арк. 1.

¹⁰ Там само. – Арк. 2 зв.

¹¹ Там само. – Арк. 3.

¹² Андрусичин Б. І. Вказана праця. – С. 281.

¹³ Декларація правительства Б. Мартоса від 12.04.1919 р. // Директорія, Рада Народних Міністрів Української Народної Республіки 1918–1920 [Текст] : документи і матеріали: у 2-х т. / ред. В. Ф. Верстюк. – К. : Вид-во ім. Олени Теліги. – Т. 2. – С. 520.

¹⁴ Андрусичин Б. І. Вказана праця. – С. 247.

¹⁵ Центральний державний історичний архів України, м. Київ (далі – ЦДІАК України). – Ф. 574, оп. 1, спр. 1, арк. 32.

¹⁶ ЦДАВО України. – Ф. 3305, оп. 1, спр. 4, арк. 18.

¹⁷ Винниченко В. Відродження нації [Текст] : (Історія української революції [марець 1917 р. – грудень 1919 р.] / В. Винниченко. – Нью-Йорк. – Ч. 3. – 1968. – С. 183.

¹⁸ Там само. – С. 184.

¹⁹ Державний архів Харківської області. – Ф. 922, оп. 1, спр. 242, арк. 16.

²⁰ Там само. – Арк. 20.

²¹ Журнал засідання Кабінету Народних Міністрів 06.09.1919 р. Ч. 185 // Директорія, Рада Народних Міністрів Української Народної Республіки 1918–1920 [Текст] : документи і матеріали: у 2-х т. / ред. В. Ф. Верстюк. – К. : Вид-во ім. Олени Теліги. – Т. 1. – С. 492.

²² ЦДАВО України. – Ф. 1065, оп. 4, спр. 22, арк. 1.

²³ Там само. – Арк. 3.

²⁴ Там само.

²⁵ Там само.

²⁶ Там само. – Ф. 1063, оп. 2, спр. 1, арк. 20.

²⁷ Там само. – Ф. 1065, оп. 4, спр. 22, арк. 22.

²⁸ Там само.

²⁹ Там само. – Арк. 30.

³⁰ ЦДАВО України. – Ф. 3305, оп. 1, спр. 71, арк. 9.

³¹ Там само.

³² Там само.

³³ Там само. – Арк. 13.

³⁴ Там само. – Арк. 10.

Резюме

Терела Г. В. Нагляд і контроль за додержанням робітничого законодавства за доби Директорії Української Народної Республіки.

У статті досліджуються організаційно-правові засади нагляду і контролю за додержанням робітничого законодавства за доби Директорії Української Народної Республіки (грудень 1918–1921 рр.). Визначається, що в цей період продовжували функціонувати наглядові органи, створені за законодавством Російської імперії та Тимчасового уряду. Аналізуються розроблені урядовцями Директорії УНР законопроекти про Міністерство праці та інспекцію праці, які мали за мету реформувати існуючу систему наглядових органів на нових організаційно-правових засадах, а саме: єдності та спеціалізації інспекцій праці; поширення сфери нагляду на усі підприємства і установи незалежно від форми власності та організаційно-правової форми; поєднання функцій нагляду та посередництва у вирішенні спорів між працівниками і роботодавцями.

Ключові слова: Директорія Української Народної Республіки, нагляд і контроль за додержанням робітничого законодавства, Міністерство праці, комісаріат праці, фабрична інспекція, інспекція праці.

Резюме

Терела Г. В. Надзор и контроль за соблюдением рабочего законодательства в период Директории Украинской Народной Республики.

В статье исследуются организационно-правовые основы надзора и контроля за соблюдением рабочего законодательства в период Директории Украинской Народной Республики (декабрь 1918 – 1921 гг.). Определяется, что в этот период продолжали работать надзорные органы, созданные по законодательству Российской империи и Временного правительства. Анализируются разработанные правительства Директории УНР законопроекты о Министерстве труда и инспекции труда, имеющими целью реформировать существующую систему надзорных органов на новых организационно-правовых основах, а именно: единства и специализации инспекций труда; распространения сферы надзора на все предприятия и учреждения независимо от формы собственности и организационно-правовой формы; сочетания функций надзора и посредничества в разрешении споров между работниками и работодателями.

Ключевые слова: Директория Украинской Народной Республики, надзор и контроль за соблюдением рабочего законодательства, Министерство труда, комиссариат труда, фабричная инспекция, инспекция труда.

Summary

Terela H. Supervision and control over the observance of labour legislation in the era of the Directory of Ukrainian National Republic.

The article investigates the organizational and legal basics of supervision and control over observance of labour legislation in the era of the Directory of Ukrainian National Republic (December 1918 – 1921). It is determined that during this period supervisory bodies continued to functionate, which were established under the legislation of the Russian Empire and the Provisional Government. Drafted by officials of the Directory of Ukrainian National Republic bills about the Ministry of Labour and labour inspection are analyzed, which were intended to reform the current system of supervision organs with the help of new organizational and legal basics, namely the unity and specialization of labour inspectorates; extension of supervision to all enterprises and institutions regardless of ownership and legal form; combining the functions of supervision and mediation to resolve disputes between workers and employers.

Key words: the Directory of Ukrainian National Republic, supervision and control over observance of labour legislation, the Ministry of Labour, Commissariat of Labour, factory inspectorate, labour inspectorate.

УДК 340.11

А. Я. ГУНЯК

Олександра Ярославівна Гуняк, суддя Перемишлянського районного суду Львівської області

ІНТЕРЕС ЯК КРИТЕРІЙ ПОДІЛУ ПРАВА НА ПРИВАТНЕ ТА ПУБЛІЧНЕ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

В юридичній науці існують проблеми, які мають тисячолітню історію свого виникнення й еволюції, але на кожному етапі розвитку людської цивілізації потребують уваги юридичної громадськості для відповідної оцінки і тлумачення, згідно з духом і завданнями конкретної епохи. Серед них можна виокремити питання співвідношення держави й особи, суспільства і держави, права та закону і звичайно проблему співвідношення приватного та публічного права¹. Дослідження поділу права на приватне та публічне завжди було в центрі уваги вчених-правознавців і залишається актуальним на теперішній час. Постійні обговорення структури об'єктивного права, поділу його на окремі елементи, критеріїв такої диференціації засвідчили значимість і водночас надзвичайну складність правильного вирішення цього питання².

Це зумовлено тим, що поділ права на публічне і приватне є багатоаспектним вченням, яке має як суто теоретичну, так і практичну цінність. У теоретичному аспекті цей поділ представляє собою класифікацію концептуального порядку, що стосується самих засад права, його місця і ролі в житті людей, його визначальних цінностей. Публічне і приватне право характеризують як якісно відмінні галузі правового регулювання, два різних «юридичних континенти», дві різні «юридичні галактики», свого роду юридичні «Монтеккі та Капулетті». Практична цінність цієї теорії полягає в тому, що вона впливає на значну кількість сфер юридичної практики, знаходячи своє використання в законотворчості, правозастосуванні, тлумаченні права. Проте й нині залишається слушним твердження, відповідно до якого питання визначення приватного права та його розмежування з правом публічним пощастило в юридичній науці за кількістю й якістю присвяченої літератури і не пощастило щодо загальноприйнятого його вирішення³. З огляду на це, особливої важливості набуває загальнотеоретичне дослідження інтересу як підстави для ідентифікації сфер приватного та публічного права, що й становить мету цієї статті. Для її досягнення передбачається актуалізувати та розв'язати такі задачі: по-перше, з'ясувати проблемні питання, що мають місце під час поділу права на приватне та публічне; по-друге, проаналізувати підходи до визначення критеріїв диференціації права на приватне та публічне, зокрема матеріальний, формальний і комбінований (змішаний); по-третє, детально розглянути останній підхід розмежування сфер приватного та публічного права.

Право належить до фундаментальних цінностей світової культури, створених людством у процесі його розвитку. При цьому поділ права на публічне і приватне є лише одним із зрізів системи права, який існує поруч з її диференціацією на галузі, матеріальне і процесуальне право тощо. Система права є складним, багатограним феноменом, пізнання якого не можна проводити лише під одним кутом зору. Комплексний підхід до класифікації різних правових явищ сприяє більш глибокому й об'єктивному з'ясуванню їх багатоманітних можливостей у правовому регулюванні⁴.

Наукові погляди вчених, що стосуються приватно-публічної дихотомії об'єктивного права, можна поділити на дві початкові групи: ті, які її визнають, і ті, що її заперечують. Так, ідеї принципового спростування доречності й обґрунтованості поділу права на приватне та публічне висловлювалися ще дореволюційними вченими, та їх можна узагальнити до таких положень. По-перше, складно знайти правильний, загальнозначимий, чіткий і системно перевірений критерій розмежування приватного та публічного права, у зв'язку з чим сам поділ права на приватне і публічне втрачає значення основного теоретичного розподілу права, що має під собою принципову основу. По-друге, в основі розмежування знаходяться не принципи, а суто практичні підстави, а тому всі спроби виявити принципове обґрунтування цієї різниці мають зазнавати краху⁵. Вочевидь, позиція стосовно заперечення виокремлення приватного та публічного права ґрунтується на невизнанні нічого «приватного» та абсолютизації і розширенні державного втручання у приватно-правові відносини внаслідок тотального одержавлення всієї правової системи.

Більшість сучасних правознавців у тій чи іншій мірі визнають поділ права на приватне та публічне. При цьому одні вчені-юристи вважають його основним і розглядають приватне та публічне право як галузі права (наприклад, Ч. Н. Азімов, Л. Б. Тиунова); інші ж, поділяючи систему права на більшу кількість галузей ніж дві, досліджують приватне право та публічне право як збірні поняття, функціонально-структурні підсистеми права (О. А. Підпригора, Ю. О. Тихомиров, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова); сфери норм різних галузей права (наприклад, О. Х. Юлдашев); зони права (наприклад, С. С. Алексєєв); «правила гри» (наприклад, В. К. Мамутов); наукові абстракції тощо. Разом із тим, під час виокремлення окремих структурних елементів системи права (норма, інститут, галузь) концепція поділу права на публічне та приватне не завжди враховується і виступає швидше як побічна, допоміжна характеристика, хоча макророль такого розподілу є безумовною. Поділ права на публічне і приватне – специфічна риса, властивість романо-германської правової сім'ї⁶, складова верховенства права, оскільки приватні за своєю природою відносини не можуть бути врегульовані на основі методу і принципів публічного права, а публічні відносини – за допомогою приватноправових методів.

Поза всяким сумнівом, центральне місце серед загальнотеоретичних проблем поділу права на публічне та приватне займає питання критерію. Так, відповідаючи на запитання, що пізнається у праві, ми завжди робимо вибір певної природи права. А оскільки ми не маємо гарантії щодо правильності зробленого вибору, то неминуче постає гносеологічне питання щодо самого характеру вибору, про те, як і на підставі чого робиться вибір узагалі⁷.

Запропоновані підстави для розмежування приватного права від публічного дослідники зазвичай умовно поділяють на три групи: 1) матеріальні, що відштовхуються від аспектів, пов'язаних переважно з предметом правового регулювання суспільних відносин; 2) формальні, що беруть за основу розмежування певні особливості способу (методу) регулювання, побудови правовідносин, їх складу; 3) комбіновані (змішані) є своєрідним синтезом перших двох і використовують як матеріальні, так і формальні аспекти.

Однією з важливих обставин, яка сприяє різноманіттю поглядів на співвідношення публічного і приватного права, є той факт, що кордон між приватним і публічним правом не виглядає як чітка демаркаційна лінія: певні правові інститути відчують на собі одночасний вплив і публічного, і приватного права, вони ніби сплетені з елементів публічного та приватного права. Цей процес, умовно названий процесом дифузії публічного і приватного права, досить активно відбувався у XIX і особливо у XX століттях⁸.

Підходи, що використовують матеріальні критерії, залежно від тих елементів предмета правового регулювання, які висувуються на перший план, також умовно поділяються на концепції мети, інтересу, власне

предмета, волі. З огляду на мету цієї наукової статті увагу зосередимо лише на інтересі як одній з матеріальних підстав диференціації права на приватне та публічне.

Починаючи з часів Стародавнього Риму, класичним критерієм розмежування приватного та публічного права був інтерес, який забезпечується нормами права. Вважалося, що для публічного права переважне значення має суспільно значущий (публічний) інтерес, тобто визнаний державою та забезпечений правом інтерес соціальної спільноти, задоволення якого є умовою і гарантією її існування та розвитку. Критерієм визначення приватного права є приватний інтерес, що матеріалізується в інтересах окремих осіб, – в їх правовому і майновому становищі, а також в їхніх відносинах з іншими суб'єктами. Як зауважує І. В. Першіна, предметом історичної дискусії є питання про інтерес як матеріальний критерій поділу права на приватне та публічне. Це питання про спроможність відомого формулювання Ульпіана⁹.

Теорія інтересу (Ф. Савіні, Р. Ієринг, Г. Дернбург, Г. Ф. Шершеневич, С. С. Дністрянський, М. Планіоль, М. Гунель), незважаючи на критичну оцінку з боку багатьох правознавців (М. М. Коркунов, Л. Й. Петражицький, Ю. С. Гамбаров, Й. О. Покровський, Б. Б. Черепахін), обґрунтовується та використовується в сучасній вітчизняній юридичній літературі (зокрема у працях О. М. Вінник, О. В. Гончарук, С. Д. Гусарєва, М. М. Косаренка, О. Д. Крупчана, В. В. Лазарєва, В. В. Мадіссона, А. В. Полякова, В. М. Селіванова, Л. М. Шестопаолової, О. Х. Юлдашева та багатьох інших).

Серед підходів, побудованих на формальних критеріях, залежно від уваги до конкретних елементів методу регулювання умовно виокремлюють концепції ініціативи та форм захисту (Ю. С. Гамбаров, А. Тон, С. А. Муромцев), правового становища суб'єктів (П. М. Рабінович), суб'єктного складу правовідносин (П. Вуарен, В. Г. Кукольник, В. Ф. Тарановський, Г. Пухта), власне методу (способу) правового регулювання (Є. В. Васьковський, І. О. Покровський, Б. Б. Черепахін, С. С. Алексєєв, М. М. Сибільов, Є. О. Суханов та інші).

Слабке місце всіх розглянутих вище підходів полягає в тому, що вони на підставі одного критерію зводять поділ до простої нормативної діади, яка не дозволяє врахувати всієї складності та комплексності правової дійсності. Тому при розробці цієї проблеми не можна користуватися лише двома фарбами, а слід розрізнити й напівтони. Водночас кожна з цих концепцій містить раціональне ядро: в першому випадку йдеться про забезпечення публічних і приватних інтересів у праві; у другому – про можливість владного впливу суб'єктів права; в третьому – про спрямованість владного впливу (або на організацію і функціонування держави та її структурних підрозділів, або на забезпечення законності у сфері регулювання діяльності приватних осіб).

У зв'язку з цим у сучасній юриспруденції у вирішенні проблеми дихотомії права досить плідними визнаються саме комплексні (змішані) підходи, які можна поділити на ті, в яких поряд з іншим використовується гносеологічний потенціал категорії інтересу, й ті, котрі застосовують синтезовані пізнавальні можливості інших концепцій. Наприклад, у межах останньої підгрупи набуло поширення в якості критерію виокремлення приватного та публічного права використовувати предмет і метод правового регулювання суспільних відносин¹⁰.

У свою чергу О. А. Банчук уточнює існуючу різницю між приватним і публічним правом на підставі досліджень українських учених ХІХ – початку ХХ ст. На його переконання, встановленню приватності чи публічності відносин допоможе розгляд публічного та приватного права не як відокремлених систем, між якими проведено різку межу, а як сукупності суспільних відносин, які постійно переходять з однієї якості в іншу та об'єднані в єдину систему нормативного регулювання (теорія єдності системи права). Під час розмежування приватного та публічного права потрібно враховувати комплекс критеріїв: 1) відмінність суб'єктів відносин; 2) розрізнення правового становища учасників відносин (теорія юридичної централізації та децентралізації); 3) відмінність у методі регулювання правовідносин (теорія юридичної централізації та децентралізації); 4) відмінний характер правового захисту прав (формальна теорія). Названі критерії у своїй сукупності, підсумовує О. А. Банчук, дозволяють визначити в кожному конкретному випадку, чи є ті або інші відносини публічно-правовими чи приватноправовими. Насамкінець, у процесі встановлення приватності або публічності відносин, відповідно, потреби врегулювати їх певними способами залежить від відношення суспільства до певного інституту, його місця та подальшої ролі в суспільному житті¹¹.

Перейдемо до детального розгляду комбінованих підходів розмежування сфер приватного та публічного права, які за основу диференціації поряд з іншим беруть сутність і природу приватного та публічного інтересів. При цьому варто зазначити, що в сучасній юридичній науці такі концепції є найбільш популярними й представлені як у формі загальної характеристики приватного та публічного права, так і у вигляді структурованих ознак-критеріїв.

Так, відповідно до позиції О. Ф. Скакун публічне та приватне право – це, з одного боку, суперечливі, а з іншого – взаємозалежні грані права. На теперішній час правові системи багатьох цивілізованих країн ґрунтуються на принципі поділу права на приватне й публічне (Німеччина, Франція, Італія). Світова, особливо європейсько-континентальна, юридична наука визнає поділ права на приватне й публічне до певної міри умовним, але необхідним¹². Критеріями віднесення норм до приватного чи публічного права є: 1) інтерес (публічний, державний інтерес – публічне право, приватний – приватне право); 2) предмет правового регулювання (правові норми, що регулюють майнові відносини, – приватне право; правові норми, що регулюють немайнові відносини, – публічне право); 3) метод правового регулювання (в публічному праві – метод субординації, у приватному – координації); 4) тип правового регулювання (загальнодозвільний – у приватному праві; спеціально-дозвільний – у публічному праві) 5) суб'єктний склад (державна, її органи, а також приватні особи – публічне право; приватні особи – приватне право)¹³.

Плідними в цьому ж ракурсі є міркування Р. А. Калюжного про те, що наука публічного права протягом тривалого часу свого існування та розвитку виробила декілька теорій, концепцій, які дозволяють з певною часткою умовності та достовірності відмежувати публічне право від приватного. Публічне право слугує державним (публічним) інтересам, приватне право регулює приватні інтереси. Публічне право – це система правових норм, які регламентують суспільні відносини з метою встановлення основ соціально-державного життя, принципів функціонування держави, її органів і службовців. Діяльність державних органів та організацій, підпорядкована суворому правовому стандарту, спрямована на створення загального нормального добробуту населення, забезпечення прав і свобод особи, суспільного життя та безпеки. Приватне право, яке закріплює правовий статус суб'єктів, надає можливість реалізувати приватну ініціативу й тим самим впливати на інтереси обмеженого (часто досить чітко визначеного) кола осіб або установ. Разом з тим ці приватні інтереси не можуть і не повинні негативно впливати на вирішення суспільно важливих і загальносоціальних завдань¹⁴.

Згідно з міркуваннями Ю. М. Оборотова, Н. М. Крестовської, А. Ф. Крижанівського та Л. Г. Матвєєвої предметом публічного права є сфера публічних інтересів (інтересів суспільства, держави), а предметом приватного права – сфера приватних справ та інтересів. Проте вказаний критерій – не єдина підстава для розмежування публічного та приватного права. Для сфери публічного права характерні юридична централізація та імперативність. Сфера приватного права припускає децентралізацію регулювання та диспозитивність. Публічне і приватне право розрізняються також за способами захисту інтересу, що лежить в основі правовідносин. Основний сенс розмежування приватного та публічного права полягає у встановленні меж вторгнення держави до сфери майнових та інших інтересів індивідів та їхніх об'єднань¹⁵.

У свою чергу О. В. Малько, В. В. Нирков і К. В. Шундіков ведуть мову про такі критерії, залежно від яких ті або інші норми права відносять до приватного або публічного права: 1) інтерес; 2) предмет правового регулювання; 3) метод правового регулювання; 4) суб'єктний склад¹⁶. Водночас О. Я. Курбатов обгрунтовує три критерії розрізнення сфер приватного та публічного права, а саме: інтерес, його захист і метод¹⁷.

Заслужують на увагу напрацювання А. М. Колодія, що поділ права та законодавства на публічні й приватні галузі зумовлений відокремленням держави і суспільства як соціальних інституцій, що мають свої інтереси, які далеко не завжди співпадають. Суть у тому, що до публічного права і законодавства відносять ті галузі й інститути, які регламентують статус і порядок діяльності органів держави та відносини індивіда з державою, а до приватного – галузі й інститути, що регулюють відносини індивідів між собою. Публічне і приватне право характеризуються власними принципами, які багато в чому й зумовлюють їх специфіку¹⁸. Причому право з перших стадій свого існування й до наших днів так і розвивається у вигляді двох відносно самостійних сфер – публічного й приватного права¹⁹. Публічне право – це царина державних справ та їх самовлаштування: сама діяльність держави як публічної влади всіх публічних інститутів, регулювання діяльності апарату держави, адміністративних відносин, державної служби, кримінального переслідування і відповідальності. Це – галузі та інститути права, побудовані на принципах: влади і підкорення; субординації; ієрархії; нерівного правового положення; імперативності; загальної заборонності; правового захисту загальноносупільного інтересу тощо. Приватне право – це царина приватних справ, тобто регламентація правового статусу особистості, приватної власності, вільних договірних відносин, спадкування та ін. Це галузі та інститути, побудовані на принципах: автономії; добровільності; юридичної рівності; диспозитивності; координації; загального дозволу; правового захисту приватного інтересу тощо²⁰.

У галузевих юридичних науках при розмежуванні приватного та публічного права пропонується поєднати зміст відносин, урегульованих правом, і кінцеву мету правового регулювання (загальний або приватний інтереси)²¹. Мають місце також пропозиції стосовно комбінування різниці суб'єктів відносин, правового становища учасників відносин, методу правового регулювання та різниці інтересів, які домінують у правовідносинах²².

Отже, на основі проаналізованого вище можна зробити такі висновки:

Приватно-публічна дихотомія права є багатоаспектним вченням, що має тривалу історію розвитку та теоретико-практичну цінність. Визначальне місце серед загальнотеоретичних питань диференціації права на приватне та публічне посідає проблема критерію. Представлені в літературі підстави для розмежування приватного та публічного права умовно поділяються на три групи: матеріальні (мета, інтерес, воля, предмет правового регулювання), формальні (правове становище суб'єктів, ініціатива та форма захисту, суб'єктний склад правовідносин, метод правового регулювання) та комбіновані (змішані).

У сучасному правознавстві найбільшого поширення набули комбіновані підходи до поділу права на приватне та публічне в різних варіацій з обов'язковим використанням поряд з іншим гносеологічного потенціалу приватного та публічного інтересів. Це зумовлено тим, що право генерує інтереси, їх регулює, а інтереси у свою чергу породжують право, в тому числі в якості проявів юридичних засобів гарантії охорони та захисту. На реалізацію інтересів суттєво впливає їх правова сутність: який саме інтерес стоїть на порядку денному – приватний чи публічний або які будуть наслідки в процесі функціонування механізму правового регулювання. Якщо віднесено тих чи інших галузей права до власне приватного або публічного права часом неможливо й недоречно, то вести мову про відображення приватного та публічного інтересів у конкретних галузях права є завжди виправданим із практичної точки зору.

Хибність поглядів критиків інтересу як критерію визначення сфер приватного та публічного права полягає в тому, що вони не враховують: по-перше, визначений правом механізм задоволення приватних і публіч-

них інтересів, по-друге, вплив останніх на зміст методу правового регулювання суспільних відносин, оскільки, приймаючи нову норму права, суб'єкт правотворчості завжди здійснює охорону визначених інтересів.

¹ Банчук О. А. Публічне і приватне право: історія українських вчень та сучасність: [монографія] / О. А. Банчук. – К.: Конус-Ю, 2008. – 184 с. – С. 7.

² Сивий Р. Б. Приватне право в системі права України: поняття, критерії виокремлення, структура: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Сивий Роман Богданович. – Л., 2006. – 231 с. – 10 с.

³ Погребняк С. П. Поділ права на публічне і приватне (загальнотеоретичні аспекти) / С. П. Погребняк // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2006. – № 12. – С. 3–17. – С. 3–4.

⁴ Там само. – С. 5.

⁵ Венедіктова І. В. Методологічні засади охоронюваних законом інтересів у приватному праві: [монографія] / І. В. Венедіктова. – Х.: Нове Слово, 2011. – 260 с. – С. 72.

⁶ Сучасна правова енциклопедія / О. В. Зайчук, О. Л. Копиленко, В. С. Ковальський [та ін.]; за заг. ред. О. В. Зайчука; Ін-т законодавства Верховної Ради України. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – 408 с. – С. 306.

⁷ Козловський А. А. Гносеологічні принципи права / А. А. Козловський // Проблеми філософії права. – 2005. – Том III. – № 1–2. – С. 32–44. – С. 33.

⁸ Погребняк С. П. Вказана праця. – С. 7.

⁹ Першина І. В. Интерес в праве: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.01 / Першина Ирина Викторовна. – Н. Новгород, 2002. – 183 с. – С. 9.

¹⁰ Бірюков І. Предмет і метод приватного права / І. Бірюков // Право України. – 2002. – № 4. – С. 34–37. – С. 36.

¹¹ Банчук О. А. Вказана праця. – С. 160.

¹² Скакун О. Ф. Теорія права і держави: підруч. / О. Ф. Скакун. – 3-тє вид. – К.: Алерта, 2012. – 524 с. – С. 297.

¹³ Там само. – С. 302.

¹⁴ Kałużnyj R. A. Interes publiczny w prawie administracyjnym / R. A. Kałużnyj // Pojęcie interesu w naukach prawnych prawie stanowionym i orzecznictwie sądowym Polski i Ukrainy. – Lublin, 2006 – S. 85–92. – S. 87.

¹⁵ Теорія держави і права. Державний іспит: навч. посіб. / [Ю. М. Оборотов, Н. М. Крестовська, А. Ф. Крижанівський та ін.]. – Х.: Одиссей, 2013. – 256 с. – С. 137.

¹⁶ Малько А. В. Теория государства и права. Элементарный курс: учеб. пособ. / А. В. Малько, В. В. Нырков, К. В. Шундилов. – 3-е изд., стер. – М.: КНОРУС, 2009. – 240 с. – С. 181.

¹⁷ Курбатов А. Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности: [монография] / А. Я. Курбатов. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2001. – 212 с. – С. 37–39.

¹⁸ Колодій А. М. Принципи права України: [монографія] А. М. Колодій. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 208 с. – С. 36, 168.

¹⁹ Там само. – С. 61, 175.

²⁰ Там само. – С. 61, 175.

²¹ Коломоєць Т. О. Адміністративне право України. Академічний курс: підруч. / Т. О. Коломоєць. – К.: Юрінком Інтер, 2011. – 576 с. – С. 374.

²² Підсудність в адміністративному судочинстві: методичні рекомендації / [В. К. Колпаков, А. П. Огородник, Р. В. Ваганюк та ін.]. – Чернівці: Золоті литаври, 2011. – 128 с. – С. 14.

Резюме

Гуляк О. Я. Интерес як критерій поділу права на приватне та публічне: загальнотеоретичний аспект.

У статті досліджено інтерес як підставу для виокремлення сфер приватного та публічного права. Розглянуто проблемні питання, що мають місце під час поділу права на приватне та публічне. Проаналізовано основні підходи до визначення критеріїв диференціації права на приватне та публічне, зокрема матеріальний, формальний і комбінований (змішаний). Особливу увагу приділено останньому підходу розмежування сфер приватного та публічного права, який за основу диференціації поряд з іншим бере сутність і природу приватного та публічного інтересів.

Ключові слова: інтерес, приватний інтерес, приватне право, публічний інтерес, публічне право.

Резюме

Гуляк А. Я. Интерес как критерий деления права на частное и публичное: общетеоретический аспект.

В статье исследовано интерес как основание для выделения сфер частного и публичного права. Рассмотрено проблемные вопросы, которые имеют место во время разделения права на частное и публичное. Проанализировано основные подходы к определению критериев дифференциации права на частное и публичное: материальный, формальный и комбинированный (смешанный). Особенное внимание уделено последнему подходу разграничения сфер частного и публичного права, который за основу дифференциации берет сущность и природу частного и публичного интересов.

Ключевые слова: интерес, частный интерес, частное право, публичный интерес, публичное право.

Summary

Gulyak O. Interest as a criterion of division of the law on private and public: general-theoretical aspect.

The article examines interest as the basis for the allocation of the spheres of private and public law. The issues that occur during the division of law into private and public. The basic approaches to definition of criteria of differentiation of law into private and public, including material, formal, and combination (mixed). Special attention is paid to the latest approach of differentiation of the spheres of private and public law, which is based on differentiation along with others takes the essence and nature of private and public interests.

Key words: interest, private interest, private law, public interest, public law.

О. М. КОСТЮК

Ольга Миколаївна Костюк, ад'юнкт Національної академії внутрішніх справ

ЛЕГАЛЬНЕ ТЛУМАЧЕННЯ: ДО ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ ТА ЗМІСТУ

На сучасному етапі у юридичній науці особливого значення набуває проблема теоретичного осмислення легального тлумачення як особливого різновиду офіційного нормативного тлумачення. Ефективність здійснюваних у державі перетворень, спрямованих на формування громадянського суспільства і правової держави, залежить не лише від досконалості діючих норм права, а й від того, наскільки їх правильно розуміють та застосовують уповноважені органи державної влади. Легальне тлумачення сприяє забезпеченню однакового розуміння та застосування нормативно-правових актів, закріпленню законності у правовому регулюванні.

У юридичній науці склалася ситуація невизначеності стосовно розуміння сутності легального тлумачення норм права. Досить часто зустрічаються позиції, у яких автори ототожнюють легальне тлумачення з делегованим (О. Ф. Скакун, Н. Я. Лепіш), а делеговане з правозастосовним (Д. А. Гаврилов, Б. П. Морозов). На жаль, така тенденція тривалий час прослідковується і в навчальній юридичній літературі, що, на наш погляд, погіршує якість підготовки майбутніх правників. Крім того, аналіз праць, присвячених різним аспектам проблематики нормативного тлумачення довів, що наразі відсутні комплексні дослідження з даної проблематики.

Метою статті є аналіз наукових підходів до з'ясування сутності легального тлумачення, його відмежування від делегованого та визначення суб'єктів легального тлумачення за вітчизняним законодавством.

Автори «Популярної юридичної енциклопедії» зазначають, що коли норму тлумачить орган, який її не приймав, але спеціально уповноважений законом давати її обов'язкове роз'яснення, – таке тлумачення є делегованим (легальним)¹.

О. Ф. Скакун визначає легальне (делеговане) тлумачення як загальнообов'язкове тлумачення норми, що здійснюється органом, який цю норму не встановлював, але уповноважений законом або за дорученням тлумачити її постійно чи одноразово².

Автори підручника «Теорія держави і права» за редакцією М. В. Цвіка, О. В. Петришина легальне тлумачення називають делегованим та визначають його як роз'яснення, що виходить від спеціального уповноваженого органу щодо нормативних актів, які видані іншими нормотворчими органами.

О. В. Капліна також ототожнює легальне тлумачення з делегованим (дозволяним) і наголошує, що даний вид тлумачення має підзаконний характер і здійснюється за дорученням органу, що видав акт, або ж коли даному органу надане відповідне повноваження відповідно до закону. Юридична сила легального тлумачення норм права повинна чітко відповідати правотворчій компетенції органу, що тлумачить норму права³.

Делегованим (легальним, дозволяним) тлумаченням закону, на думку С. С. Тихонової, є правоінтерпретаційна діяльність уповноважених суб'єктів, що здійснюється у спеціальній процесуальній формі і спрямована на винесення рішень, закріплених в інтерпретаційних актах. Дане тлумачення виконує інформаційну функцію, оскільки роз'яснює положення чинного законодавства зрозумілою адресатам мовою, формулюючи правові положення, які характеризуються більшим ступенем конкретизації порівняно з правовою нормою, що тлумачиться⁴.

На думку М. І. Матузова та О. В. Малько, легальним є таке тлумачення, яке офіційно дозволене, делеговане будь-якому органу від вищестоящої інстанції. Автори цей вид тлумачення називають відомчим⁵.

Отже, аналіз даних визначень свідчить про ототожнення термінів «легальне» та «делеговане тлумачення». Проте поняття «делеговане тлумачення» виокремлюється не усіма вченими. Сутність «делегування» полягає насамперед у передачі повноважень на здійснення чітко визначених дій іншому суб'єкту і контролі над правомірністю їх здійснення. Роз'яснення норми від імені і за дорученням органів, які раніше встановили дану норму, іншими державними органами, громадськими об'єднаннями зазвичай здійснюється центральними органами державної влади стосовно нижчестоящих органів з питань, які знаходяться у їхній компетенції.

Як зазначає І. П. Сторожук, делегування повноважень означає їх надання на певний час зі збереженням права повернути їх до власного виконання. Делегуючий суб'єкт набуває право контролю за станом і наслідками виконання делегованих повноважень, він повинен фінансувати із власних коштів їх здійснення або передавати у користування необхідні для цього майнові об'єкти. Делеговані повноваження, на думку автора, це двосторонні імперативні правовідносини, в яких один орган має власну компетенцію, визначену нормативними актами, а інший – належну правоздатність на одержання і реалізацію цих повноважень, а компетенція першого органу є джерелом компетенції другого органу⁶.

Г. В. Бублик визначає поняття «делеговані повноваження», як власні повноваження делегуючого суб'єкта, що надаються з метою найбільш ефективної їх реалізації делегованому суб'єкту шляхом укладання адміністративного договору або за законом⁷.

На наш погляд, ототожнення делегованого та легального тлумачення пояснюється тим, що у Конституційному договорі між Верховною Радою України (далі – ВРУ) та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 р.⁸, що втратив чинність у зв'язку з прийняттям Конституції України, було передбачено право ВРУ давати офіційне тлумачення Конституції, законів, кодексів (ст. 17) та право Президента тлумачити видані ним укази та розпорядження (ст. 25). Так, із прийняттям Конституції України до повноважень вищезазначених суб'єктів не належить тлумачення виданих ними нормативно-правових актів, а право давати офіційне тлумачення Конституції та законів України віднесено до компетенції Конституційного Суду України. Слід також зазначити, що право делегування Парламентом своїх повноважень іншому органу чинною Конституцією України не передбачено. Таке делегування порушувало б вимоги Конституції, згідно з якими органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законодавства України.

Потрібно розрізняти поняття «делегування» та «передача» повноважень. У Конституції України містяться два поняття: «повноваження, надані законом» та «надані повноваження» (п.п. 12 ст. 143 та п.п. 15 ст. 92). Так, у юридичній літературі виділяють такі форми надання повноважень: встановлення, передача, делегування. Встановлення – це такий спосіб регулювання, коли законодавчий орган у Конституції і законах визначає компетенцію іншого органу. Передача – це форма регулювання повноважень, коли будь-яке повноваження одного органу виключається з його компетенції і включається до компетенції іншого органу. Делегування – надання державним органом належного йому права вирішення питань на один раз, на деякий час або на невизначений строк⁹.

Вважаємо, що повноваження офіційного тлумачення ВРУ Конституції та законів було *не делеговано*, а *передано* Конституційному Суду України (далі – КСУ). Ці міркування підтверджуються також рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховної Ради Автономної Республіки Крим щодо відповідності Конституції України (конституційності) пунктів 1, 4, 8, 10, підпункту «б» підпункту 2 пункту 13, пунктів 14, 17 розділу I Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо здійснення державного архітектурно-будівельного контролю та сприяння інвестиційній діяльності у будівництві». Так, у даному рішенні Конституційний Суд обґрунтував, що делегування повноважень не є формою остаточної їх передачі, вони залишаються повноваженнями органу, від якого делеговані, і можуть бути повернуті або замінені¹⁰.

Передача правотлумачних повноважень КСУ відбулася відповідно до закону та у визначений законом спосіб. За чинною Конституцією України право офіційного нормативного тлумачення не є «власним» повноваженням ВРУ. Відповідно, контролювати виконання даного повноваження ВРУ не може. Крім того, не передбачена можливість повернення цих повноважень ВРУ.

Отже, якщо право нормативного тлумачення органу державної влади передбачено законодавством, то це вже власна правомочність цього органу, і аж ніяк не делеговане повноваження.

Офіційне тлумачення, що здійснюється відповідно до закону органом державної влади, який не видавав нормативно-правовий акт, що тлумачиться, а отримав право офіційного тлумачення, відповідно до закону є легальним тлумаченням. Термін «легальність» означає дозволеність, відповідність чинним законам. Легальне тлумачення базується на законі, має офіційний характер і здійснюється, спеціально уповноваженим на це законом.

М. М. Вовпенко визначає легальне тлумачення у вузькому та широкому розумінні. Під легальним тлумаченням у широкому розумінні учений визначає роз'яснення змісту правових норм, що ґрунтується на законі, має юридичну силу правових норм і є найбільш авторитетним, а у вузькому – під легальним тлумаченням він розуміє роз'яснення закону і практики його реалізації, що здійснюється вищими органами представницької влади. Такими, на його думку, є роз'яснення певних термінів у якості приміток у нормативно-правових актах¹¹. Слід зазначити, що М. М. Вовпенко розмежує легальне і делеговане тлумачення. Під делегованим він розуміє роз'яснення правових норм, що здійснюється у порядку особливого доручення від вищестоящего органу чи посадової особи. Особливість делегованого тлумачення у тому, що за ним стоїть авторитет органу, що дав доручення здійснити роз'яснення. Слід погодитись з такою позицією. Проте, навряд чи можна погодитись з тим, що легальне тлумачення здійснюється вищими органами представницької влади шляхом роз'яснення певних термінів і понять у якості приміток нормативно-правових актів. Це, на наш погляд, законодавчі дефініції. Вважаємо, що таке роз'яснення не є легальним, оскільки його здійснює орган, що приймав нормативно-правовий акт. Крім того, можна стверджувати, що нормативно-правовий акт, у якому містяться примітки, має два суб'єкти прийняття – правотворчий та правоінтерпретаційний. Крім того, легальне тлумачення здійснюється органом, що наділений спеціальними повноваженнями давати роз'яснення змісту норм права.

Легальне тлумачення покликане оперативно усувати незрозуміле, а, отже, труднощі, що виникають у правозастосовній практиці. За чинним вітчизняним законодавством таким правом наділений Конституційний Суд України.

Відповідно до ст. 94 Закону України «Про Конституційний Суд України» підставою для конституційного звернення щодо офіційного тлумачення Конституції та/або законів України є наявність *неоднозначного* застосування положень Конституції та/або законів України судами України, іншими органами державної влади, якщо суб'єкт права на конституційне звернення вважає, що це може призвести або призвело до порушення його конституційних прав і свобод. Неоднозначність застосування положень Конституції та/або законів Украї-

ни судами, іншими органами державної влади полягає в тому, що за юридично однакових обставин у справах однієї і тієї ж категорії положення Конституції та/або законів України у загальній юридичній практиці застосовуються по-різному. Підставою для конституційного подання щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України є практична необхідність у з'ясуванні або роз'ясненні, офіційній інтерпретації положень Конституції України та законів України (ст. 93 Закону України «Про Конституційний Суд України»).

До прийняття Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Верховний Суд України мав право давати роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики. Проте з втіленням судової реформи 2010 р. Верховний Суд України було позбавлено такого права, що, на наш погляд, негативно позначилося на якості правосуддя, ефективності судового захисту прав та свобод громадян, а в результаті призвело до збільшення кількості звернень до Європейського суду з прав людини.

Пленумом Верховного Суду України було підготовлено постанову «Про пропозиції Верховного Суду України Тимчасовій спеціальній комісії Верховної Ради України з питань підготовки законопроекту про внесення змін до Конституції України» від 11 квітня 2014 року¹². У цій постанові йдеться про те, що у п. 45 Висновку Венеціанської комісії від 15 червня 2013 р. № 722/2013 зазначено, що в Конституції України повинні бути викладені повноваження Верховного Суду, зокрема ті, які забезпечують його функції, щоб гарантувати однакове застосування закону. У світлі попереднього обмеження повноважень Верховного Суду України це було б дуже бажаним. У спільному Висновку Венеціанської комісії та Дирекції зі співпраці Генеральної дирекції з прав людини та правових питань Ради Європи від 11 жовтня 2010 р. № 588/2010 підкреслено, що ідея верховного суду полягає в тому, що такий суд надає прецедентне тлумачення закону і таким чином забезпечує однакове тлумачення закону всіма судами (п. 31 Висновку).

Крім того, до судової реформи 2010 р. Пленум вищого спеціалізованого суду мав право давати роз'яснення з питань застосування спеціалізованими судами законодавства при вирішенні справ відповідної судової юрисдикції (ст. 44 Закону України «Про судоустрій України»). За діючим нині Законом України «Про судоустрій і статус суддів» роз'яснення Пленуму вищого спеціалізованого суду мають рекомендаційний характер. Таким чином, роз'яснення Верховного Суду України та Вищих спеціалізованих судів не є легальними тлумаченнями.

На нашу думку, доцільно було б повернути Верховному Суду України право надавати судам роз'яснення щодо застосування норм законодавства України. Це не лише сприятиме забезпеченню єдності судової практики, а й разом з тим – утвердженню міжнародних стандартів у галузі судочинства з урахуванням євроінтеграційних прагнень України.

Крім того, у вітчизняному законодавстві існує практика наділення правом легального тлумачення інших органів державної влади, крім Конституційного Суду.

Так, відповідно до ст.ст. 16, 17 Закону України «Про Центральну виборчу комісію»¹³ Центральна виборча комісія (далі – ЦВК) має право приймати обов'язкові роз'яснення з питань застосування законодавства про вибори і референдум. Такі роз'яснення є обов'язковими для використання у роботі виборчих комісій та комісій з референдумів. Разом з тим у Законі зазначено, що ЦВК звертається у разі необхідності до Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції, законів або окремих положень з питань, що стосуються організації підготовки та проведення виборів і референдумів в Україні.

Відповідно до ч. 11 п. 4 постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Пенсійний фонд України»¹⁴ Пенсійний фонд України має право давати роз'яснення з питань призначення, перерахунку та виплати пенсій.

Національне агентство України з питань державної служби має право надавати роз'яснення щодо застосування законодавства з питань державної служби та служби в органах місцевого самоврядування. Ці роз'яснення оприлюднюються у друкованих засобах масової інформації¹⁵.

Відповідно до п. 4 постанови Кабінету Міністрів України «Деякі питання Державної регуляторної служби України»¹⁶ Державна регуляторна служба України може давати роз'яснення положень законодавства з питань державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності.

На наш погляд, такі роз'яснення слід віднести до відомчого легального тлумачення, що здійснюється міністерствами або іншими центральними органами виконавчої влади шляхом видання наказів, інструкцій з метою ефективного правового регулювання у підвідомчих їм сферах. Відомче легальне тлумачення поширюється на тих суб'єктів, які підпадають під юрисдикцію органу, що здійснює тлумачення. Аналіз вітчизняного законодавства допоміг дійти висновку, що у нормативно-правових актах, якими регулюється правовий статус та повноваження органів виконавчої влади, як правило, передбачено право цих органів звертатися до Конституційного Суду щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України, але Пенсійний фонд України, Національне агентство України з питань державної служби, Державна регуляторна служба України мають право давати роз'яснення положень законодавства у підвідомчих їм сферах, що мають обов'язковий характер, а не рекомендаційний.

В. О. Петрушев звертає увагу, що міністерства та відомства досить часто направляють своїм підлеглим структурам інформаційні листи, вказівки, інструкції, а іноді й спеціальні акти роз'яснення, у яких містяться рекомендації щодо застосування нормативно-правових актів. На його думку, органи виконавчої влади не повинні здійснювати нормативне тлумачення навіть тоді, коли це роз'яснення носить рекомендаційний характер. Оскільки під виглядом таких роз'яснень часто змінюється зміст нормативно-правового акта, що є

недопустимими для правової держави. Пояснюється це тим, що підвідомчі органам виконавчої влади установи частіше керуються не законами, а похідними від них підзаконними актами. Тому існуючу практику легального тлумачення органами виконавчої влади, на думку В. О. Петрушева, слід визнати неправомірною і відмовитися від неї¹⁷.

Вважаємо, що це питання справді потребує врегулювання на законодавчому рівні шляхом прийняття Закону «Про інтерпретаційну діяльність». На даний час тлумачення «власних» нормативно-правових актів здійснюють міністерства, відомства, агентства. Проте не в усіх нормативно-правових актах, що регулюють їх статус, передбачено право давати роз'яснення положень законодавства. На наш погляд, це також створює колізію стосовно того, що один і той самий орган може виступати інтерпретатором (даючи роз'яснення, яке є обов'язковим у підвідомчій сфері) та бути суб'єктом звернення до Конституційного Суду щодо офіційного тлумачення Конституції та законів.

Отже, підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що легальне тлумачення – це офіційне тлумачення, що здійснюється органом державної влади, який не видавав нормативно-правовий акт, а одержав право його офіційного тлумачення відповідно до закону. Офіційне нормативне тлумачення, що здійснюється відповідно до закону і має загальнообов'язкове значення, є легальним загальним тлумаченням (наприклад, тлумачення Конституційного Суду). Офіційне нормативне тлумачення, що здійснюється органами виконавчої влади згідно із законом, застосування якого обмежується сферою діяльності відповідного державного органу, є легальним відомчим тлумаченням (наприклад, тлумачення Пенсійного фонду України, Національного агентства України з питань державної служби, Державної регуляторної служби України).

¹ Популярна юридична енциклопедія / [В. К. Гіжевський, В. В. Головченко, В. С. Ковальський та ін.]. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 479.

² Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підруч. / О. Ф. Скакун ; пер. з рос. – [2-е вид.] – Х. : Консум, 2006. – С. 436.

³ Капліна О. В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права: моногр. / О. В. Капліна. – Х. : Право, 2008. – С. 57.

⁴ Тихонова С. С. Аргументація в постановленнях Пленума Верховного Суду Російської Федерації: вплив на авторитет делегированного толкування уголовного закона / С. С. Тихонова // Юридическая техника. Ежегодник. Третья Бабаевские чтения: Юридическая аргументация: теория, практика, техника. – Нижний Новгород, 2013. – № 7. – Ч. 1. – С. 330.

⁵ Теория государства и права : курс лекций / М. И. Байтин [и др.] ; ред. Н. И. Матузов, А. В. Малько. – М. : Юристъ, 1997. – С. 169.

⁶ Сторожук І. П. Принцип делегування повноважень у місцевому управлінні / І. П. Сторожук // Університетські наукові записки. – 2005. – № 4. – С. 232.

⁷ Бублик Г. В. Делегування повноважень місцевими органами влади: організаційно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Г. В. Бублик; Київ. нац. екон. ун-т. – К., 2005. – С. 13.

⁸ Конституційний договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 р. № 1к/95-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1%D0%BA/95-%D0%B2%D1%80/page?text=%F2%EB%F3%EC%E0%F7>

⁹ Сторожук І. П. Вказ. праця. – С. 232.

¹⁰ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховної Ради Автономної Республіки Крим щодо відповідності Конституції України (конституційності) пунктів 1, 4, 8, 10, підпункту «б» підпункту 2 пункту 13, пунктів 14, 17 розділу I Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо здійснення державного архітектурно-будівельного контролю та сприяння інвестиційній діяльності у будівництві» від 3 лютого 2009 р. № 4 – рп / 2009, справа № 1. – 7 / 2009 // Вісник Конституційного Суду України. – 2009. – № 2. – Ст. 35.

¹¹ Вопленко Н. Н. Види і акти офіційного толкування права / Н. Н. Вопленко // Ленинградский юридический журнал. Научно-теоретический и информационно-практический межрегиональный журнал. – 2008. – № 2 (12). – С. 42.

¹² Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про пропозиції Верховного Суду України Тимчасовій спеціальній комісії Верховної Ради України з питань підготовки законопроекту про внесення змін до Конституції України» від 11 квітня 2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0001700-14>

¹³ Про Центральну виборчу комісію : Закон України від 30 червня 2004 р. № 1932-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 36. – Ст. 448.

¹⁴ Про затвердження Положення про Пенсійний фонд України : постанова Кабінету Міністрів України від 23 липня 2014 р. № 280 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 60. – Ст. 38.

¹⁵ Про затвердження Положення про Національне агентство України з питань державної служби : постанова Кабінету Міністрів України від 1 жовтня 2014 р. № 500 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 81. – Ст. 28.

¹⁶ Деякі питання Державної регуляторної служби України : постанова Кабінету Міністрів України від 24 грудня 2014 р. № 724 // Офіційний вісник України. – 2015. – № 4. – Ст. 18.

¹⁷ Петрушев В. А. Проблемы официального нормативного толкования права в Российской Федерации / В. А. Петрушев // Академический юридический журнал. – 2000. – № 2. – С. 4–8.

Резюме

Костюк О. М. Легальне тлумачення : до визначення сутності та змісту.

У статті проаналізовано існуючі наукові підходи до розуміння сутності легального тлумачення. З'ясовано співвідношення понять «легальне тлумачення» та «делеговане тлумачення». Визначено коло суб'єктів легального тлумачення за вітчизняним законодавством.

Ключові слова: легальне тлумачення, делеговане тлумачення, суб'єкти тлумачення, Конституційний Суд України, законодавство.

Резюме

Костюк А. Н. Легальное толкование: к определению сущности и содержания.

В статье проанализированы имеющиеся научные подходы к пониманию сущности легального толкования. Выяснено соотношение понятий «легальное толкование» и «делегированное толкование». Определен круг субъектов легального толкования за отечественным законодательством.

Ключевые слова: легальное толкование, делегированное толкование, субъекты толкования, Конституционный Суд Украины, законодательство.

Summary

Kostyuk O. The legal interpretation: to determine the nature and content.

The article analyzes the existing scientific approaches to understanding the nature of legal interpretation. It was found correlation concepts of “legal interpretation” and «delegated interpretation». The circle of subjects of the legal interpretation of the Ukraine legislation.

Key words: legal interpretation, delegated interpretation, subjects of interpretation, the Constitutional Court of Ukraine, legislation.

УДК 325.1:341.24

С. М. ОЛІЙНИК

Світлана Миколаївна Олійник, здобувач Національної академії управління

ПОНЯТТЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО ІНСТИТУТУ РЕАДМІСІЇ ОСІБ

Очевидно, що право та його галузі (у т.ч. міжнародне право) були б не здатні виконувати очікувану роль регулятора, якщо б норми права перебували в хаотичному стані.

Більшою мірою, ніж іншим формам соціального нормування, правовому регулюванню притаманна системність, яка передбачає чітку узгодженість дії та взаємну підтримку залучених до нього правових явищ¹. Норми й принципи права об'єднані у певні структурні підрозділи і пов'язані між собою різноманітними ієрархічними, генетичними та функціональними зв'язками². Можна говорити про право як ієрархічну структуру, оскільки система права складається з елементів, які перебувають у певному взаємозв'язку та розкривають структуру права на різних рівнях³.

Сучасна доктрина, характеризуючи систему міжнародного права, виділяє переважно ознаки статичної системи, зосереджуючись, власне, на структурних елементах системи міжнародного права: нормах та інститутах, підгалузях і галузях міжнародного права⁴.

З'ясування закономірностей побудови системи сучасного міжнародного права вимагає не тільки встановлення критеріїв, що дають змогу вичленити серед комплексів норм інститути і галузі, а й визначення ролі та місця окремих комплексів норм та інститутів і галузей, що ними утворюються, в системі міжнародного права. В. Василенко зазначає, що в загальнотеоретичному плані вони співвідносяться як одиничне (комплекс норм), особливе (інститут) та загальне (галузь). При цьому важливою характеристикою будь-якого інституту міжнародного права є його чітко виражена спеціальна відокремленість комплексу міжнародно-правових норм, що являють собою цей інститут⁵.

Раніше нами вже було встановлено, що реадмісія осіб як процедура приймання-передавання або транзитного перевезення осіб, які відповідно до законодавства держави-передавача (транзитера) нелегально прибули або перебувають на її території (нелегальних мігрантів), є інститутом міжнародного міграційного права як комплексної галузі міжнародного права⁶.

Метою ж цієї статті є визначення реадмісії осіб як міжнародно-правового інституту цієї галузі.

Останні 10–15 років науковців усе частіше цікавить інститутний підхід щодо вивчення суспільного життя, правової, політичної та економічної його сфер. Як зауважує С. Несинова, це пов'язано з наявністю в таких дослідженнях елементів абсолютної раціональності, досконалої конкуренції, вивчення дійсності крізь призму складного, проте єдиного організму, механізмів встановлення рівноваги в суспільстві тощо. Крім того, цей підхід надає можливість розглянути сучасні правові, політичні та економічні процеси комплексно і всебічно⁷.

Інститутний підхід, на думку одного із його засновників М. Оріу, полягає в аналізі елементів системи, які організовані позитивним правом з метою виявлення як способів їх організації засобами юридичної техніки, так і їх ролі в соціальній організації⁸. Т. Лаврук зауважує, що такий підхід сприяє вивченню діяльності інститутів та структур правового регулювання міжнародних відносин⁹. Саме тому існує необхідність дослід-

ження реадмісії осіб з точки зору, яка не підривала б її єдності як правового явища, в межах якого відобразились би її окремі аспекти. На наш погляд, дослідження реадмісії осіб крізь призму міжнародно-правового інституту здатне об'єднати усі його грані, створити цілісну картину реадмісії осіб.

У науці міжнародного права чи не найпершу комплексну розробку нової галузі юридичних знань – теорії інститутів міжнародного міграційного права – здійснено Н. Зінченко. Так, було виконано комплексне теоретичне дослідження основних інститутів міжнародно-правового регулювання зовнішньої міграції, з приводу яких суб'єкти міжнародного права вступають у правовідносини з метою приведення виникаючих при цьому соціальних зв'язків і взаємодій у відповідність з міжнародними стандартами в галузі дотримання прав і свобод людини та підкорення їх інтересам усталеного розвитку міжнародного співтовариства¹⁰. Разом із тим у своїх дослідженнях вона не надає конкретного переліку інститутів міжнародного міграційного права, однак аналіз робіт Н. Зінченко дає підстави виділити певні основні інститути цієї галузі. Зокрема, значну увагу дослідниця приділяє дослідженню інституту права притулку та інституту дипломатичного притулку, що, на думку авторки, перебувають у тісному взаємозв'язку з інститутом прав людини. Крім того, особливе місце відводиться інституту захисту прав вимушених переселенців, інституту міжнародного співробітництва держав у протидії нелегальній міграції, а також інститутам екстрадиції та реадмісії.

Схожий підхід мав професор Ю. Римаренко, яким одним із перших у вітчизняній науці здійснено обґрунтування міжнародного міграційного права як науки та навчальної дисципліни, розглянуто понятійний апарат міграційного середовища, проблеми управління міграційними процесами, правовий, політологічний та інші аспекти міграційного буття, а також проблеми протидії нелегальній міграції¹¹. На жаль, проблемі інституту реадмісії осіб автор не приділив уваги.

Відомо, що правові інститути покликані регламентувати галузі, фрагменти, аспекти суспільного життя. Інститут – це складова частина, блок, ланка галузі права. В. Хвостов зазначає, що сукупність юридичних норм, які належать до відомих абстрактних юридичних відносин або до декількох відносин, тісно пов'язані між собою, та при цьому сукупність цих норм, мислиме як єдине ціле, називається юридичним інститутом¹². О. Іоффе вважав, що правовий інститут – група норм права, об'єднаних на підставі специфічного способу застосування загальногалузевого методу до суспільних відносин, що ними регулюються¹³. На думку Є. Гіди, інститутом права є система відносно самостійних норм права в межах певної галузі (підгалузі) права, що регулюють окрему якісно однорідну групу (вид) взаємозалежних суспільних відносин¹⁴.

Серед наукових робіт, безпосередньо присвячених дослідженню сутності міжнародно-правових інститутів, слід виділити працю К. Бекашева. Вчений визначає інститут міжнародного права як сукупність (комплекс) міжнародно-правових норм, що стосуються відносин суб'єктів міжнародного права щодо будь-якого обмеженого (визначеного) об'єкта правового регулювання або встановлюючи міжнародно-правовий статус або режим використання будь-якого району, сфери, простору або іншого об'єкта¹⁵. М. Абдулаєв вважає інститут міжнародного права елементом галузі міжнародного права, що включає сукупність юридичних норм, які регулюють якісно однорідну групу міжнародних відносин¹⁶.

Знаний український юрист-міжнародник професор В. Василенко говорить про те, що інститутом міжнародного права є відносно відокремлений комплекс міжнародно-правових норм, яким притаманна спеціальна регулятивна спрямованість та які входять у межі певної однієї галузі або володіють міжгалузевим характером¹⁷. Такі вітчизняні дослідники, як В. Семенов та А. Маєвська, розуміють правові інститути як компоненти міжнародного права, що постійно взаємодіють в умовах реальних міжнародних відносин¹⁸.

Розкриваючи зміст категорії «правовий інститут», вчені, як правило, говорять про певний набір її характерних ознак, зокрема такі:

1) відносна предметна відокремленість (самостійність) (норми права, що утворюють правовий інститут, поширюють свій регуляторний вплив на відносно визначену групу суспільних відносин);

2) зміст правового інституту проявляється певною усталеною групою понять;

3) методологічна специфіка (сукупність прийомів і способів регулювання нормами права, які утворюють правовий інститут, суспільних відносин, що є об'єктом регулювання, характеризуються відомою специфічністю), правовому інституту притаманний самостійний регулятивний вплив. Правовий інститут забезпечує цілісне, відносно закінчене регулювання суспільних відносин, що є його предметом¹⁹.

Серед головних критеріїв інституту міжнародного права виділяють:

1) специфічність об'єктно-цільової сфери діяльності норм, що становлять цей нормативний комплекс;

2) неподільність нормативного комплексу на інститути, галузі та підгалузі;

3) наявність у нормативному комплексі норм *ergo omnes* багаторазової дії;

4) наявність серед норм *ergo omnes* спеціальних інститутних норм-принципів.

Додатковими критеріями для виділення інститутів міжнародного права називають: а) наявність одного чи декількох кодифікуючих актів, а також б) значний масив нормативного матеріалу²⁰.

При цьому слід зазначити, що міжнародно-правовому інституту як галузевому правовому інституту притаманні методологічні й предметні особливості регулювання специфічних суспільних відносин нормами та принципами міжнародного права.

На сучасному етапі міжнародного співробітництва держав у сфері правового регулювання кожної стадії міграційних процесів (у т.ч. стадії реадмісії осіб) можна вести мову про те, що вона являє собою самостійне регулювання специфічного кола однорідних, взаємопов'язаних суспільних відносин певної сукупності принципів і норм шляхом особливого методу.

Спираючись на вищенаведені теоретичні погляди, критеріями міжнародно-правового інституту реадмісії осіб слід вважати:

– особливий предмет інституту (яким є група однорідних міжнародних відносин у сфері приймання-передавання або транзитного перевезення нелегальних мігрантів);

– специфічний метод інституту (сукупність прийомів і способів, за допомогою яких міжнародно-правові норми, що утворюють інститут, здійснюють регулятивний вплив на визначену групу міжнародних відносин);

– фактичну та юридичну однорідність і наявність специфічної загальної групи понять (змісту міжнародно-правового інституту реадмісії осіб притаманні поняття: «реадмісія», «запит про реадмісію», «стандартна реадмісія», «прискорена реадмісія», «помилкова реадмісія», «компетентні органи реадмісії», «Спільний комітет з питань реадмісії» тощо);

– самостійний вплив на міжнародні відносини, що ним регулюються (нормами міжнародно-правового інституту реадмісії осіб регламентується окрема сфера суспільних відносин; сукупність значного нормативного матеріалу, що забезпечує цілісне регулювання цих суспільних відносин).

Особливо слід виділити критерій, обов'язкова присутність якого, на думку В. Василенка, характеризує міжнародно-правовий інститут – це наявність нормативного комплексу норм *ergo omnes*.

О. Коптєва, здійснивши емпіричний аналіз рішень та консультативних висновків Міжнародного суду ООН (далі – Суду), дійшла висновку, що *ergo omnes* зобов'язання походять із: заборони агресії, заборони геноциду; заборони порушення прав людини, у т.ч. рабства та расової дискримінації; заборони завдання шкоди навколишньому природному середовищу; заборони порушень норм міжнародного гуманітарного права; заборони випробовування та застосування ядерної зброї; заборони порушення принципу самовизначення народів. Вони, на думку Суду, є зобов'язаннями будь-якої держави перед усім міжнародним співтовариством у цілому, стосуються всіх держав; усі держави мають юридичний інтерес щодо їхнього захисту²¹.

Такі норми мають місце й у міжнародних договорах у сфері реадмісії, що водночас є його спеціальними інститутними нормами-принципами. До прикладу, чинна Угода між Україною та ЄС про реадмісію осіб від 18 червня 2007 р.²² містить положення щодо захисту персональних даних про особу (ст. 13), а також положення про те, що Угода не завдає шкоди правам та обов'язкам держав, які впливають з міжнародного права й, зокрема, з будь-якої відповідної міжнародної конвенції або угоди, що застосовуються, сторонами яких вони є, у т.ч. Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р., Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р., Конвенції про статус біженців від 28 липня 1951 р. та Протоколу до неї від 31 січня 1967 р., Міжнародного пакту про громадянські та політичні права від 19 грудня 1966 р. й міжнародних договорів стосовно екстрадиції (преамбула та ст. 14). Аналогічні норми у тій чи тій формі закладено до інших відомих нам реадмісійних міжнародних договорах.

Отже, проведене дослідження показало, що реадмісії осіб притаманні критерії, які допомагають визначити його інститутом міжнародного права. Зрозуміло, цей інститут не є настільки автономним як, наприклад, інститут суб'єкта чи джерел міжнародного права, не має такого загальносистемного характеру, що дасть змогу віднести його безпосередньо до усієї системи міжнародного права як самостійного інституту його загальної частини.

Водночас міжнародно-правовий інститут реадмісії осіб є самостійним інститутом в системі міжнародного права, частиною комплексної галузі міжнародного міграційного права; являє собою відокремлену сукупність принципів і норм, створених державами та іншими суб'єктами міжнародного права, покликаних регулювати міжнародні відносини у сфері приймання-передавання або транзитного перевезення нелегальних мігрантів.

Цьому інституту притаманний інтелектуально-вольовий зміст (фактична та юридична однорідність і наявність специфічної загальної групи понять) та самостійний вплив на однорідну групу міжнародних відносин, що ним регулюються, за допомогою специфічного інститутного методу регулювання.

¹ Загальна теорія держави і права : підруч. / [Л. В. Авраменко, І. В. Бенедик, І. О. Биля-Сабадаш та ін.]; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2011. – 584 с. – С. 210.

² Там само. – С. 150.

³ Машков А. Д. Теорія держави і права : підруч. / А. Д. Машков. – К. : ВД «Дакор», 2014. – 492 с. – С. 302.

⁴ Антипенко В. Ф. Предмет і система міжнародного права / В. Ф. Антипенко, О. А. Радзівілл // Міжнародне публічне право : підруч. [в 3-х т.] / [В. Ф. Антипенко, О. В. Беглий, Л. Д. Тимченко та ін.]; за ред. В. Ф. Антипенка. – К. : Вид-во «НАУ-друк», 2010. – Т. 1. – 422 с. – С. 15.

⁵ Василенко В. А. Основы теории международного права / В. А. Василенко. – К. : Вища шк. Головное изд-во, 1988. – 288 с. – С. 218, 219.

⁶ Олійник С. М. Місце реадмісії осіб у системі міжнародного права / С. М. Олійник // Альманах міжнародного права. – 2016. – № 11. – С. 83–91.

⁷ Несинова С. В. Старий та новий інституціоналізм у дослідженні правових інститутів / С. В. Несинова // Актуальні проблеми держави і права. – 2014. – Вип. 74. – С. 35–41. – С. 35.

⁸ Ориу М. Основы публичного права ; пер. с франц. / М. Ориу. – М. : Изд-во Коммунистической академии, 1929. – С. 114.

⁹ Лаврук Т. П. Політичні аспекти правового регулювання міжнародних відносин : автореф. дис. ... канд. політ. наук : спец. 23.00.04 «Політичні проблеми міжнародних систем та глобального розвитку» / Т. П. Лаврук; Чернів. нац. ун-т ім. Ю. Федьковича. – Чернівці, 2009. – 20 с.

- ¹⁰ Зинченко Н. Н. Миграция населения: теория и практика международно-правового регулирования: монография / Н. Н. Зинченко. – М. : Внешторгиздат, 2003. – 264 с.; Зинченко Н. Н. Международное миграционное право: основы теории и практики: монография / Н. Н. Зинченко. – М. : Научная книга, 2011. – 344 с.
- ¹¹ Римаренко Ю. І. Міжнародне міграційне право : підруч. / Ю. І. Римаренко. – К. : КНТ, 2007. – 640 с.
- ¹² Хвостов В. М. Общая теория права. Элементарный очерк / В. М. Хвостов. – 4-те вид., испр. и доп. – СПб. : Кн. маг. Н. П. Карбасникова, 1908. – 144 с. – С. 122.
- ¹³ Иоффе О. С. Структурные подразделения системы права (на материалах гражданского права) / О. С. Иоффе // Ученые записки ВНИИСЗ. – 1968. – Вып. 14. – С. 45–60.
- ¹⁴ Теорія держави та права : підруч. / [Є. О. Гіда, Є. В. Білозьоров, А. М. Завальний та ін.]; за заг. ред. Є. О. Гіди. – К. : ФОП О. С. Ліпкан, 2011. – 576 с. – С. 225.
- ¹⁵ Бекашев К. А. Международное публичное право : учеб. / К. А. Бекашев. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Проспект, 2007. – 784 с. – С. 27.
- ¹⁶ Абдулаев М. И. Теория государства и права : учеб. для высш. учеб. завед. – М. : Фин. контроль, 2004. – 410 с. – С. 214.
- ¹⁷ Василенко В. А. Вказана праця. – С. 219.
- ¹⁸ Міжнародне право : навч. посіб. / [М. В. Буроменський, І. Б. Кудас, В. С. Семенов та ін.]; за ред. М. В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 336 с. – С. 11.
- ¹⁹ Алексеев С. С. Структура советского права / С. С. Алексеев. – М. : Юридическая литература, 1975. – С. 119.
- ²⁰ Василенко В. А. Вказана праця. – С. 221, 222.
- ²¹ Коптєва О. О. Зобов'язання ergo omnes у системі міжнародно-правових зобов'язань : дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / О. О. Коптєва; Ін-т законодавства Верховної Ради України. – К., 2013. – 200 с. – С. 144.
- ²² Угода між Україною та Європейським Співтовариством про реадмісію осіб: Міжнародна угода від 18 червня 2007 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 9. – Ст. 86.

Резюме

Олійник С. М. Поняття міжнародно-правового інституту реадмісії осіб.

У статті досліджено реадмісію осіб як самостійний інститут в системі міжнародного права та частину комплексної галузі міжнародного міграційного права. Встановлено, що під міжнародно-правовим інститутом реадмісії осіб слід розуміти відокремлену сукупність принципів і норм, створених державами та іншими суб'єктами міжнародного права, покликаних регулювати міжнародні відносини у сфері приймання-передавання або транзитного переміщення нелегальних мігрантів.

Ключові слова: реадмісія осіб, інститут права, міжнародна міграція.

Резюме

Олейник С. Н. Понятие международно-правового института реадмиссии лиц.

В статье исследована реадмиссия лиц как самостоятельный институт в системе международного права и часть комплексной отрасли международного права. Установлено, что под международно-правовым институтом реадмиссии лиц следует понимать обособленную совокупность принципов и норм, созданных государствами или другими субъектами международного права, призванные регулировать международные отношения в сфере приема-передачи или транзитного перемещения нелегальных мигрантов.

Ключевые слова: реадмиссия лиц, институт права, международная миграция.

Summary

Oliiynk S. Definition of the international legal institute of the readmission of persons.

In the Article it is made a research of the readmission of persons as a separate institute in the system of the international law, part of a complex branch of the international migration law. It is found that under the international legal institute of the readmission of persons it is necessary to understand a separate body of principles and norms, established by the States and other subjects of the public law, aimed at regulation of the international relations in the sphere of receiving-transfer or transit traffic of illegal migrants.

Key words: the readmission of persons, an institute of the law, the international migration.

УДК 342.728

Н. П. ГАЄВА

*Надія Петрівна Гаєва, кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

ДО ПИТАННЯ РОЗУМІННЯ ПРИНЦИПУ ПРОЗОРОСТІ, ВІДКРИТОСТІ ТА ПУБЛІЧНОСТІ УТВОРЕННЯ І ДІЯЛЬНОСТІ ГРОМАДСЬКИХ ОБ'ЄДНАНЬ

Принцип прозорості, відкритості та публічності утворення і діяльності громадських об'єднань є одним з основних принципів, що забезпечують їх функціональний та сталий розвиток на демократичних засадах. Втім, на сьогодні науковцями досліджуються питання прозорості, відкритості, публічності, їх співвідношення з гласністю, насамперед, у сфері адміністративного процесу, цивільного судочинства, державного управління, місцевого самоврядування, а також щодо окремих суб'єктів конституційно-правових відносин. Водночас за межами ґрунтовного аналізу залишається принцип прозорості, відкритості та публічності утворення і діяльності громадських об'єднань, його співвідношення з принципом гласності. Проте актуальність дослідження змісту та сутності цього принципу обумовлена не лише необґрунтовано низьким науковим інтересом до нього, але й тим, що утворення і діяльність громадських об'єднань на засадах цього принципу перебуває на етапі становлення, так як цей принцип відносно недавно знайшов закріплення на рівні закону. Тому метою пропонованої статті є спроба проаналізувати змістовні характеристики понять «прозорість», «відкритість», «публічність», їх співвідношення з поняттям «гласність» та окреслити концептуальне бачення принципу прозорості, відкритості та публічності утворення і діяльності громадських об'єднань.

Відповідно до ч. 7 ст. 3 Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. принципи прозорості, відкритості та публічності трактується як «прозорість, відкритість передбачає право всіх членів (учасників) громадського об'єднання мати вільний доступ до інформації про його діяльність, у тому числі при прийнятті громадським об'єднанням рішення та здійсненні заходи, а також обов'язок громадського об'єднання забезпечувати такий доступ. Публічність означає, що громадські об'єднання інформують громадськість про свої мету (цілі) та діяльність»¹. Саме з даного законодавчого положення випливає, що поняття принципу прозорості, відкритості та публічності є збірним і включає дві складові (тобто форми свого вираження): перша – прозорість, відкритість; друга – публічність. При цьому прозорість і відкритість розглядаються як цілісна характеристика. У зв'язку з цим виникає запитання, навіщо вживати терміни «прозорість» та «відкритість», якщо, на думку законодавця, вони є просто синонімами?

Щоб дати належну оцінку принципу прозорості, відкритості та публічності, варто нагадати, що у Законі України «Про об'єднання громадян» взагалі був відсутній даний принцип серед принципів, відповідно до яких об'єднання громадян створювалися і діяли, але було закріплено принцип гласності без його дефінітивного визначення (ст. 6)². Втім саме термін «гласність» є і досі загальноновизнаним у спеціальних законах про конкретні види громадських об'єднань. Так, в Законі України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15 вересня 1999 р. принцип гласності визначено як окремий принцип, на якому будується діяльність профспілок. При цьому він просто згадується без окреслення його змісту. Разом з тим, додається таке формулювання: «інформація щодо статутних і програмних документів профспілок є загальнодоступною» (ч. 2 ст. 2)³. Такий підхід частково має місце і в Законі України «Про молодіжні та дитячі громадські організації» від 01 грудня 1998 р. Втім, принцип гласності не тільки фіксується в ст. 3 цього Закону, але й втілюється, по-перше, через обов'язок молодіжних та дитячих громадських організацій доводити до відома громадськості відомості про свою діяльність у формах, що не суперечать законодавству. По-друге, через визначення, що інформація, яка міститься у статутах, про склад керівних органів, про джерела матеріальних та інших надходжень, а також пов'язана з діяльністю молодіжних та дитячих громадських організацій, не є конфіденційною або іншою інформацією, яка охороняється законом⁴. Водночас законодавець у Законі України «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» від 07 жовтня 1997 р. без відповідних пояснень

серед групи принципів, що слугують відправними засадами їх утворення та діяльності (ст. 3), уникає використання як принципу гласності, так і принципу прозорості, відкритості та публічності⁵. Між тим, у п. 7 ст. 6 Закону України «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності» від 22 червня 2012 р. законодавець окремим принципом виділяє принцип, який має назву «відкритість та гласність»⁶.

Слід також констатувати, що в законах про громадські об'єднання (об'єднання громадян) більшості держав, що утворилися на теренах колишнього СРСР, превалює підхід, де окремим принципом зафіксовано принцип гласності (Білорусь – ст. 4, Вірменія – ст. 4, Казахстан – ст. 6, Узбекистан – ст. 4)⁷. При цьому необхідно зазначити, що в жодному із згаданих нормативно-правових актах не наводиться визначення принципу гласності: він просто згадується без тлумачення. Водночас принцип гласності в Законі Республіки Білорусь заснований на положенні ч. 2 ст. 34 Конституції, де сказано, що «...громадські об'єднання... зобов'язані надати громадянину Республіки Білорусь можливість ознайомитися з матеріалами, що зачіпають його права та законні інтереси»⁸. А в Республіці Казахстан принцип гласності поєднаний із звітністю про діяльність громадських об'єднань. Натомість, у Російській Федерації (ч. 2 ст. 15) та Республіці Молдова (ст. 3) законодавець для забезпечення принципу гласності передбачає, що інформація про установчі та програмні документи громадських об'єднань має бути загальнодоступною⁹.

Варто зазначити й те, що на рівні корпоративних норм існують різні підходи щодо назви досліджуваного принципу. Так, у деяких статутах громадських об'єднань серед принципів їх утворення і діяльності закріплено лише гласність (ст. 4 Статуту юристів України). В інших гласність відокремлена від принципу прозорості та відкритості (1.3 Статуту Всеукраїнської громадської організації «Асоціація правників України»). Треті розмежовують гласність з принципом прозорості та принципом публічності та відкритості (1.3 Статуту Всеукраїнської громадської організації «Всеукраїнський громадський рух “Український вибір”»). Четверті визначають як окремі принципи відкритість, гласність та прозорість (3. Статуту громадської організації «Всеукраїнська спілка воїнів АТО»). П'яті виділяють як самостійні принципи гласність та підзвітність керівних органів (1.4 Статуту Всеукраїнської громадської організації «Спілка адвокатів України»). Шості прозорість, відкритість та публічність закріплюють як самостійний принцип у відповідності до Закону України «Про громадські об'єднання» (1.2 Статуту громадської організації «Всеукраїнська самоврядна організація фахівців конкурсного процесу»). Такий термінологічний апарат, який використовується на рівні корпоративних норм щодо досліджуваного принципу, впливає не тільки на його визначеність, але й призводить до відчутливих труднощів у його дотриманні.

Для вироблення чіткого підходу до тлумачення принципу «прозорості, відкритості та публічності» передусім важливо здійснити етимологічний аналіз термінів «прозорість», «відкритість», «публічність» та їх співвідношення з терміном «гласність». Слово «прозорість» у Великому тлумачному словнику сучасної української мови визначається як властивість і стан, що характеризується доступністю для сприймання, зрозумілостю, ясністю, дохідливістю, можливістю легко розгадати, збагнути, явністю, неприхованістю¹⁰. Серед значень слова «відкритість» у цьому ж словнику наводяться такі: «доступний для всіх бажаючих», «неприхований, нетаємний, явний»¹¹. Щодо терміну «публічність», то цей словник не дає його визначення, а тільки прикметника «публічний». Такий підхід зустрічаємо і у Тлумачному новому словнику української мови, згідно з яким «публічний» трактується як такий, який відбувається в присутності публіки, людей; прилюдний, привселюдний, гласний, відкритий¹². Водночас гласність у Великому тлумачному словнику сучасної української мови визначається як приступний для широкої громадськості, відкритий, публічний¹³. Убачаючи зв'язок між такими поняттями як «відкритість», «публічність», «гласність», доводиться констатувати, що вони є тотожні і, як справедливо зазначає П. М. Любченко, не можуть вважатися прикладом досконалої нормотворчої техніки законодавця¹⁴.

Не сприймаються одностайно проаналізовані терміни і в науці конституційного права. Скажімо, І. Т. Темех розглядає гласність як загальний принцип, який характерний для всіх громадських організацій, а принцип прозорості та відкритості як спеціальний принцип правозахисних громадських організацій. Свою точку зору автор аргументував тим, що цей принцип підтверджує суспільне значення правозахисної діяльності даних організацій та відображає потребу суспільства на інформацію про їх діяльність, яку вони здійснюють задля збереження та/чи відновлення суспільних цінностей¹⁵. І. С. Сопелкін, досліджуючи принципи утворення та діяльності професійних спілок, вживає термін «гласність», роблячи акцент на його реалізації. Даний принцип, зазначає вчений, втілюється у життя шляхом виконання професійними спілками таких законодавчих вимог, як регулярного обнародування своїх основних документів, складу керівництва, даних про джерела фінансування та витрати. І далі пропонує виділяти такі організаційно-правові форми реалізації принципу гласності: проведення відкритих заходів; публікації відповідних документів на сторінках друкованих засобів масової інформації; виступи керівних органів профспілки на телебаченні тощо¹⁶. Вітчизняні правознавці О. Г. Кушніренко та Т. М. Слинько, активно досліджуючи конституційно-правовий статус об'єднань громадян, під гласністю розуміють відкритість, доступність інформації для громадського ознайомлення, обговорення, контролю діяльності об'єднань громадян і посадових осіб¹⁷. Якщо під гласністю О. Г. Кушніренко та Т. М. Слинько розуміють відкритість та доступність інформації, то білоруська дослідниця Є. В. Гакало під час формування визначення принципу гласності в діяльності громадських об'єднань використовує словосполучення «інформаційна відкритість», яка заснована на положенні ст. 34 Конституції Республіки Білорусь, що гарантує право на отримання, зберігання і поширення повної, достовірної та своєчасної інформації про діяльність громадських об'єднань¹⁸. Російські вчені теж схильні до назви «принцип гласності».

Його сутність, на думку С. А. Авак'яна, полягає в тому, що громадські об'єднання повинні здійснювати свою діяльність відкрито, тобто таким чином, щоб про неї мали достатню інформацію члени та учасники даного об'єднання, інші громадяни та громадські об'єднання, засоби масової інформації, державні органи¹⁹.

Для окреслення концептуального бачення принципу прозорості, відкритості та публічності та його співвідношення з принципом гласності у сфері утворення та діяльності громадських об'єднань доречним буде звернутися також до вже висловлених правознавцями думок щодо цієї проблеми, як в науці конституційного права щодо інших суб'єктів конституційно-правових відносин, так і в інших галузевих науках. Так, О. В. Совгіря, досліджуючи принципи відкритості, прозорості та гласності діяльності Уряду, наводить наступне визначення поняття принципу гласності – «обов'язок Кабінету Міністрів здійснювати постійну та систематичну роботу з інформування громадськості про хід своєї діяльності та прийняті за її результатами рішення»²⁰. Щодо принципу прозорості, то дослідниця підтримує позиції тих авторів, які відзначають, що він полягає в установленні органами державного управління умов, що забезпечують залучення громадян та інших об'єктів управління до прийнятих управлінських рішень, а принцип відкритості – у забезпеченні можливостей вільного доступу громадян до здійснення управління державними справами²¹. Натомість, О. Томкіна робить висновок, що сутність принципу гласності полягає у відкритості, прозорості, публічності організації та діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових осіб, доступності інформації про їхню діяльність²². Інакше кажучи, на її думку, гласність та відкритість, прозорість, публічність співвідносяться як ціле (гласність), і частини (відкритість, прозорість, публічність). Подібну точку зору має О. В. Прієшкіна, досліджуючи демократичні засади конституційного ладу²³. Втім у сфері місцевого самоврядування принцип гласності інтерпретується дещо по-іншому: як повна відкритість і прозорість у діяльності органів та посадових осіб місцевого самоврядування, висвітлення їх роботи в засобах масової інформації, проінформованість населення на певній території²⁴. А у теорії цивільного судочинства обґрунтовується, що формою реалізації гласності є відкритість. При цьому «відкритість – це лише одна складова принципу гласності, «важливим елементом засад гласності судочинства є також прилюдне (публічне) проголошення рішення у всіх випадках»²⁵. Відповідно, складовими принципу гласності виділяють відкритість та публічність.

Також звернемо увагу, що у юридичній літературі здебільшого прозорість ототожнюється, насамперед, з відкритістю. Тут доречно нагадати, що саме такий підхід знаходимо в Законі України «Про громадські об'єднання». Втім, на наш думку, така позиція є дискусійною, оскільки, як слушно відзначається в літературі, відкритість не повинна ототожнюватися з прозорістю, незважаючи на їхню тісну пов'язаність та певну взаємозалежність: можна бути добре обізнаним із діяльністю апарату управління, але не мати ніяких реальних можливостей вплинути на його зміст²⁶. Однак, ми й досі не знаходимо в науковій літературі єдності концептуальних підходів до з'ясування їх правової природи, змісту та сутності. Тому у цьому контексті значний інтерес становлять погляди сучасних авторів, які торкаються цієї проблеми. Наведемо та проаналізуємо деякі з них.

Так, значний науковий потенціал містить позиція В. І. Мельниченка, який вбачає основну відмінність принципів прозорості та відкритості у тому, що прозорість характеризується пасивністю споглядання інформації громадянами та їхніми об'єднаннями, а відкритість передбачає можливість активних дій цих суб'єктів²⁷. Фактично в аналогічному ключі розмірковує Н. В. Гудима, яка, досліджуючи принципи відкритості і прозорості в діяльності органів державного управління, пропонує визначати відкритість як необхідна для забезпечення їх демократизації та розвитку правила діяльність, що полягає в обов'язку цих органів забезпечити можливість вільного доступу громадян до здійснення управління державними справами шляхом як безпосереднього волевиявлення, так і опосередковано. А принцип прозорості, продовжує даний автор, полягає у встановленні цими органами засад, що забезпечують залучення громадян та інших об'єктів управління до прийняття управлінських рішень за рахунок створення і гарантування високого рівня їх обізнаності щодо змістовного та процедурного аспектів державно-управлінської діяльності²⁸.

Проведене нами дослідження дало змогу з'ясувати характерні, специфічні ознаки, за допомогою яких науковці розмежовують прозорість та відкритість, а тому розглядають їх як окремі принципи. Відтак, прозорість в діяльності громадського об'єднання визначається мірою обізнаності членів (учасників) громадського об'єднання стосовно його діяльності. Тобто, під прозорістю варто розуміти не лише процес інформування, а значно важливіше – процес перетворення інформації про діяльність громадського об'єднання на доступну для сприйняття, зрозумілу та дохідливу. Можливість отримання членами (учасниками) громадського об'єднання такої інформації досягається за допомогою як інформування (повідомлення) їх про діяльність громадського об'єднання, так і шляхом роз'яснення (пояснення, тлумачення) інформації. Відкритість в діяльності громадянського об'єднання визначається створенням ним умов для безперешкодного (вільного) доступу всіх його членів (учасників) до інформації про його діяльність, у тому числі про прийняті громадським об'єднанням рішення та здійснені заходи, а також виконанням громадським об'єднанням обов'язку щодо забезпечення такого доступу. Іншими словами, забезпечення інформаційної відкритості громадського об'єднання є двостороннім процесом. З одного боку, рівень відкритості фактично визначається реальною діяльністю громадського об'єднання, зокрема його керівних органів. З другого боку, запорукою відкритості громадського об'єднання є активна позиція його членів (учасників).

Наведені аргументи дають можливість стверджувати, що саме поняття «відкритість» охарактеризовано в ч. 7 ст. 3 Закону України «Про громадські об'єднання» поряд з поняттям «публічність». Якщо звернутися

до поняття «публічність» в даному Законі, то ситуація постає не менш суперечливою, адже публічність законодавець визначає як інформування громадським об'єднанням громадськість про свої мету (цілі) та діяльність. Втім термін «громадськість» є складним і багатоплановим. У Великому тлумачному словнику сучасної української мови громадськість визначається як передова частина, передові кола суспільства²⁹. Громадськість у словнику Т. Єфремової та на думку С. Кузнецова – 1) частина суспільства, що бере активну участь у житті цього суспільства; 2) громадські організації³⁰. Натомість, термін «громадськість» досить часто використовують в нормативно-правових актах, але без відповідних визначень його змісту. Не є винятком і Закон України «Про громадські об'єднання». А це створює серйозні перешкоди для тлумачення та реалізації принципу публічності. Звідси втрачається така характеристика правового припису як визначеність. Водночас без прозорості як належної обізнаності членів (учасників) громадського об'єднання стосовно його діяльності неможливим є їх результативний вплив на цю діяльність. При цьому прозорість, відкритість, публічність мають бути взаємоузгодженими.

Сказане вище безпосередньо стосується ще одного поняття – поняття гласності, яке має набути легального статусу в законодавстві про громадські об'єднання та дістати офіційне нормативне закріплення у Законі України «Про громадські об'єднання». Даючи визначення гласності, необхідно враховувати вже наявні в законодавстві дефініції цього поняття, а також дефініції понять, що є суміжними з ним: прозорість, відкритість, публічність. Поняття гласності, на нашу думку, є поняттям більш високого рівня узагальнення, ніж прозорість, відкритість, публічність. Гласність, як один із принципів утворення і діяльності громадських об'єднань, проявляється в забезпеченні (обов'язку) громадських об'єднань здійснювати постійну та систематичну роботу з інформування їх членів (учасників), органів державної влади та місцевого самоврядування, інших громадських об'єднань та населення про хід своєї діяльності. Сутність принципу гласності полягає у відкритості, прозорості, публічності утворення і діяльності громадських об'єднань, а з цього випливає, що поняття принципу гласності є збірним і включає три складові.

¹ Закон України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 1. – Ст. 1.

² Закон України «Про об'єднання громадян» від 16 червня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 34. – Ст. 504.

³ Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15 вересня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 45. – Ст. 397.

⁴ Закон України «Про молодіжні та дитячі громадські організації» від 01 грудня 1998 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 1. – Ст. 2.

⁵ Закон України «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» від 07 жовтня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 52. – Ст. 312.

⁶ Закон України «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності» від 22 червня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 22. – Ст. 216.

⁷ Закон Республіки Беларусь «Об общественных объединениях» от 04 октября 1994 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.by/ru/site-menu/about/struktura/obschestv/registr/obedin> ; Закон Республіки Армєнии «Об общественных организациях» от 04 декабря 2001 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1295&lang=rus; Закон Республіки Казахстан «Об общественных объединениях» от 31 мая 1996 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://tengrinews.kz/zakon/dkcs?ngt=Z960000003> ; Закон Республіки Узбекистан «Об общественных объединениях в Республике Узбекистан» от 15 февраля 1991 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lex.uz/pages/GetAct.aspx?lact-id=111827>

⁸ Закон Республіки Беларусь «Об общественных объединениях» от 04 октября 1994 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.by/ru/site-menu/about/struktura/obschestv/registr/obedin>

⁹ Федеральный закон Российской Федерации «Об общественных объединениях» от 19 мая 1995 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.consultant.ru/popular/obob/> ; Закон Республіки Молдова «Об общественных объединениях» от 17 мая 1996 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ngo.by/legal-state/legal-inform/foreign-law/c7f5319e605df782.html>

¹⁰ Великий тлумачний словник сучасної української мови / [уклад. і гол. ред. Б. Т. Бусел]. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. – С. 971. – 1440 с.

¹¹ Там само. – С. 131.

¹² Тлумачний новий словник української мови. – К. : Вид-во «Аконіт», 2008. – Т. 1: А–К. – С. 74. – 928 с.

¹³ Великий тлумачний словник сучасної української мови. – С. 184.

¹⁴ Любченко П. М. Відкритість та гласність у сфері місцевого самоврядування / П. М. Любченко // Державне будівництво та місцеве самоврядування : зб. наук. праць / [редкол.: Ю. П. Битяк та ін.]. – Х. : Право, 2013. – Вип. 25. – С. 91. – С. 88–101.

¹⁵ Темех І. Т. Конституційно-правовий статус правозахисних громадських організацій : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / І. Т. Темех – К., 2010. – С. 63–64. – 203 с.

¹⁶ Сопелкін І. С. Конституційно-правові принципи організації та діяльності профспілок / І. С. Сопелкін // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2011. – № 4. – С. 69. – С. 64–70.

¹⁷ Слінько Т. М. Конституційно-правовий статус об'єднань громадян в Україні : [навч. посібник] / Т. М. Слінько, О. Г. Кушніренко. – Х. : Арсіс, 1998. – С. 23. – 176 с.

¹⁸ Гакало Е. В. Конституционно-правовые принципы образования и деятельности общественных объединений / Е. В. Гакало // Юридический журнал. – 2009. – № 1. – С. 16. – С. 13–17.

¹⁹ Авакьян С. А. Политический плюрализм и общественные объединения в Российской Федерации: конституционно-правовые основы : [монография] / Авакьян С. А. – М. : РЮНД, 1996. – С. 99–100. – 359 с.

²⁰ *Совгіря О. В.* Принципи відкритості, прозорості та гласності діяльності Уряду: визначення змісту та співвідношення понять / О. В. Совгіря // Публічне право. – 2011. – № 2. – С. 20. – С. 19–26.

²¹ Там само. – С. 21.

²² *Томкіна О.* Принцип гласності процедури прийняття правових актів Кабінету Міністрів України / О. Томкіна // Право України. – 2004. – № 9. – С. 28–29. – С. 28–31.

²³ *Прієшкіна О. В.* Гласність як відображення демократичних засад конституційного ладу: теоретичні аспекти / О. В. Прієшкіна // Актуальні проблеми держави і права. – 2005. – Вип. 24. – С. 226. – С. 224–230.

²⁴ Муниципальное право России : учебник / [С. А. Авакьян, В. Л. Лютцер, Н. Л. Пешин и др.] ; отв. ред. С. А. Авакьян. – М. : Проспект, 2011. – С. 163. – 544 с.

²⁵ *Амеліна А. С.* Гласність як один із принципів цивільного судочинства / А. С. Амеліна // Міжнародний юридичний вісник : збірник наукових праць Національного університету державної податкової служби України. – 2014. – Вип. 1. – С. 192–193. – С. 189–194.

²⁶ *Мельниченко В. І.* Прозорість і відкритість державного управління як чинники його стабілізації / В. І. Мельниченко // Вісник Національної академії державного управління при Президенті України. – 2003. – № 4. – С. 48. – С. 48–55.

²⁷ Там само. – С. 49.

²⁸ *Гудима Н. В.* Принципи відкритості та прозорості в діяльності органів державного управління : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. наук з державного управління : спец. 25.00.01 «Теорія та історія державного управління» / Н. В. Гудима. – К., 2008. – С. 6. – 21 с.

²⁹ Великий тлумачний словник сучасної української мови. – С. 199.

³⁰ *Ефремова Т. Ф.* Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный / Т. Ф. Ефремова. – М. : Рус. яз., 2000. – С. 89. – 1680 с.; *Кузнецов С.* Большой толковый словарь русского языка / С. Кузнецов. – СПб. : Норинт, 1998. – С. 80, 91. – 1536 с.

Резюме

Гаєва Н. П. До питання розуміння принципу прозорості, відкритості та публічності утворення і діяльності громадських об'єднань.

У статті досліджуються змістовні характеристики принципу прозорості, відкритості та публічності утворення та діяльності громадських об'єднань. Особливу увагу приділено аналізу проблем співвідношення термінів «прозорість», «відкритість», «публічність», «гласність» при їх нормативному та доктринальному використанні. Зазначено, що відкритість не повинна ототожнюватися із прозорістю, а сутність принципу гласності полягає у відкритості, прозорості, публічності утворення і діяльності громадських об'єднань.

Ключові слова: громадське об'єднання, принцип прозорості, відкритості та публічності, гласність.

Резюме

Гаєвая Н. П. К вопросу понимания принципа прозрачности, открытости и публичности образования и деятельности общественных объединений.

В статье исследуются содержательные характеристики принципа прозрачности, открытости и публичности образования и деятельности общественных объединений. Особое внимание уделено анализу проблем соотношения терминов «прозрачность», «открытость», «публичность», «гласность» при их нормативном и доктринальном использовании. Отмечено, что открытость не должна отождествляться с прозрачностью, а сущность принципа гласности заключается в открытости, прозрачности, публичности образования и деятельности общественных объединений.

Ключевые слова: общественные объединения, принцип прозрачности, открытости и публичности, гласности.

Summary

Gaeva N. On the question of understanding the principle of transparency, openness and publicity of formation and activities of public associations.

The article examines the substantial characteristics of the principle of transparency, openness and publicity of formation and activities of public associations. Particular attention is paid to the terms “transparency”, “openness”, “publicity” in their normative and doctrinal use. It is noted that “openness” should not be equated with “transparency”, and the essence of the principle of “transparency” is openness, transparency, publicity of formation and activities of public associations.

Key words: associations, the principle of transparency, openness and publicity, publicity.

О. І. КЛИМЕНКО

Олександр Ігорович Клименко, кандидат юридичних наук, заступник директора Департаменту регіональної політики та адміністративної реформи, завідувачий відділом взаємодії з регіонами Секретаріату Кабінету Міністрів України

ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАКРІПЛЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Нині наша держава входить у новий етап державотворення та право творення. Важливе місце серед цих реформ посідає конституційна реформа, що має на меті модернізувати Основний Закон. Так, з метою напрацювання пропозицій щодо змін до Конституції України на основі узагальнення практики реалізації Основного Закону України, з урахуванням досягнень та тенденцій розвитку сучасного конституціоналізму, забезпечення залучення в установленому порядку до такої роботи провідних учених, представників громадянського суспільства і різних політичних сил, міжнародних експертів Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеціанська Комісія), експертів інших міжнародних установ та організацій.

Недаремно вже протягом багатьох років із порядку денного політичного та суспільного життя нашої держави не сходять питання конституційної реформи. Про необхідність її проведення згадують вітчизняні науковці, дана тема є предметом постійних дискусій. Питання конституційної реформи у своїх працях неодноразово порушували українські вчені, зокрема: М. Ставнійчук, І. Динник, С. Головатий, А. Колодій, В. Колух, В. Колісник, Л. Кравчук, С. Різник, Ю. Шемшученко та інші, які зробили вагомий внесок у дослідження даної проблематики.

Як зазначає В. Колух, широкого громадського обговорення Концепції внесення змін до Конституції України не відбулося через драматичні події в Україні в лютому 2014 р. та їхні політичні й конституційно-правові наслідки. Наш аналіз розробленого Конституційною Асамблеєю проекту цієї концепції дає змогу зробити такі основні висновки. По-перше, остаточний текст проекту концепції (розміщений на сайті Конституційної Асамблеї для широкого громадського обговорення) змістовно значно відрізняється від його початкового варіанта (розданого членам Конституційної Асамблеї до її пленарного засідання 21 червня 2013 р.), що свідчить про відсутність у членів Конституційної Асамблеї усталених уявлень щодо того, які саме зміни потрібно вносити до Конституції України. По-друге, Конституційна Асамблея здійснила тотальний перегляд Конституції України, положень усіх її розділів, у тому числі тих, зміни в яких затверджуються всеукраїнським референдумом (I, III, XIII)¹.

Зокрема М. Ставнійчук, яка неодноразово наголошувала: «Нашій державі потрібна систематизація реформ: від економіки, фінансів, соціальної політики до політичної системи, внутрішньої та зовнішньої безпеки. Єдиним чинником, що за своєю природою здатен сьогодні стати матрицею реформування всієї країни, є конституційно-правова модернізація. Вона розглядається нами як процес приведення права України, і передовсім її Конституції, у відповідність до сучасних потреб суспільства та держави, національної правової традиції, критеріїв і стандартів європейського конституціоналізму, європейського права»².

При цьому А. Колодій, колишній член Конституційної Асамблеї зазначив: «Вітчизняному конституційному процесі не вистачає: по-перше, достатньої регламентованості нормативно-правовими актами різної юридичної сили. На жаль, до цього часу відсутні закони України «Про нормативно-правові акти», «Про закони та законодавчу діяльність в Україні», «Про парламентську більшість», «Про парламентську опозицію». По-друге, системності та логічної послідовності дій та заходів, що здійснюються у межах конституційного процесу, а саме стосовно розробки, прийняття, внесення змін та доповнень, набуття чинності конституцією та конституційним законодавством. По-третє, цілеспрямованості та втілення у суспільне, соціальне життя справжнього конституціоналізму, який органічно містить народовладдя, демократію, гуманізм тощо»³.

Пріоритетним завданням внутрішньополітичного розвитку України є проведення конституційної реформи. Як наслідок, до Конституції України було внесено зміни законами України від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV, від 1 лютого 2011 р. № 2952-VI, від 19 вересня 2013 р. № 586-VII, а Революція гідності стала каталізатором прийняття Верховною Радою України Закону України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» від 21 лютого 2014 р. № 742-VII⁴, який в цілому відновив редакцію Конституції 2004 р.

З метою напрацювання узгоджених пропозицій щодо змін до Конституції України із залученням до цієї роботи представників різних політичних сил, громадськості, вітчизняного та міжнародного експертного середовища, сприяння досягненню громадського та політичного консенсусу, Указом Президента України від 3 березня 2015 року № 119 «Про Конституційну Комісію» було створено Конституційну Комісію⁵.

Конституційна Комісія є спеціальним допоміжним органом при Президентові України, яка працює у складі трьох робочих груп, що розробляють зміни до Конституції України за пріоритетними напрямками

реформування – децентралізації, удосконалення конституційних засад правосуддя та конституційного регулювання прав, свобод і обов'язків людини та громадянина.

Саме тому Стратегією сталого розвитку «Україна – 2020», яка схвалена Указом Президента України від 12 січня 2015 р. № 5, передбачено реалізацію конституційної реформи⁶.

Як зазначає І. Динник, важливий напрям реформування, що має на меті підвищення ефективності механізмів політичного представництва, пов'язаний із парламентською реформою. Сучасний етап розвитку політичної системи України можна характеризувати як повне «перезавантаження», в якому українському парламенту належить одна з ключових ролей. З огляду на те, що парламент є найвищим представницьким органом, однією з головних функцій якого є забезпечення діалогу між різними групами суспільних інтересів з метою формування ефективної державної політики⁷.

В. Колух наголосив, що Укази Президента України П. Порошенка «Про Конституційну Комісію» та Президента України В. Януковича «Про Конституційну Асамблею» мають багато спільного не лише за формою. У них ідеться про реформування Конституції України, а не якогось конституційно-правового інституту (судової влади, місцевого самоврядування, територіального устрою тощо). Це означає, що Конституційна Комісія може піти шляхом Конституційної Асамблеї і здійснюватиме тотальний (всеосяжний) перегляд Конституції України, в якому немає потреби і який у разі його здійснення може мати непередбачувані негативні наслідки для всієї системи організації та функціонування державної влади й місцевого самоврядування в Україні.

Висловлюючи свою оцінку, А. Колодій переконаний, що для оновлення Конституції України необхідно використовувати філософсько-світоглядні підходи, загальнонаукові, спеціально-наукові та власне-юридичні методи та способи. Методологія оновлення Конституції України має бути множинною, плюралістичною⁸.

Звернемо увагу, що уряд прийняв розпорядження «Про організацію проведення обговорення положень змін до Конституції України щодо децентралізації державної влади»⁹, а також до Верховної Ради внесено проект Закону України «Про внесення змін до статті 124 Конституції України в якому зазначено, що Україна може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду на умовах, передбачених Римським статутом Міжнародного кримінального суду.

Україна пов'язує перспективи свого подальшого розвитку із входженням в європейські структури. Починаючи з 1991 р., коли наша держава здобула незалежність, Україна та ЄС започаткували відносини, що динамічно розвиваються. Відносини України з Європейським Союзом (ЄС) від початкових політичних декларацій та надання технічної і фінансової допомоги ЄС перетворилися на співробітництво, яке охопило широке коло питань у різних сферах діяльності із залученням значної кількості урядових та ділових партнерів, представників громадськості тощо. У 1998 р. Україна і ЄС зробили рішучий крок до покращення своїх відносин шляхом укладення Угоди про партнерство та співробітництво¹⁰.

Практичним інструментом підготовки до реалізації Угоди про асоціацію між Україною та ЄС до моменту набуття нею чинності є Порядок денний асоціації України – ЄС (ПДА). Зазначений документ визначає спільні дії сторін щодо політичного діалогу, у сферах зовнішньої політики, юстиції та безпеки, економічного та секторального співробітництва на принципах спільної з ЄС участі, відповідальності та оцінки.

Загалом Угода про асоціацію та Порядок денний асоціації сприятимуть подальшій політичній асоціації та економічній інтеграції України до ЄС шляхом запровадження та вдосконалення всебічного співробітництва.

Акцентуємо увагу, що наша держава постійно інформує ЄС про виконання ПДА. У ході моніторингу виконання ПДА враховуються оцінки ЄС та держав-членів ЄС, зокрема щорічні звіти ЄК та Європейської служби зовнішніх дій щодо імплементації Європейської політики сусідства в Україні.

Звернемо увагу, що після підписання політичної та економічної частин Угоди про асоціацію Україна – Європейський Союз¹¹, покликана забезпечити якісно новий, поглиблений формат відносин між Україною та ЄС. Це стало унікальним двостороннім документом, який виходить далеко за рамки подібних угод, укладених ЄС свого часу з країнами Центральної та Східної Європи. Угода не лише заклала якісно нову правову основу для подальших взаємин між Україною та ЄС, а й слугує стратегічним орієнтиром для проведення системних соціально-економічних реформ в Україні, широкомасштабної адаптації законодавства України до норм і правил ЄС.

Триває робота щодо реформування судової системи, правоохоронних органів та вдосконалення кримінальної юстиції, у рамках якої здійснюється співпраця з експертами Ради Європи, Венеціанської Комісії, ОБСЄ та ЄС. Прийнято ряд законодавчих актів, спрямованих на вдосконалення судової системи та здійснення правосуддя, зокрема, Закони України: «Про внесення змін до деяких законів України (щодо окремих питань судоустрою та статусу суддів)», яким передбачено впровадження інструментів парламентського контролю з питань призначення, обрання, звільнення суддів, притягнення їх до відповідальності від 23.02.2014 р. № 769; «Про внесення змін до Кодексу адміністративного судочинства України щодо компетенції Верховного Суду України», яким визначаються правові та організаційні засади здійснення перегляду Верховним Судом рішень Вищого адміністративного суду від 14.03.2014 р. № 887; «Про відновлення довіри до судової системи України» від 08.04.2014 р. № 1188, який визначає правові та організаційні засади проведення атестації та люстраційної перевірки суддів судів загальної юрисдикції.

На нашу думку, в державі за роки незалежності були зроблені важливі кроки для інституціонування демократичної децентралізації в плані створення правової основи для процесу децентралізації, прийняті Закон України «Про місцеві Ради народних депутатів і місцеве самоврядування» (1990), «Про Представника Пре-

зидента України», «Про місцеві Ради народних депутатів, місцеве і регіональне самоврядування» (1992). Дані закони визначили межі функціонування органів державної влади, органів місцевого самоврядування. Чинна Конституція України закріпила систему організації влади на місцевому рівні, закладеному ще в 1992 р. Наступним кроком у створенні правової основи для децентралізації влади стали закони «Про місцеві державні адміністрації» (1997) та «Про місцеві адміністрації» (1999). Етапом на цьому шляху стала Концепція реформи місцевого самоврядування, спрямована на децентралізацію влади. Наступним реальним кроком стали пропозиції щодо внесення змін до Конституції України, які ґрунтуються на положеннях Європейської Хартії місцевого самоврядування, напрацюваннях Конституційної асамблеї та Конституційної Комісії Верховної Ради, груп експертів в області конституційного права і місцевого самоврядування. Запропоновані зміни до Конституції України передбачають: закріплення принципу децентралізації у здійсненні державної влади, повсюдності та спроможності місцевого самоврядування, сталого розвитку адміністративно-територіальних одиниць; запровадження трирівневої системи адміністративно-територіальної устрою – область, район, громада з широким самоврядуванням; громадою є адміністративно-територіальна одиниця, яка включає один або декілька населених пунктів (село, селище, місто, а також прилеглі до них території); передача функцій виконавчої влади від місцевих держадміністрацій виконавчим органам відповідного рівня; розподіл повноважень між органами місцевого самоврядування за принципом субсидіарності й наділення громад максимально широким колом повноважень; необхідне забезпечення фінансовими ресурсами повноважень органів місцевого самоврядування, включаючи їх участь у загальнодержавних податках; ліквідація державних адміністрацій і створення замість них державних представництв, позбавлених виконавчих функцій та наділення їх контрольно-наглядними та координаційними повноваженнями.

Найважливішим кроком на шляху реформування кримінальної юстиції України стало прийняття 13 квітня 2012 р. Верховною Радою України нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), який набув чинності 19 листопада 2012 року. У своїх висновках експерти Ради Європи зазначили, що розроблення КПК супроводжувалося «позитивною співпрацею українських органів влади з експертами Ради Європи протягом усього законотворчого процесу», і тому його схвалення «може дійсно вважатися запровадженням міцної основи для створення чесної, справедливої та ефективної системи кримінального судочинства». Крім того, КПК пройшов додаткову експертизу Генерального директорату з прав людини та правових питань Ради Європи.

Як підсумок зазначимо, що наша держава повинна виконати низку заходів, які допоможуть вивести Україну на міжнародну арену як повноправного члена Світового Співтовариства: по-перше, завершити підготовку проекту Адміністративно-процедурного кодексу України; по-друге, продовжити подальше вдосконалення законодавства про державну службу; по-третє, подальше реформування судової системи; по-четверте, забезпечення розроблення та прийняття законопроектів, спрямованих на реформування судової системи, органів внутрішніх справ, прокуратури та адвокатури; по-п'яте, належне виконання в Україні рішень Європейського суду з прав людини та впровадження рекомендацій Ради Європи стосовно умов відбування покарання засудженими, надання їм медичної допомоги; по-шосте, імплементація антикорупційного законодавства; по-сьоме, законодавче врегулювання питання утворення незалежного органу в сфері боротьби з корупцією; по-восьме, забезпечення прозорості бюджетного процесу та контролю за виконанням державного бюджету та продовжити реформування податкової системи відповідно до європейських стандартів.

¹ Колюх В. Конституційне DÉJÀ-VU// Віче. – 2015. – № 10. – С. 13–18 : [Електронний ресурс]. – <http://www.viche.info/>

² Ставнійчук М. І. Окремі проблеми новітнього конституційного процесу у світлі висновків європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанська комісія) / М. І. Ставнійчук // Право України. – 2012. – № 8. – С. 146–153.

³ Колодій А. Конституційний процес та сучасна конституційна реформа в Україні: етапи розвитку // Право України. – 2012. – № 8. – С. 114–120.

⁴ Про відновлення дії окремих положень Конституції України Закон України: від 21.02.2014 № 742-VII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/742-18>

⁵ Про Конституційну Комісію: Указ Президента України від 03.03.2015 № 119 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/119/2015>

⁶ Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020»: Указ Президента України від 12.01.2015 № 5/2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5/2015>

⁷ Динник І. Розвиток української держави у контексті реалізації стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» Збірник наукових праць. «Ефективність державного управління» – 2015. – Вип. 43 – С. 264–271.

⁸ Служба інформаційно-аналітичного забезпечення органів державної влади (СІАЗ). Конституційна Асамблея: політико-правові аспекти діяльності. Бюлетень інформаційно-аналітичних матеріалів – К., 2012. – № 7. – 126 с.

⁹ Про організацію проведення обговорення положень змін до Конституції України щодо децентралізації державної влади Розпорядження Кабінету Міністрів України: від 17.04.2014 № 451 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/451-2014-%D1%80>

¹⁰ Порядок денний асоціації Україна – ЄС для підготовки та сприяння імплементації Угоди про асоціацію : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_990

¹¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984_011

Резюме

Клименко О. І. Законодавче закріплення конституційно-правової реформи в Україні.

У статті проаналізовано правову регламентацію здійснення конституційно-правової реформи в Україні. Висвітлено пріоритетні завдання внутрішньополітичного розвитку держави та запропоновано конкретні пропозиції, що допоможуть Україні вийти на міжнародну арену у якості повноправного члена Світового Співтовариства.

Ключові слова: конституційна реформа, внесення змін до Конституції України, Конституційна Комісія, політична асоціація, економічна інтеграція.

Резюме

Клименко А. И. Законодательное закрепление конституционно-правовой реформы в Украине.

В статье проанализированы правовую регламентацию осуществления конституционно-правовой реформы в Украине. Освещены приоритетные задачи внутривнутриполитического развития государства и предложены конкретные предложения, которые помогут Украине выйти на международную арену в качестве полноправного члена мирового сообщества.

Ключевые слова: конституционная реформа, внесение изменений в Конституцию Украины, Конституционная Комиссия, политическая ассоциация, экономическая интеграция.

Summary

Klimenko O. Upholding the constitutional and legal reform in Ukraine.

The article analyzes the legal regulation of constitutional and legal reform in Ukraine. Deals with the domestic priorities of the state and offered concrete suggestions to help bring Ukraine into the international arena as a full member of the world community.

Key words: constitutional reform, amendments to the Constitution of Ukraine, the Constitutional Commission, political association, economic integration.

УДК 342.25: 340.5

В. В. ПОПКО

Вадим Вікторович Попко, кандидат юридичних наук, доцент Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЯ ВЛАДИ – НЕОБХІДНА УМОВА (ІНДИКАТОР РОЗВИТКУ) МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

В умовах політико-правової модернізації України суттєво зростає роль місцевого самоврядування, що пов'язано із пошуком та визначенням оптимальної моделі місцевого самоврядування у процесі здійснення в державі муніципальної реформи. Реформування місцевого самоврядування має відбуватися на засадах децентралізації владних повноважень, консолідації ресурсного забезпечення та стратегічного планування розвитку територіальних громад.

Місцеве самоврядування є обов'язковим елементом конституційного ладу будь-якої країни та полягає у праві населення самостійно і під свою відповідальність вирішувати питання місцевого значення. Визнання місцевого самоврядування як однієї з основ конституційного ладу передбачає встановлення децентралізованої системи управління, форми організації влади на місцях, що забезпечує самостійне рішення громадянами питань місцевого життя з урахуванням історичних і місцевих традицій. Процес децентралізації публічної влади, деконцентрації влади, субсидіарності при наданні публічних послуг у наш час особливо актуальний у країнах постсоціалістичного простору, адже наявність децентралізованого управління є однією з ознак демократичної держави. Успішно реалізувати цю вимогу в державі неможливо без достатньо розвинутого самоврядування, діяльність якого ґрунтується на демократичних принципах.

В Україні інститут місцевого самоврядування потребує вдосконалення насамперед правової основи місцевих органів влади, систематизації доволі великої кількості нормативно-правових актів у цій сфері, механізму їх реалізації. Потребує вдосконалення та приведення у відповідність до Конституції України правове регулювання проблем територіального управління. Насамперед така ситуація вимагає розвитку місцевого самоврядування, стратегічного планування й особливо бюджетної політики держави. Нині актуальне завдання полягає у тому, щоб радикально змінити чинну модель територіальної організації влади в Україні, яку слід привести у відповідність до європейських засад і стандартів шляхом перерозподілу владних повноважень на користь місцевого самоврядування. Вирішити проблему оптимального та раціонального поєднання централізації і децентралізації в нашій країні покликана адміністративно-територіальна реформа. За таких обставин в Україні 1 квітня 2014 р. прийнято *Концепцію реформування місцевого самоврядування та територі-*

альної організації влади в Україні, що передбачає зміну системи територіальної організації влади, перерозподіл повноважень, фінансових ресурсів, і реалізація якої запланована на період 2014–2017 рр. кількома етапами. Реформа місцевих органів влади є важливою складовою трансформації політичної системи. Це компонент базових політичних змін, а також неодмінна умова і важливий фактор економічного розвитку. Реституція власності та застосування різноманітних форм приватизації дуже важливі для створення нових ринкових інститутів.

Незважаючи на делегування урядом частини повноважень на місцевий рівень, загальне підвищення рівня якості життя відбувається досить повільними темпами. До того ж таке піднесення відчувається лише у великих урбанізованих центрах. Погіршення соціально-економічного стану зростає у міру віддалення від столичного регіону на периферію. Це свідчить, що існуюча система забезпечення та підтримки територій в Україні є недостатньо ефективною, що вимагає змін управління розвитком територій відповідно до тенденцій країн Європи, активізації участі населення у процесі прийняття рішень щодо вирішення проблем місцевого значення.

Саме в контексті реформування місцевого самоврядування в Україні існує необхідність вивчення світового досвіду організації місцевої влади, участі людей у громадському житті, компетенції органів місцевого самоврядування, створення надійної матеріальної та фінансової основи тощо.

Вивчення децентралізації місцевої влади має теоретичне та прикладне значення, оскільки надає можливість з'ясувати теоретичні засади й практичний відповідний зарубіжний досвід, а також визначити напрями і перспективи реалізації цього процесу в умовах адміністративно-територіальної реформи в Україні. Проблемні питання організації місцевої влади в Україні та за її межами, необхідності реформування існуючої системи, визначення шляхів подолання суперечностей та подальшого розвитку, вивчення досвіду зарубіжних країн порушувалися в працях вчених та в публіцистиці неодноразово. Найзначнішими серед сучасних наукових розробок проблем децентралізації місцевої влади є праці вітчизняних учених Т. Безверхнюк, М. Баймуратова, О. Батанова, Н. Камінської, В. Кампо, О. Копиленко, О. Мурашина, Н. Нижник, М. Пухтинського, В. Шаповала, Ю. Шемшученка та зарубіжних вчених – Т. Вюртенбергер, М. Кітінг, С. Ліпсет, В. Роккан, Е. Томпсон.

Мета статті: проаналізувати особливості процесу децентралізації, його співвідношення із явищем «деконцентрація», форми й механізми здійснення, а також вивчення позитивного досвіду проведених реформ місцевого самоврядування в європейських державах, зокрема Центральної та Східної Європи.

Світовий досвід свідчить, що місцеве самоврядування сьогодні виступає важливим фактором демократизації суспільного життя, децентралізації управління, необхідною передумовою становлення громадянського суспільства, наближення влади до її джерела – народу. Процеси становлення основних демократичних інститутів, до яких належить і місцеве самоврядування, зумовлюють децентралізацію й деконцентрацію влади в різних аспектах та сферах. Як зазначає О. В. Батанов, «місцеве самоврядування, регіоналізація та децентралізація стають тепер провідними принципами демократичної внутрішньої та зовнішньої державної політики і конституційно-правового регулювання у розвинутих зарубіжних країнах»¹. Децентралізована форма організації місцевого самоврядування поширена у державах англійської (англосаксонської) моделі організації місцевої публічної влади (Великобританія), французької (континентальної) моделі (Італія), змішаної моделі (Японія). Важливим для нашої вітчизняної історії місцевого самоврядування є досвід країн Центральної та Східної Європи.

Сучасна політична наука розглядає місцеве управління крізь призму таких понять, як «*децентралізація*» і «*деконцентрація*» влади², що дає можливість перевести теоретичні думки у практичну площину. При цьому під *децентралізацією* розуміється передача центром окремих повноважень місцевим виборним органам, а під *деконцентрацією* – делегування повноважень призначуваним із центру органам місцевої адміністрації. Необхідність таких дій Х. Ф. Алделфер (Пенсильванський університет, США) пояснював тією обставиною, що «ні однією країною неможливо управляти виключно з центру»³.

Найбільш детально дані поняття розроблені у французькій літературі. Так, відомий фахівець з питань управління Ж. Ведель під деконцентрацією розуміє «організаційну техніку, яка полягає у передачі важливих прав з прийняття рішень представникам центральної влади, поставленими на чолі різних адміністративних округів чи державних служб»⁴. Французькі дослідники зазвичай розрізняють вертикальну і горизонтальну деконцентрацію. У рамках вертикальної деконцентрації всі повноваження щодо представництва інтересів центральної влади на місцях передаються одному державному чиновнику, в результаті чого деконцентрація в центрі іноді перетворюється на концентрацію на місцях. Горизонтальна деконцентрація виражається в існуванні на місцевому рівні декількох «центрів влади» із розподілом обов'язків за галузевим принципом.

Як зазначає Ж. Ведель, децентралізація влади є необхідною, оскільки «має достоїнство демократичного характеру», причому демократизм «значно більш реальний в місцевих масштабах, ніж в загальнонаціональному». До того ж «децентралізоване управління, якщо для цього забезпечені необхідні засоби і умови, є значно менш важким і значно більш практичним, ніж централізоване управління»⁵. Для ефективної децентралізації зазвичай необхідним є наділення територіальних колективів чітко визначеною компетенцією і адекватними засобами вирішення питань, що входять в дану компетенцію, надання їм можливості формувати свої органи управління, обмеження контролю за діяльністю місцевих органів з боку центральної влади.

Деконцентрація публічної влади – принцип організації управління на місцях, що передбачає організацію й діяльність місцевого самоврядування як самостійної форми публічної влади на місцевому рівні в

результаті трансформації суверенних прав держави у самоуправління територіальних громад. Незважаючи на якісні відмінності децентралізації та деконцентрації, у них є спільна риса, тому вони доповнюють одна одну, забезпечуючи найбільш демократичне управління в державі у цілому й на місцях зокрема. Децентралізація та деконцентрація є двома різними видами переміщення владних повноважень із центру на місця.

Однак самостійність органів місцевого управління не повинна протистояти інтересам органів державного управління. Важливим є таке поєднання централізації та децентралізації у здійсненні державної влади, що передбачає встановлення меж децентралізації, обумовлене загальнодержавними інтересами й потребами, необхідністю управління державою як єдиним політичним, соціально-економічним та правовим простором.

Децентралізація охоплює значну сферу державного управління і, з одного боку, відбувається одночасно з деконцентрацією й паралельно до неї, а з другого, – є логічним і послідовним продовженням деконцентрації, яка передбачає законодавчу передачу повноважень центральних органів державної виконавчої влади представникам центральної виконавчої влади на місцях. У теорії та практиці державного управління за умови диференційованого підходу розрізняють два типи децентралізації: 1) децентралізація демократична, коли йдеться про передання частини державної виконавчої влади на рівень населення відповідних адміністративно-територіальних одиниць (територіальних громад, обшин, комун, муніципалітетів, територіальних колективів) та тих органів, які воно обирає (органів місцевого самоврядування); 2) децентралізація адміністративна (іноді її називають «деконцентрація»), коли йдеться про створення на місцях спеціальних урядових органів (місцевих державних адміністрацій, префектур, урядових комісаріатів тощо), які становлять так звану урядову або виконавчу вертикаль⁶.

Децентралізація базується на таких основоположних принципах: незалежність від форми державного устрою; чітке законодавче розмежування функцій та повноважень між різними рівнями управління; цілеспрямований розвиток розгалуженої системи місцевого самоврядування; невтручання держави у суверенні права земель, областей, регіонів («суверенітет народу»); самостійність органів місцевого самоврядування у фінансовій сфері, фінансова підтримка з боку держави; законодавче врегулювання взаємовідносин у сфері соціального управління.

Вихідною методологічною передумовою розмежування повноважень між системою державного управління й органами місцевого самоврядування є принцип, згідно з яким держава не зобов'язана брати на себе відповідальність за питання, які можна успішно вирішити на місцевому рівні. Прикладами надмірної децентралізації можуть бути реальна автономізація території, федералізація й конфедералізація країни. У буденній свідомості децентралізацію нерідко розглядають як чинник розпаду держави та будь-якої іншої системи (партії, організації). Історичний досвід показує, що науково обумовлена (не анархістська) децентралізація веде не до порушення зв'язків із центром і розпаду цілого, а до зміцнення єдності й цілісності країни. Децентралізація державної влади має дві характерні ознаки: самостійність органів місцевого самоврядування та ієрархічну незалежність від органів управління, а також самоврядування вищого рівня. Найважливішою ознакою справжньої децентралізації є самостійність органів місцевого самоврядування у фінансовій сфері, оскільки місцевим фінансам, зокрема місцевим бюджетам, належить величезна роль у забезпеченні дієздатності місцевого самоврядування.

Поряд із принципами субсидіарності, концентрації, компліментарності, партнерства, програмного підходу децентралізація є одним із ключових принципів розвитку демократії у державах Європейського Союзу (далі – ЄС) та Ради Європи (далі – РЕ), основою їх регіональної політики, перерозподілу повноважень регіонам, щоб ефективно використовувати внутрішній потенціал, заохочувати регіональні ініціативи та розмежовувати функції і повноваження між рівнями влади. Децентралізація публічної влади є основною умовою для держав-кандидатів на вступ до ЄС, на ній базуються всі галузеві політики, які розробляються і втілюються у межах ЄС. Цей принцип закріплено в Європейській хартії місцевого самоврядування, Проекті хартії регіональної демократії тощо.

Відцентрові процеси характерні для Німеччини, Франції, Іспанії, Італії, Австрії, Бельгії та інших країн ЄС. Вони полягають здебільшого в розширенні прав місцевої влади на управління всіма сферами життя населення, а також у деконцентрації фінансів. Зокрема, Франції знадобилося багато років послідовної децентралізації, щоб побутові послуги перетворилися на справжній обов'язок органів місцевого самоврядування. Цього було досягнуто шляхом запровадження нормативної системи фінансового зрівняння, яка забезпечила реальну досяжність національних стандартів, незважаючи на розбіжності в базах місцевих надходжень.

Деякі з територій європейських країн мають право запроваджувати й збирати місцеві податки, використовуючи їх для поліпшення добробуту своїх громадян. Характерно також, що засади регіональної політики формуються не національними урядами країн-членів, а безпосередньо у Брюсселі. Звідси із загальних коштів європейської спільноти надається допомога регіонам, яким вона найбільше потрібна. А пріоритети витрачання цих грошей визначає вже місцева влада шляхом розроблення й узгодження відповідних проектів, доцільність яких суворо контролюється. Досить важким у цьому контексті був перехід до нової системи регіонального розвитку для постсоціалістичних країн-членів ЄС.

Децентралізація і розвиток сучасних систем місцевого самоврядування стали основними компонентами перехідного періоду у країнах *Центральної та Східної Європи*. Протягом першого десятиліття краху централізованих держав у країнах Балтії й так званої Вишеградської групи були розроблені різні моделі устрою місцевих органів влади. У цих країнах були реструктуровані політичні механізми, економічні системи, інститути і практика управління, які дісталися у спадок від старих часів. На додаток до традиційних

проблем місцевої політики (вибори, участь партій тощо) додалися нові, зокрема місцевим органам самоуправління доводиться вирішувати проблеми етнічних меншин, співпрацювати з новими формами громадських об'єднань, впроваджувати фінансові реформи, залучати більше громадян до участі у самоврядуванні тощо. Виникла необхідність розвивати нові адміністративні функції місцевих органів влади (контроль, моніторинг), внаслідок чого підвищились вимоги до професійної підготовки співробітників, яких набирають на роботу до муніципальних органів управління.

У цій групі країн робляться схожі зусилля з метою модернізації структур місцевого самоврядування і практики їх управлінської діяльності. Ці реформи викликані як зовнішніми факторами (політичні зміни, розширення Європейського Союзу, структурна реформа управління на регіональному рівні), так і внутрішніми змінами розвитку місцевого самоврядування (підвищення ефективності роботи служб місцевих органів влади, удосконалення соціальної функції, надання комунальних послуг, екологічна безпека, міграційна політика). Такі реформи вимагають більш широкого залучення участі населення у самоврядуванні та значно прозорішої діяльності місцевих органів.

Слід зазначити, що в країнах Центральної та Східної Європи створена конституційна і законодавча база для децентралізації і діяльності місцевих органів влади, а також проводиться конструктивна місцева політика, удосконалюються методи прийняття рішень та внутрішня організація; поліпшуються методи організації місцевих органів влади, фінансові питання та управління фінансами, формуються сучасні механізми надання послуг. Виникли нові адміністративні функції місцевих органів влади (контроль, моніторинг); вимагають вирішення питання регіонального розвитку, формування ринкових механізмів; встановлюються нові форми партнерських відносин у сфері надання комунальних послуг і економічного розвитку.

Впровадження нової демократичної і плюралістичної моделі на місцевому рівні мало велике значення на першому етапі переходу. В Європейській хартії місцевого самоврядування узагальнено мінімальні вимоги до підготовки і створення нових інститутів місцевої влади, які допомогли широкому розумінню суті такого розвитку як зі структурної, так і з правової точок зору. Більшість країн регіону розуміли важливість адаптації відповідно до цих принципів і підписали Хартію у середині 90-х рр. минулого століття, підтвердивши бажання наслідувати західноєвропейські традиції місцевого самоврядування.

Для сприяння процесу децентралізації влади, посилення місцевого самоврядування у в країнах Центральної та Східної Європи створено інституційні структури регіонального розвитку, зокрема Міністерство регіонального розвитку у Чехії, Рада з реформ у Раді Міністрів Румунії, у Польщі відповідальним за цю сферу визначено Міністерство економіки.

У країнах Центральної та Східної Європи (Польща, Чехія) зростає роль неприбуткового сектора у наданні соціальних послуг, характерними є поступове створення системи державної підтримки та фінансування надання соціальних послуг, незалежно від того, який сектор надає ці послуги; введення ринкових принципів на рівні споживання громад.

Кроком до децентралізації влади у *Польщі* стала адміністративна реформа 1990 р., яка сприяла розвитку місцевого самоврядування та підвищенню якості життя громадян, про що зазначає Н. В. Камінська⁷. Прийняття Закону Польщі «Про місцеве самоврядування» у березні 1990 р. поклало початок реформи місцевих органів влади. Цим Законом були скасовані воєводські комітети й встановилась система, за якої місцеві органи влади залишилися тільки на муніципальному рівні (*gmina*). На рівні воєводства Закон передбачав створення асамблеї місцевих органів, основною функцією якої стала консультативна, а також вирішення спірних питань між громадянами і муніципальними органами. Реформування місцевої влади тривало ще кілька років. Зміни в адміністративно-територіальному поділі Польщі відбувались у 1993 р. та 1998 році. У 1993 р. була опублікована карта Польщі, на якій країну поділено на 368 округів (включаючи 48 міських центрів). Проте у 1998 р. після напружених дебатів між урядовою коаліцією й опозицією польський Сейм своїм рішенням поділив країну на шістнадцять воєводств і 373 округи, включаючи 65 міських округів (станом на 1 січня 1999 р.). Щодо державного устрою в цілому, Конституція (1997 р.) визначає, що Польща є унітарною державою, в якій місцеві органи влади забезпечують децентралізацію державної влади. Таким чином, у сучасній Польщі існує тривірнева система управління: воєводство, повіт та гміна. Проте самоуправління здійснюється лише на низовому, об'єднаному (гмінному) рівні, воєводства є адміністративно-територіальними одиницями для проведення регіональної політики, здійснення державного управління на місцях і забезпечення відповідності між національним та місцевими інтересами (ст. 142 Конституції). Статус Варшави – це особливий випадок в адміністративно-територіальному поділі Польщі, визначений Законом «Про місцеве самоврядування Варшави» (ухвалений у 1994 р.). Відповідно до цього Закону в столиці Польщі створено 11 муніципалітетів, один з яких – центр Варшави – розділений на сім районів (райони існують і в інших містах Польщі). *Місцеві комітети* обираються прямим голосуванням та стають обов'язковими членами комунального союзу, що очолюється *Радою Варшави*, яка також обирається прямим голосуванням. Варшава має статус окружного міста.

Децентралізація влади стала можливою у результаті перенесення більшості функцій і компетенцій з центрального рівня на рівень воєводств, повітів і гмін, зосередження центрального управління на загальнодержавних завданнях переважно стратегічного характеру⁸. Польська реформа місцевого самоврядування визначалася такими фундаментальними засадами: децентралізація державної влади; перехід державної адміністрації під муніципальний контроль; створення нового закону про місцеві вибори до місцевих рад; відтворення муніципальних юридичних осіб і відновлення майнових прав; обмеження державного втручання у

місцеві справи; створення стабільної та контрольованої системи асигнування загальнодержавних коштів місцевим бюджетам тощо.

Першим найважливішим кроком стало створення незалежного базового рівня територіального устрою країни – *гміни*, які почали самі вирішувати свої питання під власну відповідальність. Наділення територіальної громади гміни реальною владою було головним стратегічним результатом цієї реформи.

На рівні *воєводства* функціонує державна урядова адміністрація на чолі з воєводою, призначеним прем'єр-міністром країни, та орган місцевого самоврядування – *сеймик*, депутати до якого обираються на місцевих виборах. Очолює сеймик правління, на чолі якого стоїть *маршал*, обраний сеймиком. На рівні *повіту* також функціонують урядова адміністрація та самоврядування. Законодавчою владою у повіті є рада, яка обирається на виборах, а виконавчою – правління повіту, на чолі якого стоїть староста, обраний із членів ради повіту. На рівні *гміни* – найменшої адміністративної одиниці у Польщі – діє рада, очолювана *війтом*. Підпорядкованості між ними не існує. Головою міста є *бурмістер*, а місто, у якому проживає понад 200 тисяч жителів, очолює *президент* міста.

Автономний статус громади надав їй право вирішувати самостійно надзвичайно велике коло питань. Громада має незалежний статус, приймає статут, управляє власним майном. Понад 90 % державного майна було передано на баланс місцевих громад за територіальним принципом. Не було передано лише деякі стратегічні об'єкти. У Польщі неможливе поєднання повноважень самоврядування й місцевого управління. Воєвода (керівник державної адміністрації у воєводстві) не може бути одночасно міським головою. Депутати не можуть звільнити міського голову (бургомістра) із посади, проте можуть висловити йому недовіру та ініціювати референдум. За умови визнання довіри меру громадою, у відставку повинна піти рада.

Як наслідок реформ у місцевому самоврядуванні слід зазначити, що польські міста та села змінюються буквально на очах⁹. Причому йдеться не про елітне будівництво, якого в Україні досить багато, а про прекрасні дороги, освітлені вулиці та глобально перебудовану інфраструктуру: системи каналізації, водогонів, транспортних розв'язок, інтернет-мереж тощо.

Функціонування місцевої і територіальної адміністрації *Чеської Республіки* базується на давніх історичних традиціях. Перші системи, що включають елементи самоврядування, були створені ще в середні віки у деяких містах Чеського і Моравського королівств. З плином часу вони змінювались та вдосконалювались у 1848 р., за Конституцією Австро-Угорщини у 1867 р., за реформами 1918–1938 років. Побудова сучасної демократичної системи місцевого самоврядування після розпаду Чехословаччини в 1990 р. відбувалась на майже «пустому» місці: у 1948 р. система місцевих органів влади була повністю скасована.

Не зважаючи на те, що Чехія належить до високоурбанізованих країн (у міських поселеннях проживає близько 71 % населення), місцеве самоврядування в ній являє собою розвинену демократичну систему, сформовану останніми десятиліттями внаслідок реформи 90-х років. 4 вересня 1990 р. було прийнято Закон Чехії «Про муніципальні органи влади», згідно з яким органи місцевого самоврядування отримали повноваження не тільки політичних, а й економічних суб'єктів. Влада у територіальних одиницях децентралізована і самоврядними є всі – від вищих до низових ланок адміністративно-територіального поділу – місцеві територіальні колективи.

Згідно з адміністративно-територіальним поділом, зафіксованим у Конституції Чеської Республіки 1993 р., Чехія складається із 14 країв (областей), які поділені на 76 районів (72 округи і чотири міста), до яких входять 6242 муніципалітети. Конституція держави визначає муніципалітет як основну одиницю місцевого самоврядування, який включає в себе територіальні об'єднання громадян з правами самоврядування. Муніципалітет є повноправним самоврядним юридичним суб'єктом, у якому самоврядування здійснюється за допомогою муніципального парламенту, який обирається кожні чотири роки місцевим населенням (умовою права голосу є постійне місце проживання в даному населеному пункті). Муніципальна асамблея обирає мера й інших членів обштинної ради (виконавчого органу самоврядування), приймає рішення про участь общини у фондах і торговельних кампаніях, створює муніципальну поліцію і виконує інші функції¹⁰.

Органами крайового управління виступають *представництво краю* (представницький самоврядний орган), *рада краю* (виконавчий орган) і *крайове управління* (утворюється для здійснення завдань у сфері самостійних повноважень краю й сприяє діяльності комітетів та комісій представництва). На чолі країв стоять гетьмани, яких обирають на сесіях представницьких органів країв. Старости сіл та мери міст обираються на муніципальних виборах строком на чотири роки.

Як самоврядні юридичні суб'єкти муніципалітети в Чехії внаслідок проведених реформ з децентралізації влади наділені значною компетенцією, все більше використовують нові методи менеджменту, засновані на співробітництві з приватним сектором, неурядовими організаціями та асоціаціями. Усі чеські муніципалітети почали співробітництво із приватним сектором відповідно до основних суспільних потреб, таких як освітлення вулиць, зелена регенерація регіонів, збір сміття, облаштування зон автостоянок тощо. Одним із таких прикладів, успішно реалізованих у сільських районах, є регенерація земель у маленькому селі Задній Ходов на заході Чехії, що допомогло уникнути спекуляції територією, які могли відбутися у випадку її продажу у приватні руки¹¹.

Міністерством місцевого розвитку Чехії розроблено концепцію розвитку територій, яка передбачає: покращення комунального обслуговування високої якості в умовах обмежених фінансових можливостей, модернізацію залізниць, розширення автострад, будівництво інфраструктури для в'язниць тощо.

Отже, одним із основних напрямів розвитку політичних систем країн сучасного світу є передача владних повноважень з центру на місця. Будучи в цілому позитивним явищем, децентралізація сама по собі не може

служувати панацеєю від усіх бід, та її не слід абсолютизувати в якості універсального засобу вирішення усіх проблем, пов'язаних з місцевим управлінням. Розширення обсягу повноважень, здійснюваних місцевими органами, вимагає додаткових затрат з боку останніх, які мають, як правило, вельми обмежені фінансові ресурси. З фінансовою проблемою тісно пов'язана проблема ефективності. Місцевим властям іноді буває нелегко найняти кваліфікований штат співробітників для здійснення функцій, переданих їм у рамках децентралізації. Децентралізація також загострює проблему нерівності у рівнях надання послуг населенню різних районів. Головна проблема при здійсненні реформ місцевого управління полягає не у тому, щоб зробити вибір між централізацією і децентралізацією, а у тому, щоб встановити належний баланс між ними, адекватний реальним умовам тієї чи іншої країни, а також тим завданням, які ставляться перед місцевим управлінням.

Досвід реформ у зарубіжних державах свідчить, що децентралізація влади відіграє важливу роль у розвитку місцевого самоврядування, сприяє розвитку ринкових відносин в економічному зростанні громади та наданні послуг комунальними структурами, розвитку ініціативи та участі населення в управлінні громадою, вирішенні екологічних, етнічних, національних, міграційних та інших проблем.

¹ Батанов О. В. Конституційно-правові засади місцевого самоврядування у зарубіжних країнах: основні моделі організації та діяльності / О. В. Батанов // Часопис Київського університету права. – 2015. – № 3. – С. 61–66.

² Callaghi T. M. State-society struggle: Zair in comparative perspective. N.Y., 1984. – P. 103; Basu R. Public administration: Concept a theories. New Delhi: Sterling publishers, 1986. – P. 238.

³ Aldelfer H. F. Local government in developing countries. N.Y., 1964. – P. 238.

⁴ Ведель Ж. Административное право Франции / Ж. Ведель; пер. с франц. Л. М. Энтина; под ред. М. А. Крутоголова. – М.: Прогресс, 1973. – С. 392.

⁵ Там само. – С. 397.

⁶ Рубцов В. П. Участь громадян у справах територіальної громади / В. П. Рубцов, С. В. Фіалко. – К., 2008: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://municipal.gov.ua/1663>

⁷ Камінська Н. В. Організаційно-правові засади децентралізації публічної влади / Н. В. Камінська // Науковий вісник КНУВС: Науково-теоретичний журнал. – 2010. – № 4 (71). – С. 9–19. – С. 15.

⁸ Корчак Є. Адміністративна реформа у Польщі: спроба оцінки / Є. Корчак // Економічний часопис. – 2001. – № 1. – С. 13.

⁹ Соскін О. І. ЄС та місцеве самоврядування: досвід вишеградських міст та українська перспектива: наук.-метод. посіб. / О. І. Соскін, А. М. Матвійчук, Н. О. Матвійчук; за заг. ред. О. І. Соскіна. – К.: Вид-во «Інститут суспільної трансформації», 2008. – С. 41.

¹⁰ Лащина К. Основные сведения об органах местного самоуправления в Чехии. – С. 73.

¹¹ Соскін О. І. Вказана праця. – С. 49.

Резюме

Попко В. В. Децентралізація влади – необхідна умова місцевого самоврядування.

Стаття присвячена розгляду поняття «децентралізація влади» у її співвідношенні з поняттям «деконцентрація влади». Акцентується увага на можливості сприйняття цього явища як необхідної умови місцевого самоврядування, що веде до поширення демократичних процесів не тільки на державну владу а й на місцеве самоврядування. Зосереджено увагу на процесах реформування й децентралізації місцевої публічної влади у державах Центральної та Східної Європи останніми десятиліттями.

Ключові слова: місцеве самоврядування, децентралізація, деконцентрація, організація влади, місцеві рівні влади.

Резюме

Попко В. В. Децентрализация власти – необходимое условие местного самоуправления.

Статья посвящается рассмотрению понятия «децентрализация власти» в его соотношении с понятием «деконцентрация власти». Акцентируется внимание на возможности восприятия этого явления как необходимого условия местного самоуправления, что ведет к распространению демократических процессов не только на государственную власть, но и на местное самоуправление. Сосредоточено внимание на процессах реформирования и децентрализации местной публичной власти в государствах Центральной и Восточной Европы в последние десятилетия.

Ключевые слова: местное самоуправление, децентрализация, деконцентрация, организация власти, местные уровни власти.

Summary

Popko V. Power decentralization – a necessary condition for local self-government.

The article is dedicated to the research of the concept of «power decentralization» in its correlation with that of «power deconcentration». Emphasized is the possibility of accepting this phenomena as a necessary condition for local self-government, which leads to the extension of democratic processes not only on state authority, but also on local self-government. The attention is focused on the processes of reformation and decentralization of local public power in the states of Central and East Europe in last decades.

Key words: local self-government, decentralization, deconcentration, power administration, local levels of authorities.

І. П. ПРОКОПЕНКО, В. Є. ДОРОНІН

Ірина Петрівна Прокопенко, кандидат історичних наук, доцент Житомирського національного агроєкологічного університету

Владислав Євгенійович Доронін, студент III курсу Житомирського національного агроєкологічного університету

ФІНАНСУВАННЯ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ В УКРАЇНІ І ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

Діяльність політичних партій як важливих елементів політичної системи суспільства викликає не лише практичний інтерес, а й потребує ретельного теоретичного осмислення. Оскільки партії є виразниками політичної волі громадян у процесі формування та здійснення державної влади, законодавча регламентація їх фінансування вкрай важлива.

У вітчизняній літературі питання фінансування політичних партій були предметом розгляду таких дослідників, як М. Валецькі, М. Примуш, А. Романюк, Ю. Шведа, О. Шумельда, С. Кустової та деяких інших вітчизняних учених. Питання важливості дослідження шляхів та механізмів фінансування політичних партій України, ефективності їх витрат як на поточну діяльність, так і виборчу кампанію, наявних форм звітності й контролю за витратами політичних партій є досить дискусійним.

Таким чином, дослідження порядку і умов фінансування політичних партій на даному етапі, визначення недоліків вітчизняного законодавства, а також можливих шляхів його оптимізації викликає загальну необхідність вирішення та зумовлює актуальність обраної теми дослідження.

Проблемою сучасних політичних партій України є їхній незначний суспільний вплив. Це пов'язано більшою мірою з тим, що члени партій сприймають її як основу для кар'єрного зростання, перехід у вищі прошарки влади і не дбають про виконання функціональних обов'язків політичних/державних діячів. Ще однією проблемою сучасних політичних партій є посилення впливу суб'єктивних чинників на їхню ідейну спрямованість та організаційну єдність. Проблемними залишаються і прозорість фінансової діяльності політичних партій, їхнє державне фінансування.

Питання прозорості й підзвітності, законності фінансування політичних партій залишається найбільш проблемним у сфері політичної корупції. Зокрема, тіньове фінансування виборчих кампаній виступає важливим інструментом поглиблення процесів «захоплення держави» з боку окремих фінансово-політичних угруповань. Непрозорі формування політичної еліти під час виборів створює умови для розвитку авторитаризму і корупції¹. Фінансування політичних партій сприяє розвитку багатопартійності в Україні.

Метою даної статті є аналіз джерел фінансування політичних партій та методів державного регулювання ними в Україні з урахуванням зарубіжного досвіду.

Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України (ч. 2 ст. 6 Конституції України). Конституція України та закони України проголошують, що виключно законами України встановлюються податки і збори².

Фінансова діяльність політичних партій є складовою їх політичної інституалізації, що перетворює партії на конституційно-правовий інститут, завдання якого є, з одного боку, обмеження можливостей монополізації виборів крупним капіталом, а з іншого, – створення фінансових можливостей участі у виборах для нових партій. Важливим завданням державної партійної політики є забезпечення прозорості фінансової діяльності політичних партій і виборчого процесу, що сприяє розвитку демократії. Це може бути регулювання розмірів і порядку надання партіям приватних пожертв та внесків; обмеження передвиборних витрат і контроль за ними; пряме бюджетне фінансування партій державою тощо³.

При визначенні поняття фінансування партії необхідно враховувати, що воно не може зводитися до збільшення майна партії в цивільно-правовому сенсі. Партійна діяльність являє собою передусім політичну боротьбу. Результати цієї діяльності носять нематеріальний характер і виражаються в чисельності членів партії, її прихильників, електоральної бази тощо. У політичному житті крім партій бере участь безліч інших суб'єктів (засоби масової інформації, громадяни та ін.), чиї дії так чи інакше впливають на ефективність функціонування партії, сприяють або перешкоджають досягненню її цілей. Природно, що такі дії мають певну «матеріальну оболонку» і повинні оцінюватися як непряме фінансування партійної діяльності настільки, наскільки вони можуть отримати грошову оцінку⁴.

Тому можна визначити, що фінансування політичної партії – це передбачувані законом випадки цільового використання фінансових надходжень для політичної діяльності партій. Таким чином, під державним фінансуванням політичних партій ми можемо розуміти передбачувані законом випадки цільового використання бюджетних коштів для фінансування підтримки державою політичної діяльності партій. Демократич-

на влад повинна забезпечити рівність впливу різних політичних сил і надати рівні можливості якомога ширшому числу представників політичного спектра⁵.

Є три моделі фінансування політичних партій:

1. Європейсько-континентальна модель – йдеться про перевагу державного фінансування, що гарантується законодавством.
2. Англосаксонська модель – правове регулювання переважно недержавного фінансування;
3. Змішана модель – тут відбувається поєднання державного та приватного фінансування політичних партій.

У цілому правові норми, які стосуються проблематики фінансування політичних партій, містяться у багатьох нормативних актах. З-поміж них найважливіше значення мають конституційні норми. Можна сказати, що внесення до основних законів спеціальних положень про фінансування політичних партій є чи не найхарактернішою рисою новітнього конституційного законодавства (конституції Аргентини, Бразилії, Вірменії, Гани, Греції, Перу, Чилі, ФРН та ін.)⁶.

Насамперед у конституціях закріплюються такі положення: про фінансові джерела політичних партій, про «відкритість», «прозорість» фінансової діяльності партій. Наприклад, ст. 21 Основного закону ФРН вимагає, щоб партії «подали публічний звіт про джерела та використання своїх засобів, а також про своє майно». Стаття 17 Конституції Бразилії фіксує такі положення: «Політичним партіям забороняється отримання засобів із-за кордону. Вони зобов'язані подати фінансові звіти до Виборчого суду. Партії мають право на отримання засобів із партійного фонду і вільний доступ на радіо і телебачення». Такі й подібні їм конституційні положення слугують основою для докладного регулювання питань фінансової діяльності партій іншими нормативними актами.

Законодавство більшості зарубіжних країн передбачає наступні групи джерел фінансування: 1) особисті кошти; 2) добровільні пожертвування фізичних та юридичних осіб; 3) державне фінансування; 4) доходи від дозволеної господарської діяльності.

Перша група джерел фінансування – особисті кошти – утворюються за рахунок членських внесків, доходів від майна, яким володіє партія, та доходів від підприємницької діяльності. Це джерело фінансування фактично у жодній країні не регламентується. Тільки в деяких країнах, наприклад в Австрії, Бельгії, передбачена лише можливість таких відрахувань. Склалась така практика, що ці питання повністю належать до відання самої партії. Однак зауважимо, що членські внески не в змозі покрити всі витрати партії (наприклад, у окремих західних країнах вони становлять лише до 20 % бюджету партії).

Другу групу джерел фінансування політичних партій являють собою пожертвування фізичних та юридичних осіб. Закон, зазвичай, обмежує максимальний розмір пожертвувань, забороняє пожертвування іноземних держав та осіб і анонімні пожертви, а також встановлює особливі форми звітності у разі великих пожертв (вказівка даних про жертводавця з додатком чека).

Третю групу джерел фінансування політичних партій являє собою державне фінансування, яке виникло у зв'язку із зростанням політичної корупції в 60–70-ті роки минулого століття. Як показує досвід, основними «донорами» політичних партій постійно ставали великі корпорації. Тому природно, що виключно приватне їх фінансування призводить до підкорення партій і захисту ними інтересів обмеженого кола осіб, так званих «партійних інвесторів». Державне фінансування стає на заваді цьому і дає змогу забезпечити демократичність партійної системи й механізму виборів у цілому. Дискусійним для науки конституційного права є питання, чи повинна держава встановлювати певний бар'єр кількості голосів, які необхідно зібрати для отримання державного фінансування. Зарубіжний досвід із цього питання досить суперечливий. До прикладу, у ФРН право на державні дотації обумовлюється необхідністю зібрати не менше 10 % щодо персональних кандидатів або 1 % на земельних виборах, або 0,5 % при голосуванні за партійними списками. У Франції, навпаки, Конституційна рада визнала неконституційними норми закону, які встановлювали обов'язковість зібрати 5 % голосів, щоб одержати державне фінансування. При цьому було вказано, що цей бар'єр «перешкоджає вираженню нових ідейних течій і думок, отже, суперечить принципу рівності та свободи партій». Виходячи з наведеної інформації, більшість європейських країн взяли вектор на фінансування політичних партій з державного бюджету⁷.

Розглянемо ситуацію в Україні. Законом України «Про політичні партії в Україні» не було враховано ідею щодо трьох джерел фінансування: державного, приватного та власних коштів (до листопада 2003 р.). У листопаді 2003 р. Верховною Радою України був ухвалений Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку із запровадженням державного фінансування політичних партій в Україні», де визначено, що за рахунок коштів Державного бюджету України фінансується статутна діяльність політичних партій. Щорічний обсяг фінансування політичних партій (партій, що входили до виборчих блоків політичних партій) з державного бюджету України становив 0,01 розміру мінімальної заробітної плати, помноженого на кількість громадян, включених до списку виборців. Але політична партія має право на отримання державного фінансування її статутної діяльності, якщо пройшла до парламенту. Втім, це положення проіснувало недовго⁸.

Верховна Рада розглянула законопроекти № 2123а та № 2138 «Про внесення змін у деякі законодавчі акти України щодо запобігання та протидії політичній корупції» та «Про державне фінансування партій», які крім іншого, вводять з липня 2016 р. фінансування політичних партій з державного бюджету, і прийняла їх 228 та 232 голосами. Як відомо, нещодавно в Україні був прийнятий закон «Про внесення змін до деяких

законодавчих актів щодо запобігання і протидії політичній корупції». Таким чином, з 1 липня 2016 р. розпочнеться державне фінансування партій, що подолали 2 % бар'єр на парламентських виборах. Для реалізації закону в статті видатків Центральної виборчої комісії України закладено 400 млн грн. Слід відразу зазначити, що даний закон не відображає настроїв українців. Так, згідно з опитуванням, проведеним соціологічною службою Центру Разумкова, результати якого було опубліковано у вересні 2015 р., переважна більшість українських громадян проти того, щоб фінансувати політичні партії, що пройшли у Верховну Раду на останніх виборах 2014 року. Так, 77,2 % опитаних у травні 2015 р., відповіли, що не готові фінансово підтримувати політичні партії. 10,5 % сказали, що готові, а 12,3 % – не змогли відповісти¹.

Але на даний момент в Україні існує негативна тенденція до розвитку фінансування політичних партій.

Для подолання зазначених негативних тенденцій у розвитку партійної системи необхідно здійснити ряд заходів, пов'язаних із внесенням змін у чинне законодавство України, зокрема: узаконити процес подання та публікації річних фінансових звітів партій; річні фінансові звіти партій повинні мати за складові відомості про джерела та кошти, які надходили на рахунки політичних партій, про витрати цих коштів, відомості про займи, які зроблені партіями; для запобігання відмивання через партійні рахунки грошей та фінансування партій із заборонених джерел суми пожертвувань мають оформлюватися письмовою угодою згідно з чинним законодавством України; необхідно визначити коло суб'єктів фінансового контролю для здійснення цих функцій про фінансову діяльність партій і під час виборів, і у міжвиборчий період; встановити ефективні санкції за порушення правил щодо фінансування політичних партій та їх фінансової діяльності.

З огляду на сказане можна констатувати, що врегулювання питань фінансової діяльності політичних партій та їх фінансування полягає в забезпеченні прозорості й створенні належної законодавчої бази, а основний законодавчий акцент варто робити на питаннях обліку та звітності стосовно коштів, які вони отримують і витрачають.

Отже, проблеми фінансування політичних партій та їх виборчих кампаній виникали майже завжди і в усіх країнах. Дослідження європейського досвіду державного фінансування політичних партій в Україні дало змогу встановити, що закріплення та удосконалення державного фінансування парламентських партій в Україні здатне на середньо-термінову перспективу – 25–30 років захистити перспективи розвитку вітчизняного партійного будівництва від диктату вузького кола «партійних донорів».

Основними напрямками вдосконалення державного фінансування політичних партій в Україні визначено наступні заходи: доцільно вдосконалити практику державного фінансування партій, які перемогли на виборах (тобто подолали 3 % бар'єр) й надалі застосовувати підхід до фінансування статутної діяльності партій залежно від отриманих ними на виборах голосів. Зміна існуючого принципу у підході до фінансування партій в бік рішення стосовно фінансування статутної діяльності та компенсації витрат, пов'язаних з агітацією в електоральний період, всім без винятку учасникам виборчих перегонів є недоречною; необхідно внести зміни до Закону України «Про політичні партії», згідно з якими право на державне фінансування статутної діяльності та відшкодування витрат, пов'язаних з участю у виборчих кампаніях, партії та блоки отримують не тільки після чергових, а й після позачергових виборів (відповідно із цим внести зміни до ст.ст. 17-3 та 17-4 Закону); слід посилити контроль за спонсорським (недержавним) фінансуванням партій та блоків, які пройшли у парламент, а також визначити форму їхньої звітності при використанні недержавних джерел фінансових надходжень; запровадити лімітування витрат політичних партій, пов'язаних з їхньою участю у виборах, задля чого слід використати польський досвід; вдосконалити законодавство щодо присутності політичних партій та блоків у медіа-просторі під час виборчих кампаній, спираючись на британський досвід у підході до визначення обсягів такої присутності суб'єктів електорального процесу на радіо й телебаченні та шведський підхід до вирішення проблеми відсутності незалежної політичної преси. Останній постає у вигляді тимчасового субсидування державою залежних від партій політичних видань задля демократичного висвітлювання ними насамперед електоральних подій.

¹ *Адашич Л. І.* Проблеми фінансування політичних партій в Україні / Л. І. Адашич // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 2. – С. 10–12.

² *Васильченко О. П.* фінансування політичних партій в зарубіжних країнах / О. П. Васильченко // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2008. – № 6. – С. 87–88.

³ *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. 98. – (Серія «Юридичний вісник «Повітряне і космічне право»).

⁴ *Ляшенко Р. Д.* Природа правової аргументації / Р. Д. Ляшенко // Вісник Запорізького національного університету. – 2012. – № 4 (Ч. 1). – С. 21. – (Серія «Юридичні науки»).

⁵ *Гонюкова Л. В.* Державне регулювання фінансової діяльності політичних партій / Л. В. Гонюкова // Державне управління: удосконалення та розвиток. – 2014. – С. 34–35.

⁶ Європейський досвід державного фінансування політичних партій: висновки для України: аналітична записка: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://old.niss.gov.ua/Monitor/juni08/9.htm>

⁷ *Петришина-Дюг Г. Г.* Фінансування політичних партій: проблеми правового регулювання у сучасних державах / Г. Г. Петришина-Дюг // Держава і право. – 2013. – Вип. 60. – С. 91–92.

⁸ Правила щодо фінансування політичних партій, прийняті Венеціанською Комісією на 46-му пленарному засіданні у Венеції, 9–10 березня 2001 р. – К.: Лабораторія законодавчих ініціатив, 2001. – С. 56–57.

⁹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку із запровадженням державного фінансування політичних партій в Україні: Закон України : прийнятий 30 червня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 15. – Ст. 218.

Резюме

Прокопенко І. П., Доронін В. Є. Фінансування політичних партій в Україні і зарубіжних країнах.

Стаття присвячена вивченню джерел фінансування політичних партій та методів державного регулювання фінансування їхньої діяльності в Україні. Розглянуто зарубіжний досвід фінансування політичних партій. Підкреслено необхідність прийняття та застосування нового закону.

Ключові слова: фінансування політичних партій, державне фінансування, державне регулювання, багатопартійність, джерела фінансування, фінансовий звіт.

Резюме

Прокопенко И. П., Доронин В. Е. Финансирование политических партий в Украине и зарубежных странах.

Статья посвящена изучению источников финансирования политических партий и методов государственного регулирования финансирования их деятельности в Украине. Рассмотрен зарубежный опыт финансирования политических партий. Подчеркнута необходимость принятия и применения нового закона.

Ключевые слова: финансирование политических партий, государственное финансирование, государственное регулирование, многопартийность, источники финансирования, финансовый отчет.

Summary

Prokopenko I., Doronin V. Financing of political parties in Ukraine and foreign countries.

The article devoted to the study of the sources of funding of political parties and their methods of state regulation in Ukraine, taking into account international experience. It was considered the foreign experience of financing political parties. Underlined the necessity to pass and use the new law.

Key words: financing of political parties, government financing, government regulation, multiparty system, sources of funding, financial report.

УДК 342/721.73(477):340.5

Ю. В. БЕЗВЕРХА

Юлія Валеріївна Безверха, аспірантка Національної академії внутрішніх справ

ВИКОРИСТАННЯ ДОСВІДУ КРАЇН ЄС ДЛЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОСТУПУ ДО ІНФОРМАЦІЇ В УКРАЇНІ

У суспільстві ступінь розвиненості демократії визначається тим, наскільки держава спроможна гарантувати та захищати громадянські, політичні, соціальні, економічні, культурні та інші права своїх громадян. Як визначено в Резолюції 59 (I) Генеральної Асамблеї ООН, свобода інформації і доступ до неї є не лише основоположним правом людини та громадянина, а й критерієм усіх інших свобод¹. Проте реалізувати будь-які рішення, у тому числі й в інформаційній сфері, без наявності розвинутого законодавства – правової основи забезпечення здійснення конституційних прав людини та громадянина на свободу інформації, а також ефективних механізмів реалізації правових норм, сьогодні не під силу жодній країні. Тому об'єктивні процеси розвитку Української держави висувають вимоги й до реформування інформаційного законодавства, створення дієвих правових механізмів реалізації норм, закріплених у Конституції України.

В своїх наукових працях про необхідність урахування міжнародних стандартів у процесі формування вітчизняного законодавства про доступ до інформації наголошували І. Арістова, Н. Гнидок, Я. Гонцяж, М. Гуцалюк, М. Демкова, Є. Захаров, Р. Калюжний, В. Копилов, О. Крупчан, В. Павловський, Г. Почепцов, І. Рапп, М. Фігель, В. Цимбалюк, М. Швець та ін. Але, на наш погляд, для поширення в практику вітчизняного законотворення зміст міжнародних стандартів потребує більш детального висвітлення та аналізу.

Метою статті є порівняльно-правовий аналіз досвіду України та Європейського Союзу щодо вдосконалення правового регулювання доступу до інформації.

Право на доступ до інформації є одним із невід'ємних прав людини і громадянина, а тому повинно забезпечуватися насамперед наявністю відповідного ефективного законодавства, що є правовою підставою забезпечення здійснення конституційного права людини на свободу інформації, а також наявністю реальних механізмів здійснення цього права, яке відповідно знаходить своє закріплення також і на міжнародному рівні.

Хоча інформаційне законодавство в Україні лише почало оформлюватися, однак за останні роки було прийнято низку законодавчих актів, спрямованих на захист інформаційних прав громадян. Це, зокрема, Закони України «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 р. та «Про захист персональних даних» від 1 червня 2010 року. Звичайно, практика застосування цих законодавчих актів далека від досконалості, що пояснюється природним небажанням чиновників застосовувати абсолютно нові для держави норми законодавства, виконуючи роль суб'єкта надання послуг для населення, який до того ж несе відповідальність за неякісність цих послуг і недосконалість судової системи, яка у своїх рішеннях не посилається на практику Європейського суду з прав людини в тих ситуаціях, де наше законодавство має прогалини, а практика міжнародної судової установи з цього питання є сталою².

Необхідно звернути увагу, з огляду на стратегічну мету України – членство в Європейському Союзі, що найважливішим принципом функціонування європейського адміністративного простору є відкритість та прозорість публічної адміністрації. Тому державотворчі процеси в Україні мають ґрунтуватися на засадах європейських цінностей, що вимагає створення ефективних політико-правових механізмів, спрямованих, у тому числі, й на забезпечення максимальної прозорості діяльності органів державної влади. Як відомо, для того, щоб демократичне суспільство відповідало принципам демократичності, його члени повинні мати доступ до інформації, яка зачіпає процес вирішення питань, безпосередньо пов'язаних з їхніми інтересами. Адже органи державної влади ухвалюють рішення та здійснюють свою політику від імені громадян, що робить їхню діяльність підзвітною перед цими громадянами. Таким чином, держава має забезпечити доступ громадян до публічної інформації в пасивний та активний спосіб, що передбачає не лише публікування та розповсюдження інформації про діяльність органів державної влади, а й надання громадянам публічної інформації на їхні запити.

На нашу думку, саме налагодження ефективного діалогу з громадськістю через поєднання її участі на всіх етапах прийняття управлінських суспільно значущих рішень, а також в управлінні державними справами та забезпечення доступу до повної, об'єктивної інформації органами державної влади є найкращим шляхом до забезпечення відкритості та прозорості цієї влади.

Зазначимо, що наразі закони про доступ до публічної інформації прийняті майже в усіх державах Європейського Союзу, окрім Кіпру, Мальти та Люксембургу, де на практиці вже надано доступ до урядової інформації для громадськості в пасивний та в активний спосіб, а також окрім Іспанії, де відповідний закон знаходиться в стані розробки і його ухвалення планується найближчим часом³.

Основним індикатором відкритості державної влади в розвинених країнах світу виступає забезпечення доступу до публічної інформації. Якщо розглядати це питання в ретроспективі, то доцільно згадати Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., у якій у ст. 10 вперше йдеться про доступ до публічної інформації як права кожного та забороняється втручання органів державної влади в свободу отримання і передачі інформації та ідей за винятком випадків, коли заборона здійснюється в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду⁴.

Підкреслимо, що окрім Закону України «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 р. важливою складовою вітчизняного інформаційного законодавства став також і Закон України «Про захист персональних даних» від 1 червня 2010 р., мета якого – регулювання відносин, пов'язаних із захистом персональних даних під час їх обробки⁵. Проте у вітчизняних ЗМІ почали з'являтися публікації, автори яких наголошували, що в той час, як Закон України «Про доступ до публічної інформації» зобов'язує державні структури надавати інформацію, Закон України «Про захист персональних даних» тією ж мірою дозволяє їм уникнути цього. Фахівці з права також по-різному тлумачать співвідношення положень цих законів.

Міжнародні стандарти, на яких базується і український Закон «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 р., розглядають доступ до такої інформації у пасивному і активному аспектах. Варто зауважити, що на відміну від позиції, згідно з якою активний і пасивний доступ виражається в діях особи щодо отримання публічної інформації, міжнародні стандарти зазначені аспекти доступу «тлумачать» саме в контексті забезпечення органом влади реалізації права на доступ до публічної інформації.

Отже, наведемо визначення понять аспектів доступу до інформації:

1) пасивний аспект доступу (з боку органу влади) передбачає відповідь органу на запит від особи/групи осіб, забезпечення їхньої участі в засіданні колегіальних органів, надання можливості ознайомитися з публічною інформацією в органі влади;

2) активний аспект доступу (з боку органу влади) – обов'язок органу влади оприлюднювати інформацію про свою діяльність, ухвалені документи та проекти, що готуються, реєстр публічної інформації тощо в один або кілька способів – публікувати в ЗМІ, розмішувати на офіційних веб-сайтах, вивішувати на інформаційних стендах тощо.

Активний і пасивний аспекти доступу до публічної інформації містять своєрідний компроміс: з одного боку, на орган влади покладається оприлюднення значної частини публічної інформації, що у т.ч. сприяє зменшенню запитів, а з іншого, – особа може отримати додаткову інформацію, щодо якої немає обов'язку оприлюднення, але яка за своїм статусом є публічною.

Особа самостійно визначає прийнятний для неї спосіб доступу до публічної інформації, щоправда кожен із видів доступу має свої недоліки і переваги, пов'язані зі строками, обсягом і фактичними витратами⁶.

Ми вважаємо, що Закон України «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 р. новій редакції дещо посилив і деталізував право на доступ і зобов'язав розпорядників:

а) оприлюднювати і надавати інформацію, крім визначених законом випадків, – цим реалізується презумпція відкритості інформації і прозорість діяльності органів влади та інших розпорядників;

б) максимально спростити процедуру подання запиту та отримання інформації – для подання запиту потрібно дотриматися лише кількох формальних вимог, а форма запиту є довільною;

в) визначити відповідальних за доступ до інформації осіб або підрозділів – доступом до інформації має опікуватися спеціально уповноважений підрозділ або посадові особи, які забезпечують оприлюднення публічної інформації, надання інформації за запитом та проводять систематизацію, аналіз і контроль щодо задоволення запитів;

г) забезпечити доступ до засідань колегіальних суб'єктів владних повноважень, крім визначених законом випадків, – будь-яка особа, незалежно від професії, соціального стану, політичних уподобань може вільно перебувати на колегіальних засіданнях органів влади.

Крім цього, вказаний вище Закон гарантує здійснення:

– парламентського (Верховна Рада України);

– громадського (у т.ч. шляхом проведення громадських експертиз);

– державного контролю (Держкомтелерадіо) за дотриманням прав на доступ до публічної інформації та встановлення юридичної відповідальності за порушення законодавства про доступ до публічної інформації.

Розкриємо сутність активного та пасивного аспектів доступу до публічної інформації.

Перевага активного аспекту доступу для особи полягає в тому, що їй достатньо відкрити веб-сайт чи газету, або підійти до стенду, або бути присутнім на засіданні й отримати раніше оприлюднену інформацію. Окрім того, такий доступ є маловитратним (наприклад, вартість примірника газети, проїзд до відповідного стенду, оплата доступу до Інтернету). Втім, до недоліків можна віднести необхідність пошуку в бібліотеці відповідного примірника газети, де було оприлюднено інформацію, а також неможливість отримання інформації, яку ще не було належним чином оформлено або щодо якої не встановлено вимоги оприлюднення. Проте за умови підвищення якості електронного документообігу саме такий механізм отримання інформації переважатиме (наприклад, отримання актів органу на його офіційному веб-сайті).

Що ж стосується пасивного аспекту, то він гарантує доступ до публічної інформації шляхом: 1) подання інформаційного запиту; 2) ознайомлення з документами безпосередньо в приміщенні органу; 3) проведення громадських експертиз.

Перевага пасивного аспекту полягає в тому, що особа може отримати інформацію в досить стислі строки (від 48 годин до 20 діб). Окрім того, такий спосіб дає змогу отримати документацію, щодо оприлюднення якої немає прямих вимог (наприклад, інформацію, що раніше вважалась службовою, але підстави до обмеження доступу зникли). Недолік цього способу полягає в тому, що особі доведеться відшкодувати фактичні витрати на копіювання/друк запитуваних матеріалів (за умови перевищення 10-сторінкового ліміту і наявності документа розпорядника, що встановлює розцінки вартості), а за певних обставин чекати обробки запиту або фінального оприлюднення документа, який, приміром, було ухвалено на засіданні колегіального органу.

Звернемося до міжнародного досвіду щодо правового регулювання доступу до інформації.

Традиційно право на доступ до інформації асоціюється з досвідом Сполучених Штатів Америки. Однак першими країнами, у яких громадяни одержали право на інформацію, були скандинавські країни: Швеція (де конституційний Закон про свободу преси був прийнятий у 1766 р.), а потім через два століття – Фінляндія (Закон 1951 р.). У 1966 р. прийнято Закон Сполучених Штатів Америки про свободу інформації, у якому були представлені нові інтерпретації і нові легітимні форми захисту свободи інформації. У 1970 р. аналогічні закони були прийняті в Данії і Норвегії, у 1973 р. – в Австрії, у 1978 р. – у Франції та Нідерландах, у 1982 р. – в Австралії, Новій Зеландії і Канаді, у 1990 р. – в Італії, у 1992 р. – в Угорщині, у 1993 р. – в Португалії, у 1994 р. – в Бельгії, у 1997 р. – в Ірландії і Таїланді, у 1998 р. – в Кореї та Ізраїлі, а у 1999 р. – в Чеській Республіці та Японії, у 2001 р. – в Польщі. У згаданих країнах відкритість стала законним принципом, а таємність – винятком⁷.

Як показав міжнародний досвід, єдиною гарантією більш чи менш успішної захищеності суспільства від інформаційного апартеїду, з одного боку, та інформаційної наркозалежності населення від засобів масової інформації, з іншого, є створення і безперешкодне функціонування механізмів прямого доступу пересічних громадян до джерел інформації. Про це свідчить досвід Австралії (Freedom of Information Act, 1982р.), Австрії (Act 15.05.87. Чинний з 1 січня 1988 р.), Бельгії (Act on the Openness of Administration. Прийнято 11 квітня 1994 р. Набув чинності 1 липня 1994 р.), Угорщини (Act No.LXIII of 1992 on Protection of Personal Data and Disclosure of Data of Public Interest. Прийнято Угорським парламентом 27 жовтня 1992 р.), Італії (Act of 8 June 1990, No. 142/90. (Ordinamento delle autonomie locali); Act of 7 August 1990, No. 241/90.), Канади (Access to Information Act, 1983), Нідерландів (Act on Public Access to Information, Staatsblad, 1991), Норвегії (Act on Public Access to Documents, 1970), США (The Federal Freedom of Information Act, 20.06.66; The Federal Privacy Act; The Federal Sunshine Act, 13.09.76.) та інших країн⁸.

У світі кілька років тому тільки 67 країн мали законодавство щодо доступу до інформації, але простежується чітка тенденція, що все більше і більше держав приєднуються до процесу відкритості інформації про діяльність органів влади. Демократичні країни постійно підвищують тенденцію прийняття законодавчих актів стосовно надання публічного доступу до урядових документації та процесів. Протягом сторіч культура

секретності, яка характеризувала багато урядів, здається все менш життєздатною. Для більш легкого та широкого доступу укладають також шлях і сучасні комунікаційні технології, навіть якщо деякі країни намагаються протидіяти цьому розвитку.

Однак не всі вищезазначені закони показали себе дієвими, або ж, можливо, проблема була в їх невідповідній реалізації. Оскільки в деяких країнах закони можуть здаватись твердими та всеосяжними, проте вони не застосовуються владою, в інших країнах ці закони обходяться урядом з різних причин. Нові закони про секретність у глобальній війні з терором обмежили доступ до інформації.

Роль урядів у національному та глобальному контекстах відіграють міжнародні організації, але вони не можуть видавати закони чи встановлювати правила про доступ до інформації.

Варто зауважити, що предметом регулювання законів зарубіжних країн про доступ (свободу) до інформації є саме доступ до публічної інформації – тієї, якою володіють суб'єкти владних повноважень (у цивільному праві – юридичні особи публічного права), а також інформації, якою володіють приватні особи (у цивільному праві – юридичні особи приватного права), якщо така інформація становить суспільний інтерес (суспільно значуща).

Як свідчить досвід зарубіжних країн, в останніх діють такі моделі спеціальних інституцій:

1) спеціальний орган контролю за забезпеченням права на доступ до інформації в рамках виконавчої влади (Бельгія, Ісландія, Естонія, Польща, Таїланд, Японія тощо);

2) спеціалізований омбудсмен з питань інформації або колегіальний орган, що буде здійснювати незалежний парламентський контроль за охороною та захистом права на доступ до інформації (Великобританія, Ірландія, Угорщина, Словенія, Німеччина, Сербія, Канада тощо);

3) Уповноважений з прав людини або службовий підрозділ чи спеціальний представник для здійснення контролю за забезпеченням конституційного права на інформацію у межах апарату уповноваженого з прав людини (Швеція, Данія, Бельгія, Фінляндія, Австрія, Нідерланди, Польща тощо);

4) орган контролю, який формально створюється при уряді або парламенті, але до його складу входять представники законодавчої, виконавчої, судової гілки влади, представники від громадськості та органів місцевого самоврядування (Франція, Португалія тощо)⁹.

Отже, основними документами, які визначають міжнародні стандарти права на доступ до публічної інформації, на сьогодні є: 1) Конвенція Ради Європи про доступ до офіційних документів від 18 червня 2009 р.; 2) Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (ратифікована Законом України № 832-XIV від 6 липня 1999 р.); 3) Йоганесбурзькі принципи. Національна безпека, свобода висловлювань і доступ до інформації; документи міжнародної організації «Артикль 19» (Article 19), зокрема: «Право громадськості знати. Принципи законодавства про свободу інформації», Модельний закон про свободу інформації; 5) «Про доступ до офіційних документів», Рекомендація Res (2002) 2 Комітету Міністрів Ради Європи від 21 лютого 2002 р.; 6) «Про доступ до інформації, що перебуває в розпорядженні державних органів», Рекомендація № R (81) 19 Комітету Міністрів Ради Європи від 25 листопада 1981 р.; 7) «Про доступ громадськості до інформації, що є в розпорядженні державних органів, і свободу інформації», Рекомендація № 854 (1979) Парламентської Асамблеї Ради Європи; 8) «Про право на недоторканість приватного життя», Резолюція № 1165 (1998 р.) Парламентської Асамблеї Ради Європи; 9) практика Європейського суду з прав людини¹⁰.

Проаналізувавши міжнародний, в тому числі європейський досвід правового регулювання доступу до інформації, зазначимо, що основними міжнародними стандартами у сфері права на доступ до інформації є:

1) принцип максимальної відкритості – уся інформація у володінні публічних органів є відкритою, крім передбачених законом винятків;

2) відомості, доступ до яких закривається, мають бути зрозумілими, описуватися вузько і відповідати контролю згідно з «трискладовим тестом», а саме: а) інформація має стосуватися легітимної мети, передбаченої законом; б) оприлюднення інформації повинно загрожувати спричиненням суттєвої шкоди вказаній легітимній меті; в) шкода, яка може бути заподіяна вказаній меті, має бути вагомішою, ніж суспільний інтерес в отриманні інформації; г) обсяг інформації, доступ до якої обмежується, про публічну особу має бути значно меншим, ніж обсяг інформації про приватну особу; д) процедура доступу до інформації має бути чітко визначеною, а загальний строк надання інформації за запитом – стислим; е) передбачено не лише право на доступ до інформації, якою володіють органи державної влади та місцевого самоврядування, а й до інформації, яка належить приватним організаціям, якщо оголошення цієї інформації зменшить ризик шкоди головним суспільним інтересам; є) наявність спеціального позасудового механізму захисту права на доступ до інформації (інформаційний уповноважений); ж) захист «викривачів» («whistleblowers»).

Таким чином, на підставі викладеного вище ми вважаємо, що в умовах сучасного рівня світової глобалізації розвиток нашої держави не може відбуватися автономно від інших країн. Тому для ефективного функціонування й розвитку інформаційних відносин з метою забезпечення конституційного права громадян на інформацію та доступу до публічної інформації необхідно враховувати норми міжнародного та європейського права.

¹ Резолюція 59 (1) Генеральної Асамблеї ООН «Скликання міжнародної конференції щодо питання про свободу інформації»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://medialaw.asia/document/-430>

² Чекотовська О. Право доступу до інформації в рішеннях Європейського Союзу / Ольга Чекотовська // Закон і Бізнес : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zib.com.ua/ua/print/39664pravo_dostupu_do_informacii_v_rishennyah_evropeyskogo_sudu.html

³ Відкритість та прозорість органів державної влади в контексті законодавства про доступ до публічної інформації / Івано-Франківський центр науки, інновацій та інформатизації. – Івано-Франківськ, 2012. – 115 с. – С. 4.

⁴ Конвенція про захист прав та основоположних свобод людини: міжнародний документ Ради Європи від 4 листопада 1950 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/go/995_004

⁵ Про захист персональних даних : Закон України від 1 червня 2010 р. № 2297-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/go/2297-17>

⁶ Методичні рекомендації щодо практичного впровадження Закону України «Про доступ до публічної інформації» / М. В. Лациба, О. С. Хмара, В. В. Андрусів та ін.; Укр. незалеж. центр політ. дослідж., 2-е вид. допов. – К. : Агентство «Україна», 2012. – 164 с. – С. 13.

⁷ Гонцяж Я. Свобода інформації та виконавча гілка влади: Правові норми. Інституції. Процедури [Текст]: Порівняльний аналіз / Я. Гонцяж, Н. Гнидюк. – К. : Міленіум, 2002. – 245 с. – С. 68.

⁸ Відкритість та прозорість органів державної влади в контексті законодавства про доступ до публічної інформації / Івано-Франківський центр науки, інновацій та інформатизації. – Івано-Франківськ, 2012. – 115 с. – С. 7.

⁹ Там само. – С. 18.

¹⁰ Там само. – С. 19.

Резюме

Безверха Ю. В. Використання досвіду країн ЄС для вдосконалення правового регулювання доступу до інформації в Україні.

У статті розглянуто та проаналізовано досвід України, в тому числі й міжнародний досвід щодо правового регулювання доступу до інформації. Розкрито сутність активного та пасивного аспектів доступу до інформації в Україні відповідно до міжнародних стандартів.

Ключові слова: доступ до інформації, інформаційне право, активний аспект доступу до інформації, пасивний аспект доступу до інформації, міжнародні стандарти.

Резюме

Безверхая Ю. В. Использование опыта стран ЕС для усовершенствования правового регулирования доступа к информации в Украине.

В статье рассмотрен и проанализирован опыт Украины, в том числе и международный опыт по правовому регулированию доступа к информации. Раскрыта сущность активного и пассивного аспектов доступа к информации в Украине в соответствии с международными стандартами.

Ключевые слова: доступ к информации, информационное право, активный аспект доступа к информации, пассивный аспект доступа к информации, международные стандарты.

Summary

Bezverha Y. Use European experience for improvement of legal regulation of access to information in Ukraine.

The article reviewed and analyzed the experience of Ukraine, in particular, and international experience in the legal regulation of access to information. The essence of the active and passive aspects of access to information in Ukraine in accordance with international standards.

Key words: access to information, right to information, the active aspect of access to information, the passive aspect of access to information, international standards.

УДК: 336.221.2

Д. О. ГЕТМАНЦЕВ

Данило Олександрович Гетманцев, доктор юридичних наук, доцент юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СТАБІЛЬНІСТЬ ТА ВИЗНАЧЕНІСТЬ ПОДАТКОВОГО ПРАВА

Нобелівській лауреат Дж. Стігліц не так давно обґрунтував один із принципів справедливої та ефективної податкової системи – гнучкість оподаткування. Вчений вважає, що податкові відносини є одними з найбільш вразливих з усієї системи правовідносин щодо економічного базису, а тому податкові норми повинні швидко та ефективно реагувати на будь-які зміни економічного життя суспільства таким чином, щоб, з одного боку, усунути можливий деструктивний вплив оподаткування на економічний розвиток країни, а з другого, – не втратити об'єкти оподаткування, які з'являються в нових формах, з податкових тенет держави.

Однак видатний економіст навіть в найсміливіших фантазіях не міг припустити, що обґрунтований ним принцип оподаткування може бути настільки глибоко сприйнятий однією з податкових систем країн Східної Європи.

Подією, що якби сам Дж. Стігліц дізнався, якою мірою його принцип гнучкості оподаткування буде перевернений у нас, в Україні, він відмовився б від нього ще на самому початку свого творчого шляху, знищивши всі рукописи і пішовши з докторантури Кембриджу простим робітником на корабельні верфі Массачусетсу. Але не варто живому класику економічної науки себе звинувачувати. Масштаб і фанатизм, з яким «новонавернені» адепти секти гнучкості оподаткування віддалися втіленню в життя вчення на прикладі нашої багатостраждальної податкової системи, свідчить тільки про те, що ні самі сектанти, ні їх новоявлені пророки не читали першоджерела, які відкрили світу цей принцип. Традиційне прийняття змін до Податкового кодексу (далі – ПК) в період католицького Різдва свідчить про те, що вони також не відкривали і український закон. Схоже, вони взагалі мало що відкривали, крім Фейсбуку.

Річ у тім, що гнучкість або динамічність оподаткування має сенс виключно в діалектичному взаємозв'язку з його стабільністю. Законодавець повинен знайти золоту середину між частотою зміни закону і визначеністю податкових норм для платників податків. В іншому випадку гнучкість не тільки шкодить національній економіці, вона підриває основи внутрішньої моралі права (про яку писав видатний теоретик права Лон Фуллер), порушуючи одночасно дві його *desiderata*: сталість закону в часі і заборону законів, що мають зворотну силу¹. При цьому законодавець сам своїми діями дискредитує обов'язковість закону, надаючи платникові податків моральне право ухилятися від оподаткування.

Однак проблема стабільності оподаткування, що доведена в Україні до абсурду і вперто не помічається тільки самою державою, не така проста, як здається на перший погляд.

Пункт 4.1.9 статті 4 Податкового кодексу України

Відповідно до п. 4.1.9 ПК зміни до будь-яких елементів податків та зборів не можуть вноситись пізніше як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, в якому будуть діяти нові правила та ставки. Податки та збори, їх ставки, а також податкові пільги не можуть змінюватись протягом бюджетного року².

Зазначимо, що процитований пункт ст. 4 ПК встановлює обмеження для внесення змін тільки в норми, що регулюють елементи податку, в той час як інші норми можуть прийматися протягом усього бюджетного року практично без будь-яких істотних обмежень, що також, як буде показано нижче, породжує правову невизначеність податкових відносин. Однак навіть ці досить вузькі межі не виконуються законодавцем, а принцип стабільності податкового законодавства в українських реаліях є скоріше закріпленою в законі мрією платників податків, ніж реально діючою правовою нормою. Автор цих рядків не пам'ятає жодного бюджетного періоду, коли цей принцип не порушувався б. Щороку порушення стають все грубішими, що повністю нівелює принцип визначеності податкового закону і позбавляє платників податків можливості будь-якого податкового планування.

Загальноприйнята в правозастосуванні юридична кваліфікація змін до податкового закону, прийнятих з порушенням п. 4.1.9 ПК, проста. Закон про внесення змін є дійсним, оскільки не суперечить Конституції України, так само, як і інші законодавчі акти, а тому не може бути визнаний недійсним через відсутність підстав для цього, як і самої процедури визнання його недійсним. Норма статті п. 4.1.9 ПК встановлює правило, не передбачаючи будь-яких наслідків (в т. ч. санкцій) у разі його порушення. З одного боку, платнику податків не залишається нічого, окрім того, щоб виконати закон, однак, з другого боку, ми маємо досить однозначну практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), який нам дає дещо інше вирішення проблеми.

Так, у п. 21 рішення ЄСПЛ у справі Федоренко проти України від 30 червня 2006 р.³ визначено, що відповідно до прецедентного права органів, що діють на підставі Конвенції, право власності може виступати в формі не тільки майна, а й «виправданих очікувань» щодо ефективного використання права власності. У рішенні ЄСПЛ у справі Стретч проти Об'єднаного Королівства від 24 червня 2003 р. майном у значенні ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції (встановлює право особи на мирне володіння своїм майном), вважається, зокрема «законне і обгрунтоване очікування придбати майно або майнове право»⁴.

Що це означає для нас? Те, що п. 4.1.9 ПК законодавець встановив обов'язкову для себе норму, яка породжує обгрунтовані «законні очікування» у платників податків щодо майна (податку), який вони повинні (або не повинні) будуть сплатити в наступному податковому періоді, зберігши або відчуживши своє майно. З цього випливає, що хоча платник податків не має права на позов про скасування закону, прийнятого з порушенням п. 4.1.9 ПК, проте він має право на відшкодування збитків, завданих йому внаслідок встановлення податкової норми в порушення п. 4.1.9, якщо доведе, що додаткові витрати виникли у нього внаслідок порушення його законних очікувань.

Як свідчить позиція ЄСПЛ (рішення якого, до речі, є у нас джерелом права), у справі 41/74 Yvonne van Duyn v. Home Office принцип юридичної визначеності означає, що заінтересовані особи мають можливість покладатися на взяті державою зобов'язання, навіть якщо вони містяться в нормативному акті, який загалом не має автоматичної прямої дії. Така дія зазначеного принципу пов'язана з іншим принципом відповідальності держави, який полягає у тому, що держава не може посилається на власне порушення зобов'язань для уникнення відповідальності. Якщо держава затвердила певну концепцію, якою в нашому випадку є стабільність податкового законодавства, дії держави вважаються протиправними, якщо вона відступає від заявленої поведінки або політики, оскільки узгодження такої політики чи поведінки дало підстави для виникнення обгрунтованих очікувань у осіб щодо дотримання державою або органом публічної влади такої політики чи поведінки⁵. Аналогічна позиція міститься також в рішеннях ЄСПЛ у справах Кечко проти України, Бурдов проти Росії та ін.

Позиція ЄСПЛ справедлива не тільки з точки зору теорії права, а й простого здорового глузду. Дійсно, держава, володіючи податковим суверенітетом, має право встановлювати норми, у тому числі і з порушенням (а можливо й скасуванням) нею ж встановлених процедур. Однак у такому випадку вона зобов'язана відшкодувати збитки, завдані платникам податків у зв'язку з порушенням їх законних очікувань. Зазначимо, що вітчизняні платники податків вже зараз мають достатньо підстав для захисту своїх прав, порушених у зв'язку з недотриманням державою п. 4.1.9 ПК, безпосередньо в адміністративних судах шляхом стягнення збитків з держави. Подібна судова практика у нас поки відсутня, що пояснюється як пасивністю платників податків, так і традиційною нерішучістю адміністративних судів, які з побоюванням ставляться до застосування норм рішень ЄСПЛ у власній практиці.

На нашу думку, механізм захисту прав платників податків внаслідок порушення державою принципу стабільності необхідно також передбачити безпосередньо в законі, шляхом прямої імплементації вищеприписаного правила, яке застосовується ЄСПЛ.

Ретроактивність і ретроспективність податкових норм

Дещо складніше справа просувається з іншими зловживаннями з боку держави, що полягають в так званій ретроактивності і ретроспективності податкових норм. Йдеться про податкові норми, дія яких поширюється на відносини, що виникли до набрання ними чинності.

На перший погляд, правове регулювання цих відносин в українському податковому праві не повинно викликати питань. Ретроактивний закон сам по собі не може регулювати поведінку особи, а тому не відповідає основній ознаці правової норми. Стаття 58 Конституції України містить абсолютно конкретну норму, згідно з якою закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Конституційний суд в рішенні від 9 лютого 1999 р. у справі №1-7/99 роз'яснив конституційну норму, вказавши, що дія правової норми починається з моменту набрання актом чинності і припиняється з втратою ним сили, тобто до події або факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони відбулися або мали місце⁶.

Однак у податкових правовідносинах ми часто стикаємося з ситуаціями, які виходять за чіткі межі, здавалося б, однозначної правової норми.

Для початку визначимося з поняттями ретроактивності і ретроспективності. Ретроактивність має місце тоді, коли правова норма змінює правові наслідки фактів (подій), що відбулися в минулому, до того, як норма була офіційно опублікована, будучи застосованою до минулих податкових подій. Переважна більшість зарубіжних правових систем негативно ставляться до подібних правових норм, незважаючи на те, що в багатьох країнах ретроактивність прямо не заборонена законом (наприклад, США, Великобританія).

Складніша справа з ретроспективністю, під якою розуміється негайне введення в дію правової норми без встановлення т. зв. перехідного періоду (*grandfathering*), тобто застосування старих норм до подій (фактів, операцій), які відбуваються (тривають) в момент опублікування норми, але почалися до моменту її опублікування. Як правило, ретроспективність податкових норм допускається в різних правових системах світу, проте з різними застереженнями, характерними для різних країн. Адже саме в податковому праві існує унікальна інваріантність розвитку податкових відносин, яка обумовлена всім непередбачуваним різноманіттям економічних дій, операцій, зв'язків.

У принципі, будь-яка податкова норма може вважатися ретроспективною тією мірою, якою вона впливає на вартість існуючих у платника податків активів і зобов'язань. Зміна норм амортизації, введення нових методів оцінки активів побічно, а, можливо, і прямо впливає на зміну податкових зобов'язань платника.

Однією з основних проблем ретроспективності правових норм є т. зв. проблема податкового періоду. Так, спірним в українському податковому праві є питання про ретроактивність правової норми, яка набрала чинності протягом податкового періоду і застосована з початку податкового періоду. Норма юридично вступає в силу з моменту її опублікування або пізніше і тому не має зворотної сили, фактично застосовується «заднім числом». Оскільки облік економічних результатів податкового періоду і звітність повинні здійснюватися за новим законодавством, яке таким чином пошириться і на відносини, що існують до моменту прийняття норми.

Ні фіскальна служба, ні платник податків сьогодні не замислюючись вирішують такий спір на користь держави, йдучи за принципом, запропонованим ще в середині ХХ ст. вже згаданим нами Л. Фуллером. Кваліфікуючи гіпотетичне введення податкового закону, який оподатковує приріст фінансової вартості активів у податковому періоді, що передувало введенню в дію закону, Фуллер писав: «такий акт, можливо, надзвичайно несправедливий, але, строго кажучи, його не можна назвати таким, що має зворотну силу. Безумовно, він вносить в податкову базу події минулого. Але від тих, кому він адресований, цей акт вимагає простої дії, а саме сплати необхідного податку. Ця вимога діє після прийняття закону. Іншими словами, ми не приймаємо сьогодні податкових законів, які встановлюють обов'язок сплатити податок вчора, хоча ми і можемо прийняти сьогодні податковий закон, який визначає податок, на основі події, яка мала місце в минулому»⁷.

Однак такий формальний підхід вченого, що викликав критику навіть його сучасників, до тлумачення ретроактивності правової норми не тільки суперечить сутності оподаткування, як інструменту не тільки фіскального, але й регулюючого, а й самому природно-правовому підходу автора до права як такого, в якому він вбачає самодостатнє явище, що існує за своїми внутрішніми, об'єктивними законами.

Пізніше Т. МакДонел, визначаючи принципи верховенства права в податкових відносинах, підкреслить, що інтерес платника податків, який обґрунтовано покладалася на діючий закон, підлягає захисту, а для обґрунтування змін, викликаних законом зі зворотною силою, ніколи не слід покладатись на фінансові міркування⁸. Його доповнює Мелвін Пауелс, встановлюючи основним принципом податкового права визначеність, що розуміється, з одного боку, як внутрішня свобода вибору платника податків здійснювати або не здійснювати дії без будь-якого зовнішнього впливу, будучи впевненим в юридичних наслідках своїх дій (природний аспект), а з іншого боку, – як його можливість діяти відповідно до закону для досягнення цілей, обґрунтовано плануючи свої дії (інструментальний аспект)⁹.

Зазначимо, що ретроспективність допускалась у ХХ ст., як допускається і зараз багатьма розвиненими країнами. Однак сьогодні ситуація стрімко змінюється. Наприклад, Конституційний суд Німеччини у 2010 р. виніс три рішення, в яких встав на бік платників податків, визначивши неконституційними як ретроактивні, так і ретроспективні норми, не проводячи між ними межі (повністю змінюючи власну практику попередніх 50 років)¹⁰. Аналогічна практика існує в Швеції і Португалії.

З огляду на викладене напрошується висновок про те, що наша правозастосовна практика в цьому питанні, м'яко кажучи, не в тренді. У світі існують дві концепції, що дозволяють вирішити спори в зв'язку з цим. Концепція податкового періоду (коли ретроспективність правової норми допускається в межах одного податкового періоду, див. наприклад, Німеччину до 2010 р.), концепція податкової події (коли правова норма застосовується лише до тих подій, які відбулись після набрання нею чинності, а юридичні наслідки подій, що відбулись до прийняття норми, визначаються за чинним раніше законом).

Очевидно, що в нашому випадку законодавець повинен вирішити це питання на рівні закону, вставши на бік платника податків, загальним правилом заборонивши не тільки ретроактивні, а й ретроспективні норми (за незначним винятком). Оскільки наша ситуація ускладнюється ще й тим, що прийняття податкових норм, які змінюють елементи податку в середині податкового періоду, прямо суперечить тому ж п. 4.1.9 ПК, тобто є помилкою законодавця. Помилкою, за яку відповідальність несе платник податків. При цьому, як показує практика застосування п. 4.1.9, однієї заборони законодавця самому собі вкрай недостатньо. У законі необхідно прописати чіткі правові механізми компенсації збитків платника податків, заподіяних йому порушенням закону з боку держави, а також його права протягом одного податкового періоду застосовувати стару податкову норму в разі, якщо нова норма має, на його думку, ретроактивний ефект.

Разом із тим зрозуміло, що існують випадки, в яких надання нормі ретроспективної дії є доцільним з метою: виправлення технічних помилок закону (яких при нашому рівні законодавчої техніки стає дедалі більше), а також приведення закону у відповідність з рішеннями Конституційного Суду.

У деяких країнах ретроактивність дозволяється, якщо вона спрямована на користь платників податків. Проте податкові відносини настільки складні й різноманітні, що те, що йде на користь одним платникам

податків, може зашкодити іншим. Крім того, такого роду ретроактивність може порушувати принцип рівності оподаткування, адже ставить в нерівні умови тих платників податків, які виконали не вигідну для себе вимогу старого закону і тих, які дочекалися прийняття нової більш вигідної норми. Тому ми б не рекомендували закріплювати в законі таку підставу для ретроактивності.

Зазначимо, що принцип рівності оподаткування порушується також і внаслідок перехідного періоду або *grandfathering*, адже створює для платників податків різні умови оподаткування.

Цікавими є деякі законодавчі техніки, що діють в розвинених країнах, які практикують податкову ретроактивність як виняток. У законодавстві деяких країн існує вимога дотримання т. зв. перехідної політики, коли держава зобов'язується опублікувати своє бачення щодо законопроектів, які містять ретроактивні норми ще до їх прийняття. У деяких країнах існує обов'язкова процедура обговорення всіх податкових законопроектів з міністерствами (Мініюст), судом або спеціально створеним органом, який проводить ревізію всіх актів з оподаткування на предмет відповідності їх прав платників податків. У зв'язку з цим цікавим є приклад Нідерландів, де практикується ретроактивна законотворчість з використанням т. зв. прес-релізу, що випускається парламентом або урядом. Норма може вступити в силу з дати опублікування прес-релізу про внесення ретроактивного законопроекту.

Проблема ретроактивності також пов'язана і з визначенням періоду дії так званих норм тлумачення. Залишимо за межами податкової консультації. На нашу думку, незважаючи на особливий статус, вони не містять і не можуть містити норми тлумачення. У нашій країні норми тлумачення приймає Конституційний і (певною мірою) Верховний суди. Йдеться про судову нормотворчість, яка не породжує нове правило поведінки, проте дає тлумачення вже існуючого. У податкових відносинах проблема набуває особливого значення. Питання, з якого моменту можуть бути застосовні норми-тлумачення, не визначене у податковому законі. Таких моментів може бути два: момент вступу в силу нормативного акта, який вони тлумачать, або момент вступу в силу самих норм тлумачення. І в першому, і в другому випадку ми маємо сплетіння додаткових, зовсім не врегульованих відносин, які не потребують, а вимагають їхнього нормативного врегулювання.

Ще одна проблема – проблема ретроспективності процесуальних норм. На відміну від матеріальних податкових норм, ретроспективність процесуальних податкових норм без перехідних періодів є загальноприйнятим правилом зарубіжних податкових систем. І з цим можна погодитись, якщо йдеться, скажімо, про податкові спори або процесуальний порядок залучення платника податків до відповідальності. Однак окремі процесуальні норми (реєстрація платника податку, порядок отримання платником особливих податкових статусів та ін.) прямо впливають в українському законодавстві на матеріальні правовідносини. Тому в нашому випадку для прийняття і дії в часі процесуальних норм не можна передбачати ніяких особливих режимів порівняно з матеріально-правовими нормами.

Перелік проблем ретроактивності податкових норм можна продовжити. Наприклад, внесення протягом року нової країни в список країн з низьким податковим тиском, що породжує обов'язок платника податків істотно змінювати звіт з трансфертного ціноутворення, хоча суб'єкт може банально не володіти необхідними даними. Це також зміна податкового періоду, зміна критеріїв/умов спеціальних податкових режимів, податкових різниць, умов оподаткування довгострокових операцій (наприклад, страхування, кредит, капітальне будівництво тощо), строків у податкових правовідносинах і багато іншого. Таким чином, важливість проблеми зворотної дії податкових норм в часі складно переоцінити.

Важливу роль у захисті прав платників податків в частині ретроактивності податкових норм відіграють адміністративні суди, які повинні без всякого сумніву займати більш активну позицію, особливо щодо застосування норм рішень ЄСПЛ у податкових спорах. ЄСПЛ справи про ретроактивність правових норм розглядає з посиланням на ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції. При цьому суд, в принципі не заперечуючи права держави на прийняття ретроактивної норми, відповідає на питання: чи накладає ретроактивний нормативний акт невинуватене обтяження і чи не порушує справедливий баланс інтересів.

Так, в рішенні у справі *National and Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. The United Kingdom* суд вказав, що «повага до верховенства права ... захищає від будь-якого впливу з боку держави – за винятком наявності неспростовних підстав загального інтересу»¹¹.

Вже сьогодні у випадку ретроактивності (ретроспективності) податкових норм, незважаючи на відсутність прямих норм законодавства України, платники податків мають право як на позов до суду, так і на подальше звернення до ЄСПЛ. При цьому платнику податків слід довести неправомірність і безпідставність позбавлення його права власності (в широкому розумінні цієї категорії), а також сам факт зворотної дії правової норми.

На що сьогодні, при розгляді такої категорії справ суду, слід звертати увагу? Законодавство не надає нам чіткої відповіді на зазначене питання. Спробуємо розібратись на прикладі. На початку 2016 р. світ побачив лист ДФС¹², у якому державна фіскальна служба роз'яснила норми нової редакції підпункту 291.4 ст. 291, якою зменшувався граничний обсяг доходу суб'єктів господарювання, що сплачують єдиний податок з 20 млн грн на рік до 5 млн грн. На думку ДФС, вимога про додержання ліміту у 5 млн грн повинна поширюватись на всіх платників єдиного податку третьої групи з моменту набуття чинності законом. Отже, для збереження статусу платника єдиного податку суб'єкт малого підприємництва у 2015 р. не повинен перевищити 5 млн грн доходу, а особи, які перевищили дохід в сумі 5 млн грн, втрачають право на сплату податку за спрощеною системою. Згодом зазначений лист ДФС був відкликаний. Однак у цьому випадку ми маємо класичний приклад ретроактивної дії правової норми, що формально діє з моменту її прийняття, але фактич-

но поширює свою дію на відносини, що мали місце до моменту набуття чинності замінами до Податкового кодексу.

Тому проаналізуємо зазначені правовідносини. Держава володіє податковим суверенітетом, межі якого не встановлені. Якщо виходити з формальної точки зору, то норма про верхню межу доходу, застосовуючись як критерій в 2016 р., повністю відповідає формальним вимогам до українського закону. Водночас норма порушує законні інтереси платників податків, що здійснюючи свою діяльність у 2015 р. не мали навіть можливості обмежити її доходом в обсязі 5 млн грн, розумно розраховуючи на те, що до їх доходу застосовується ліміт у 20 млн грн. Таким чином, можна відмітити порушення легітимних очікувань платників як складової частини принципу визначеності закону.

Абстрактна правова теорія Гюстава Радбруха¹³ говорить про те, що закон повинен реалізувати ідею права, яка складається з трьох елементів: рівність, цілеспрямованість та легальна визначеність. Жоден з них не може бути зведений в абсолют, між ними діє постійна конкуренція. Зазначимо, що принцип за Р. Дворкіним безперечно не є правовою нормою, він повинен дотримуватись не тому, що захищає існуючу політичну, економічну або соціальну реальність, а тому, що завдяки йому досягається справедливість, чесність та інші виміри моральності права. Жоден принцип не має заздалегідь встановленої сили. Вони не диктують конкретне законодавче рішення або рішення у судовій справі, а є лише обґрунтуванням відповідного рішення.

Сьогодні, і це є абсолютно справедливим, безпосередньо Конституцією (ст. 58) забороняється зворотна дія правової норми. Водночас, як зазначалося, саме у податковому праві поширеними є випадки, коли норма, що юридично діє на майбутнє, фактично поширюється і на минуле, регулюючи ті відносини, що тривають на момент набуття нормою чинності (ретроспективність правової норми). Проблема полягає в тому, що ми не можемо абсолютно заборонити ретроспективність, адже в певних випадках вона може йти на користь як захисту інтересів платника податків, так і ствердженню справедливості оподаткування в цілому. Про це може йтися у випадку приведення законодавства у відповідність до актів судової нормотворчості або тлумачення правових норм, а також задля виправлення помилок законодавця. Водночас широке застосування ретроспективності є неприпустимим з огляду на можливі зловживання законодавця, які з необхідністю будуть мати місце при схвальному ставленні суспільства до подібної практики.

Тому для нас важливими є критерії виправданості застосування ретроактивної правової норми. У наведеному нами випадку ретроспективність правової норми порушує одну із складових ідей права за Г. Радбрухом: легальну визначеність, що є одним із визначальних принципів права. Платники єдиного податку, здійснюючи свою діяльність у 2015 р., розумно розраховували на те, що їх дохід для збереження спеціального податкового статусу у 2016 р. не має перевищувати 20 млн грн. Таким чином, якщо вважати, що зміни до ст. 291 ПК України мають ретроспективну дію, ми стверджуємо про порушення ними законних очікувань платників податків як складову принципу визначеності права. При цьому така норма не тільки не має жодного перехідного періоду, але й прийнята з порушенням п. 4.1.9 ст. 4 ПК України в грудні 2015 р., чим ще більше погіршується негативний ефект ретроспективності. Відсутність закріплення поваги держави до законних очікувань громадян на рівні закону не звільняє державу від виконання цього обов'язку, але лише свідчить про існування його на рівні принципів права.

Разом із тим порушення принципу легальної визначеності деякою мірою могло бути виправданим доцільністю прийняття відповідної норми, тобто тими цілями, заради яких закон приймається. В будь-якому випадку, якщо ми говоримо про доцільність як принцип права, ми не можемо обґрунтувати її жодними економічними цілями, в т. ч. наповненням державного бюджету. На нашу думку, доцільність може виправдати ретроспективність норми лише в обмеженому переліку випадків, які вже згадувались (наприклад, усунення законодавчих помилок). Отже, в нашому випадку співставлення принципу доцільності та легального визначення закону не може виправдати ретроспективність змін до ст. 291 ПК України.

Таким чином, ми можемо дійти висновку, що зміни до ст. 291 ПК України не можуть тлумачитись як такі, що мають ефект ретроспективності, адже в протилежному випадку йшлося б про порушення визначальних принципів права. Тут доречно згадати рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 53 і 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положення частини третьої ст. 103 Конституції України від 25 грудня 2003 року¹⁴. Попри неоднозначний політичний підтекст зазначеного рішення, висновки, до яких дійшов суд, можуть бути використані на користь платників податків як в цьому, так і в інших випадках при оцінці правомірності дії правових норм у часі.

Отже, норми змін до ст. 291 ПК України встановлюють вимоги для платників єдиного податку з 2016 р. і мають значення для визначення права на сплату єдиного податку у 2017 році. Саме від цього мав би відштовхуватись суд, приймаючи рішення у спорі між контролюючим органом і платником податків у випадку, якщо б не повною мірою обґрунтована позиція фіскалів не була б обачливо змінена ними.

Із цих же принципів має виходити законодавець, приймаючи рішення про прийняття норм, що мають ретроспективну дію в часі.

І нехай сьогодні задоволення позовів платників податків українськими судами із посиланням безпосередньо на принципи права виглядає фантастично, ми не полишаємо надії, що вже в найближчому майбутньому аналіз відповідності українських податкових норм критеріям рівності, доцільності й легальної визначеності з'явиться в рішеннях і наших адміністративних судів.

- ¹ Мораль права / Дон А. Фуллер; пер. с англ. Т. Даниловой под ред. А. Куряева. – М. : ИРИС ЭН, 2007. – 308 с.
- ² Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. – Редакція від 1 лютого 2016 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13 / № 13–14, № 15–16, № 17. – С. 556.
- ³ Рішення Європейського суду з прав людини від 30 червня 2006 р. «Федоренко проти України» (заява N 25921/02) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_041
- ⁴ Рішення Європейського суду з прав людини від 24 червня 2003 р. «Стретч проти Об'єднаного Королівства Великої Британії» (Stretch v. United Kingdom, 44277/98) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-61173&filename=001-61173.pdf>
- ⁵ Рішення Європейського суду справедливості у справі Yvonne van Duyn v. Home Office (Case 41/74) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88751&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=672172>
- ⁶ Рішення Конституційного Суду України за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України (справа про зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів) від 9 лютого 1999 р. №1-7/99 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-99>
- ⁷ Мораль права / Дон А. Фуллер; пер. с англ. Т. Даниловой под ред. А. Куряева. – М. : ИРИС ЭН, 2007. – 308 с.
- ⁸ McDonnell, Thomas E. 2006. Retroactivity: policy and practice. In Report of proceedings of the fifty-eight tax conference, 2006 Conference Report, 2:1–33. Toronto: Canadian Tax Foundation.
- ⁹ Gribnau, J. L. M., & Pauwels, M. R. T. (Eds.) (2013). Retroactivity of Tax Legislation. (EATLP International Tax Series; No. 9). Amsterdam: EATLP / IBFD.
- ¹⁰ Judgment of The Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) reference number 2 BvL 14/02 of 7 July 2010, reference number 2 BvL 1/03 of 7 July 2010, reference number 2 BvR 748/05 of 7 July 2010.
- ¹¹ Рішення Європейського суду з прав людини по справі National and Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. The United Kingdom (від 23 жовтня 1993 р. №117/1996/736/933-935) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58109>
- ¹² Про окремі зміни у законодавстві щодо спрощеної системи оподаткування : лист Державної фіскальної служби України від 18 січня 2016 р. № 1527/7/99-99-17-02-02-17.
- ¹³ Радбрух Г. Философия права / Густав Радбрух ; пер. с нем. – М. : Междунар. отношения, 2004. – 240 с.
- ¹⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 53 і 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 103 Конституції України (справа щодо строків перебування на посту Президента України) від 25 грудня 2003 р. № 22-рп/2003 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v022p710-03>

Резюме

Гетманцев Д. О. Стабільність та визначеність податкового права.

У даній статті автор досліджує проблемні й актуальні питання процесу законотворення та внесення змін до податкового закону. Зокрема, приділено увагу базисному принципу стабільності та важливості його дотримання при імplementації змін до елементів конкретного податку. Також автор звертає увагу на правову дію норм в часі, а саме на ретроспективність та ретроактивність податкових норм.

Ключові слова: принцип стабільності, принцип гнучкості оподаткування, ретроактивність норм, ретроспективність норм, відповідальність держави, ретроспективність процесуальних норм, ЄСПЛ, принцип рівності, принцип юридичної визначеності.

Резюме

Гетманцев Д. А. Стабильность и определенность налогового права.

В данной статье автор исследует проблемные и актуальные вопросы процесса законотворчества и внесения изменений в налоговый закон. В частности, уделено внимание базисному принципу стабильности и важности его соблюдения при имплементации изменений к элементам конкретного налога. Также автор обращает внимание на правовое действие норм во времени, а именно на ретроспективность и ретроактивность налоговых норм.

Ключевые слова: принцип стабильности, принцип гибкости налогообложения, ретроактивность норм, ретроспективность норм, ответственность государства, ретроспективность процессуальных норм, ЕСПЧ, принцип равенства, принцип юридической определенности.

Summary

Getmantsev D. The stability and definiteness of tax law.

In this article, the author explores the challenges and current issues of lawmaking process and amending the tax law. In particular, the basic principle of sustainability and importance of its compliance in the implementation of changes to specific elements of a particular tax. In addition, the author pays attention to legal action of rules in time, namely retrospectivity and retroactivity of tax rules.

Key words: sustainability principle, principle of flexibility of taxation, retroactivity of rules, state responsibility, retrospectivity of procedural rules, ECHR, principle of equality, principle of legal certainty.

О. П. РЯБЧЕНКО

Олена Петрівна Рябченко, доктор юридичних наук, професор, в.о. начальника кафедри Університету ДФС України

ПРО ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ПРО ПОРУШЕННЯ МИТНИХ ПРАВИЛ: СУЧАСНИЙ СТАН ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Необхідність вдосконалення правового регулювання відносин у сфері боротьби з контрабандою, іншими порушеннями митних правил, організації відповідної діяльності визначена нагальною потребою формування дієвих запобіжників тінзації економіки, ефективних заходів і засобів охорони й захисту державних інтересів у зовнішньоекономічній сфері, створення дієвого бар'єру потрапляння на внутрішній ринок неякісних товарів. Саме у такому значенні адміністративно-деліктне законодавство виступає системоутворюючим чинником формування та реалізації митно-правового режиму (у широкому значенні цього терміна), забезпечення економічної безпеки як в Україні, так і за її межами. Звернення до офіційних джерел інформації підтверджує вказане. Так, за даними Державної фіскальної служби України упродовж 2015 р. митницями ДФС відкрито 17 808 справ про порушення митних правил на суму понад 1 787,19 млн грн. З них у 8 529 справах реально вилучено предмети правопорушень на суму понад 628,98 млн грн¹.

Звернення до наукового доробку, предметом якого є проблемні питання митно-правового регулювання, дає змогу виділити наступні напрями творчого пошуку, представлених найбільшою кількістю напрацювань: зміст та особливості митних режимів (О. О. Афанасьєва, К. В. Бережна, Б. М. Габричидзе, О. О. Зотенко, С. І. Істомін, О. М. Козирін, Б. А. Кормич, О. О. Крестьянінов, В. В. Ліпінський, М. В. Мельник, І. В. Міщенко, В. П. Науменко, Н. В. Осадча, І. В. Співак, М. Г. Шульга та інші); відповідальність за порушення митних правил (А. В. Дусик, С. Ю. Дьомін, А. Б. Калюга, М. О. Кравець, С. В. Кувакін, А. А. Мудров та інші); міжнародне співробітництво у митній сфері (І. О. Бондаренко, О. П. Гребельник, В. П. Науменко, П. В. Пашко, В. А. Руссков та інші). Доктринальну основу напрацювань у галузі митної справи становлять роботи, які стосуються загальних проблем розвитку митного права (Є. В. Додін, С. В. Ківалов, В. Я. Настюк, Д. В. Приймаченко, М. Г. Шульга та інші). Огляд наукових публікацій був би не повним, якщо оминати роботи, присвячені проблемам митного контролю (Ю. М. Дьомін, А. В. Мазур, А. Б. Новіков та інші), порядку переміщення через митний кордон України та митного оформлення товарів (Д. С. Цаліна, І. М. Резнік), організації надання послуг (І. О. Бондаренко), міжнародно-правовому аспекту співробітництва у галузі митної справи (С. М. Перепьолкін), правовому регулюванню переміщення товарів через митний кордон України (І. М. Резнік).

Результати потужної наукової розвідки у сфері митно-правового регулювання є тією доктринальною основою, спираючись на яку можна здійснювати дослідження проблемних питань розвитку митного права, зокрема й тих, які стосуються вдосконалення адміністративної відповідальності за порушення у митній сфері.

Мета статті – визначити особливості провадження у справах про порушення митних правил, порівняно із провадженнями у справах про адміністративні правопорушення, та виділити проблемні питання правового регулювання відповідних процесуальних відносин, які потребують нагального вирішення.

Особливості правового регулювання провадження про порушення митних правил впливають зі ст. 487 Митного кодексу України (далі – МКУ)², якою передбачено, що провадження у справах про порушення митних правил здійснюється відповідно до цього Кодексу, а в частині, що не регулюється ним, – відповідно до законодавства України про адміністративні правопорушення. Зокрема, вказане стосується порядку оскарження постанови суду (судді) у справі про порушення митних правил, який визначається Кодексом України про адміністративні правопорушення та іншими законами України.

У справах про порушення митних правил право складати протоколи наділені посадові особи: уповноважені здійснювати митний контроль, митне оформлення і пропуск товарів, транспортних засобів комерційного призначення через митний кордон України і які безпосередньо виявили порушення митних правил; посадові особи органів доходів та зборів, які згідно з посадовими обов'язками мають таке право; інші посадові особи, уповноважені керівником центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, або керівником митниці (ст. 490 МКУ). Апеляційний суд м. Києва звертав увагу на відсутність чіткого врегулювання у МКУ кола посадових осіб, які мають право складати протоколи, та необхідність, у зв'язку з цим, звертатись до підзаконних нормативних актів – посадових інструкцій осіб, в яких має бути передбачене таке право, а також відомчих актів Державної митної служби України (наразі – Державної фіскальної служби України), які наділяють посадових осіб повноваженнями щодо складання протоколів. Апеляційний суд м. Києва вказує на порушення судами вимог ст. 490 МКУ, що передбачає перевірку наявності повноважень посадових осіб щодо складання протоколу і, як наслідок – прийняття незаконних рішень³.

Статтею 493 МКУ встановлено юрисдикційні повноваження посадових осіб органів доходів і зборів, які здійснюють провадження у справі про порушення митних правил: посадові особи митниці, в зоні діяльності якої було вчинено або виявлено таке порушення (з окремими винятками); посадові особи іншого органу доходів і зборів (стосується ст. 518 МКУ); посадові особи центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику; керівник центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, або особа, яка виконує його обов'язки (має право передавати справу про порушення митних правил для здійснення провадження з однієї митниці до іншої). Від імені митниць справи про порушення митних правил розглядаються керівниками цих митниць або їх заступниками, а від імені центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, – посадовими особами, уповноваженими на це відповідно до посадових інструкцій, або іншими особами, уповноваженими на це керівником центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику (ст. 523 МКУ).

Законодавець, встановлюючи компетенцію посадової особи юрисдикційного характеру, відсилає до положень підзаконних нормативно-правових актів. Разом з тим виключно законами України визначаються організація і діяльність органів виконавчої влади (п. 12 ч. 1 ст. 92 Конституції України)⁴. Додаткових проблем правового регулювання встановлення і застосування юрисдикційних повноважень завдає наступна обставина. Міністерство доходів і зборів України було реорганізовано в Державну фіскальну службу України в 2014 р. відповідно до Положення про Державну фіскальну службу, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 21 травня 2014 р. № 236⁵, а Указ Президента України від 18 березня 2013 р. № 141/2013 «Про Міністерство доходів і зборів України»⁶ є чинним. У зв'язку із вказаним вище виникає логічне питання про коректність врегулювання юрисдикційних повноважень посадових осіб, що стосуються застосування адміністративної відповідальності за порушення митних правил.

Правом розгляду справ про порушення митних правил наділені місцеві суди (судді). Їх юрисдикція, згідно з ч. 2 ст. 522 МКУ, стосується справ про порушення митних правил, передбачених ст.ст. 471–473, 476, 482–484 МКУ, а також усі справи про такі порушення, вчинені особами, які не досягли 18-річного віку. Існують особливості процедур розгляду та винесення рішення по виділеній категорії справ місцевими судами, які впливають із ст.ст. 527, 528 МКУ. Такі особливості визначені родовим та видовим об'єктом порушення митних правил, який стосується суспільних відносин у галузі державної митної справи. Зокрема, якщо постанову суду скасовано або змінено стягнення, яке застосоване, за результатами перевірки законності та обґрунтованості постанови, визначено обов'язок повернення особі, яка притягалася до адміністративної відповідальності за порушення митних правил, або її представникові конфіскованих товарів, транспортних засобів, суми штрафу (ч. 3 ст. 528 МКУ). Серед видів постанов, які виносяться у таких справах, передбачено і постанову про проведення додаткової перевірки, про накладення адміністративного стягнення, про закриття провадження у справі (ч. 1 ст. 527 МКУ).

Слід звернути увагу на ту обставину, що законодавець не визначив підстави для направлення справи для проведення додаткової перевірки. Звернення до результатів узагальнення судової практики свідчить про те, що постанови про проведення додаткової перевірки виносяться судами у випадках, коли не встановлено всі обставини, які входять до предмета доказування по даній справі, а також інші необхідні відомості для прийняття рішення по суті. Такими, зокрема, є: необхідні для розгляду справи відомості про особу, яка притягається до відповідальності за порушення митних правил; місце, час вчинення, вид та характер порушення митних правил; посилання на статтю МКУ, що передбачає адміністративну відповідальність за таке порушення; відомості про товари – безпосередні об'єкти порушення митних правил; відомості про власника цих товарів. Другою підставою для проведення додаткової перевірки може бути недостатність чи відсутність доказів на підтвердження предмета доказування. У постанові про проведення додаткової перевірки мають зазначатися, які конкретні дії необхідно виконати митному органу для усунення неповноти, та строк їх виконання, оскільки посадова особа митного органу зобов'язана усунути ці недоліки та повторно направити справу на новий розгляд з урахуванням тримісячного строку притягнення до адміністративної відповідальності⁷. Разом із тим, ст. 467 МКУ встановлено строки накладення адміністративних стягнень: не пізніше, ніж через шість місяців з дня вчинення правопорушення, а у разі розгляду триваючого порушення – не пізніше, ніж через шість місяців з дня виявлення цих правопорушень. У разі закриття кримінального провадження, але за наявності в діях правопорушника ознак порушення митних правил, адміністративні стягнення за порушення митних правил може бути накладено не пізніше ніж через три місяці з дня прийняття рішення про закриття кримінального провадження, але не пізніше ніж через два роки з дня вчинення правопорушення. Отже, необхідно додатково розглянути питання про темпоральні характеристики провадження у справах про порушення митних правил, а також особливості процедур виконання постанови суду про проведення додаткової перевірки.

До особливостей провадження у справах про порушення митних правил слід віднести визначення категорій суб'єктів порушень. Відповідно до ч. 2 ст. 459 МКУ такими суб'єктами можуть бути не тільки особи, які на момент вчинення правопорушення досягли 16-річного віку, а й посадові особи підприємств у разі вчинення порушень митних правил підприємствами.

Вказане визначає необхідність встановлення особи, яка вчинила таке порушення, та факту складання щодо неї протоколу про адміністративне правопорушення.

У разі, якщо особа не встановлена, суди, згідно з вимогами п. 1 ч. 1 ст. 527 МКУ, повинні приймати рішення про проведення додаткової перевірки для встановлення особи, що вчинила правопорушення. Такі ж рекомендації містяться в п. 14 постанови Пленуму Верховного Суду України № 8 від 3 червня 2005 р. «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил». Додаткова перевірка має застосовуватись і у разі, якщо у справах про порушення митних правил поряд з особою, яка притягується до відповідальності за порушення митних правил, беруть участь заінтересовані особи, котрі є власниками товарів, транспортних засобів, зазначених у п. 3 ст. 461 МКУ, п. 2 ч. 1 ст. 497 МКУ. Ці особи мають ті ж права, що й особи, які притягуються до адміністративної відповідальності (відповідно до ст. 498 МКУ). Додаткова перевірка застосовується, якщо неможливо встановити відомості про цих осіб, зокрема прізвище, ім'я, по батькові, місце проживання для фізичних осіб та найменування і місце знаходження для юридичних осіб⁸.

До особливостей провадження у справах про порушення митних правил слід віднести специфіку визначення малозначності правопорушення, що передбачає право судді вирішити питання про можливість звільнення особи від адміністративної відповідальності, відповідно ст. 22 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП)⁹. Так, при вирішенні питання про малозначність проступку необхідно враховувати не лише вартість, а й кількість предметів правопорушення, мету, мотив і спосіб його вчинення¹⁰.

У жодному провадженні у справах про адміністративні правопорушення, крім провадження у справах про порушення митних правил, не передбачено припинення провадження шляхом компромісу (ст. 521 МКУ). Компроміс може бути застосований тільки у випадку, якщо відсутні ознаки кримінального порушення митних правил. Юридичне закріплення компромісу відбувається шляхом укладання мирової угоди між особою, яка вчинила порушення митних правил, та органом доходів і зборів, посадова особа якого здійснює провадження у справі. Типова мирова угода про припинення провадження про порушення митних правил затверджена наказом Міністерства фінансів України від 28 травня 2012 р. № 607¹¹. Відповідно до Розділу 1 Спеціального додатку Н Додатку III Протоколу про внесення змін до Міжнародної конвенції про спрощення та гармонізацію митних процедур від 26 червня 1999 р. (дата приєднання Україною: 5 липня 2006 р., дата набрання чинності для України Протоколів I, II, III: 15 вересня 2011 р.), врегулювання на основі компромісу – угода, відповідно до якої митна служба, будучи на те уповноваженою, відмовляється від здійснення процесуальних дій стосовно осіб, причетних до митного правопорушення, якщо ці особи згодні на дотримання певних умов¹². Мирова угода не може бути оскаржена, а у разі припинення провадження у справі про порушення митних правил шляхом компромісу особа, яка вчинила це правопорушення, вважається такою, що не була притягнута за нього до адміністративної відповідальності (ч. 7, 8 ст. 521 МКУ). Вказане означає можливість збереження ділової репутації юридичної особи та уникнення процедур додаткового контролю з боку органів доходів і зборів у перспективі.

У досліджуваному провадженні чітко встановлено не тільки момент, а й підстави для порушення справи про порушення митних правил. Моментом порушення справи визначено факт складання протоколу про порушення (ст. 488 МКУ), а підставами: 1) безпосереднє виявлення посадовими особами органу доходів і зборів порушення митних правил; 2) офіційні письмові повідомлення про вчинення особою порушення митних правил, отримані від правоохоронних органів, а також органів, що здійснюють види контролю, зазначені у ч. 1 ст. 319 МКУ; 3) офіційні письмові повідомлення про вчинення порушення митних правил, отримані від митних та правоохоронних органів іноземних держав, а також від міжнародних організацій (ст. 491 МКУ).

До особливостей розглядуваного виду провадження необхідно віднести встановлення трьох видів адміністративних стягнень за порушення митних правил: попередження, штраф, конфіскація, а також визначення предмета конфіскації. Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 461 МКУ конфіскація застосовується щодо товарів і транспортних засобів комерційного призначення – безпосередніх предметів порушення митних правил; товарів, транспортних засобів із спеціально виготовленими сховищами (тайниками), що використовувалися для приховування товарів – безпосередніх предметів порушення митних правил від митного контролю, а також транспортних засобів, що використовувалися для переміщення товарів – безпосередніх предметів порушення митних правил через митний кордон України поза місцем розташування митного органу.

Таким чином, провадження у справах про порушення митних правил має істотні особливості, наявність яких є підставою визнання його різновидом провадження у справах про адміністративні правопорушення. Ці особливості стосуються: підстав та процедур провадження, темпоральних характеристик, суб'єктів і учасників провадження, переліку адміністративних стягнень, які можуть бути накладені на порушників, застосування компромісу у формі мирової угоди. Проведений аналіз виявив окремі проблеми правового регулювання відповідних процесуальних відносин, які потребують першочергового вирішення. Вказане стосується, зокрема, врегулювання правового статусу посадових осіб, уповноважених складати протоколи та розглядати справи про порушення митних правил, що набуває особливого значення за умови відсутності контролю на кордонах у Донецькій та Луганській областях, проведення Антитерористичної операції й необхідності посилення боротьби з контрабандою, встановлення компетенції зазначених посадових осіб, відповідної сучасним реаліям.

¹ Інформація про проведення заходів митницями ДФС із запобігання та протидії контрабанді, боротьби з митними правопорушеннями / Державна фіскальна служба України. Офіційний портал : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sfs.gov.ua/diyalnist-/borotba-z-ekonomichnoyu-zlochinnistyu-ta/informatsiya-pro-vjittya-zahodiv-schodo-bo/231912.html>

² Митний кодекс України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 32. – Ст. 1175.

³ Узагальнення судової практики та вивчення правильності застосування Митного кодексу України, який набрав чинності з 1 червня 2012 р. : лист Апеляційного суду м. Києва від 1 вересня 2012 р. // Судова апеляція. – 2012. – № 4.

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

⁵ Про Державну фіскальну службу України : постанова Кабінету Міністрів України від 21 травня 2014 р. № 236 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 55. – Ст. 1507.

⁶ Про Міністерство доходів і зборів України : Указ Президента України від 18 березня 2013 р. № 141/2013 // Офіційний вісник Президента України. – 2013. – № 10. – Ст. 275.

⁷ Узагальнення судової практики та вивчення правильності застосування Митного кодексу України, який набрав чинності з 1 червня 2012 р. : лист Апеляційного суду м. Києва від 1 вересня 2012 р. // Судова апеляція. – 2012. – № 4.

⁸ Там само.

⁹ Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. № 8073-X // ВВР. – 1984. – Дод. до № 51. – Ст. 1122.

¹⁰ Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил : постанова Пленуму Верховного Суду України від 3 червня 2005 р. № 8 // Юридичний вісник України. – 2005. – № 35.

¹¹ Про затвердження Типової мирової угоди про припинення провадження в справі про порушення митних правил : наказ Міністерства фінансів України від 28 травня 2012 р. № 607 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 52. – Ст. 2105.

¹² Протокол про внесення змін до Міжнародної конвенції про спрощення та гармонізацію митних процедур від 26 червня 1999 р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 71. – Ст. 2712.

Резюме

Рябченко О. П. Про особливості провадження у справах про порушення митних правил: сучасний стан правового регулювання.

Стаття присвячена виділенню особливостей провадження у справах про порушення митних правил, порівняно із провадженнями у справах про адміністративні правопорушення, та виділенню проблемних питань правового регулювання відповідних процесуальних відносин, які потребують нагального вирішення. Встановлено, що особливості провадження стосуються: підстав та процедур провадження, темпоральних характеристик, суб'єктів та учасників провадження, їх процесуального статусу, переліку адміністративних стягнень, які можуть бути накладені на порушників, застосування компромісу у формі мирової угоди. Наявність цих особливостей надала можливість віднести таке провадження до різновиду проваджень у справах про адміністративні правопорушення. Серед першочергових питань правового регулювання виділено проблему вдосконалення правового статусу посадових осіб, уповноважених складати протоколи та розглядати справи про порушення митних правил.

Ключові слова: провадження, порушення, митні правила, протокол, справа про правопорушення, адміністративна відповідальність.

Резюме

Рябченко Е. П. Об особенностях производства по делам о нарушении таможенных правил: современное состояние правового регулирования.

Статья посвящена выделению особенностей производства о нарушении таможенных правил по сравнению с производствами по делам об административных правонарушениях и выделению проблемных вопросов правового регулирования соответствующих процессуальных отношений, которые требуют первоочередного решения. Установлено, что особенности производства касаются: оснований и процедур, темпоральных характеристик, субъектов и участников производства, их процессуального статуса, перечня применяемых административных взысканий, применения компромисса в форме мирового соглашения. Наличие таких особенностей позволило назвать производство о нарушении таможенных правил разновидностью производства по делам об административных правонарушениях. Среди первоочередных вопросов правового регулирования выделена проблема совершенствования правового статуса должностных лиц, уполномоченных составлять протоколы и рассматривать дела о нарушении таможенных правил.

Ключевые слова: производство, нарушение, таможенные правила, протокол, дело о правонарушении, административная ответственность.

Summary

Ryabchenko O. On peculiarities of proceedings in cases on customs rules violation: the current state of legal regulation.

The article is devoted to selection of the features of proceeding on customs rules violation compared to the administrative offences proceeding, and to the allocation of relevant relationships legal regulation troubled issues that require urgent solutions. It is established that features of the proceeding include: grounds and procedures, temporally characteristics, the subjects and participants in the proceedings, their procedural status, the list of applicable administrative sanctions, the application of the compromise in the form of a settlement agreement. The presence of such features allowed to call the proceedings on customs rules violation as a kind of administrative offences proceeding. Among the priority legal regulation problems, there highlighted the problem of improving the legal status of officials authorized to draw up protocols and to consider cases on customs rules violation.

Key words: proceeding, infringement, customs regulations, protocol, offence case, administrative responsibility.

О. В. АНПІЛОГОВ

Олег Вікторович Анпілогов, кандидат юридичних наук, докторант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ВИЗНАЧЕННЯ І ХАРАКТЕРИСТИКА СУБ'ЄКТІВ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ТА ГАЛУЗЕВОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ УПРАВЛІННЯ РЕГІОНОМ: СУЧАСНІ НАУКОВІ ПІДХОДИ

Чітке встановлення елементів системи суб'єктів адміністративно-правового регулювання територіальної та галузевої організації управління регіоном з позицій їх визначення і характеристики як юридичних осіб публічного права має теоретичне і практичне значення, зважаючи на наступне. По-перше, виходячи з необхідності формування оптимальної моделі співвідношення функцій і компетенції органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування на засадах децентралізації у їх співвідношенні із деконцентрацією, що обумовлює визначення меж реалізації функцій, пам'ятаючи про мету функціонування відповідного органу. По-друге, враховуючи, що протягом останніх п'яти років декілька разів змінювався склад системи органів виконавчої влади, включаючи уведення до них військово-цивільних адміністрацій, відповідно Закону України «Про військово-цивільні адміністрації» від 3 лютого 2015 р. № 141-VIII¹. Така змінюваність інколи мала ситуативний характер, а відповідні пропозиції були сформовані у зв'язку із необхідністю вирішення поточних проблем функціонування виконавчої влади, що, у свою чергу, визначило існування проблем реалізації компетенції та здійснення взаємодії між органами виконавчої влади усередині системи органів та поза межами цієї системи.

На першій погляд, існування такої обставини, як ситуативний характер зміни складу системи органів виконавчої влади, лише побічно стосується виділеної проблеми характеристики суб'єктів організації управління регіоном як юридичних осіб публічного права. Проте надання такого статусу органам виконавчої влади дає змогу брати участь у правовідносинах з метою реалізації тих функцій, необхідність у яких обумовлює організаційні перетворення в системі органів виконавчої влади.

Питання щодо визначення і характеристики суб'єктів правовідносин, в тому числі адміністративних, аналізували С. І. Архіпов, С. С. Алексєєв, О. В. Бачун, С. О. Комаров Л. Є. Кисіль, К. Ю. Пуданс-Шушлебін та інші. Однак застосування підходу щодо характеристики суб'єктів територіальної та галузевої організації управління регіоном ще не було опрацьовано дослідниками.

Мета статті – обґрунтувати доцільність визначення і характеристики суб'єктів територіальної та галузевої організації управління регіоном як юридичних осіб публічного права

Серед аргументів, які доводять доцільність застосування підходу щодо виділення і характеристики суб'єктів організації управління регіоном, доцільно вказати і про необхідність забезпечення чіткого закріплення у чинному законодавстві статусу органів державної виконавчої влади як юридичних осіб публічного права.

Л. Є. Кисіль у цьому зв'язку правильно відзначала відсутність єдиного підходу у чинному законодавстві до статусу органів виконавчої влади як юридичних осіб публічного права, підстав їх виникнення і припинення. Вчена вказувала на визначення такого статусу тільки стосовно міністерств, інших центральних органів виконавчої влади в Законі України «Про центральні органи виконавчої влади». Разом з тим до системи органів виконавчої влади належать Кабінет Міністрів України, місцеві державні адміністрації².

Науковий підхід щодо характеристики статусу органів державної влади та органів місцевого самоврядування як юридичних осіб публічного права допомагає вирішити питання про критерії їх виокремлення у системі суб'єктів організації управління регіоном, що дозволяє, у свою чергу, сформулювати підхід до співвідношення і гармонізації функцій цих суб'єктів в умовах децентралізації, а також здійснити класифікацію суб'єктів.

Запропонований підхід є «вужчим» за прийнятий у науці адміністративного права, коли застосовується юридичні конструкції «суб'єкти адміністративного права», «суб'єкти адміністративно-правових відносин». Суб'єктами адміністративного права, як відомо, називають учасників суспільних відносин, які мають суб'єктивні права та виконують юридичні (суб'єктивні) обов'язки, встановлені адміністративно-правовими нормами. Суб'єкти адміністративно-правових відносин – фактичні (а не потенційні) носії правових зв'язків³.

Звернення до категорії «суб'єкт» обумовлює подальший аналіз наукового підходу О. В. Бачуна, який обґрунтовував сутність категорії «суб'єкт адміністративного судочинства». Авторський пошук дослідник спрямував, спираючись на базові категорії «суб'єкт права», «особа», сутність яких визначали теоретики права С. І. Архіпов, С. С. Алексєєв, С. О. Комаров та інші, а також вчені у галузі опрацювання основних положень теорії адміністративного процесу у частині визначення сутності категорії «суб'єкт адміністративного процесу», зокрема О. В. Кузьменко⁴. О. В. Бачун пропонує виділяти загальнотеоретичне та конкретно-юридичне значення категорії «суб'єкт адміністративного судочинства». Запропоновано у загальнотеоретичному значенні визначати сутність цієї категорії як юридичної абстракції і як реальної особи, яка має ознаки

правового визначення у відносинах з приводу захисту її прав, свобод та інтересів засобами адміністративного судочинства. У конкретно-юридичному значенні суб'єкт адміністративного судочинства постає індивідуалізованою особою – носієм прав та обов'язків у адміністративних процесуальних відносинах з приводу відправлення правосуддя адміністративними судами. Суб'єктом адміністративного судочинства постає особа, здатна вступати у такі відносини, реалізувати зазначені права та виконувати обов'язки⁵.

Наведений вище підхід був обґрунтований стосовно процесуальної категорії, яка позначає правове явище процесуального характеру, що визначило зв'язок суб'єктів адміністративного судочинства із процесуальними правовідносинами, поза якими такий суб'єкт не може існувати. Вказане означає, що категорія «суб'єкт адміністративного судочинства» має суто правове значення і за межами права має характер фікції. Правове значення мають і категорії «суб'єкт територіальної та галузевої організації управління регіоном», оскільки такий суб'єкт індивідуалізується у відповідних правовідносинах, поза межами яких суб'єктна індивідуалізація неможлива. Разом із тим визначення органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування шляхом застосування юридичної конструкції «юридичні особи публічного права» дає змогу врахувати особливості правового статусу вказаних суб'єктів як цілісних, автономних організаційних утворень, що відповідає системному сприйняттю місця й ролі кожного виділеного суб'єкта у публічно-правових відносинах.

Сучасний науковий доробок з адміністративного права і процесу представлений напрацюваннями, присвяченими встановленню сутності таких юридичних конструкцій, як «публічна адміністрація», «суб'єкт владних повноважень».

Категорія «публічна адміністрація» у наукових дослідженнях розкрита з позицій охоплення нею органів виконавчої влади, виконавчих органів місцевого самоврядування, а також державної служби та служби в органах місцевого самоврядування. Вчені відзначають підпорядкованість політичній владі організації і діяльності органів та установ, що позначаються терміном «публічна адміністрація» і забезпечення ними виконання закону й здійснення інших адміністративних функцій в публічних інтересах⁶. Терміни «публічне адміністрування» та «публічна адміністрація» застосовані як альтернативні термінам «державне управління» та «міське самоврядування», а публічне адміністрування визначене як діяльність публічної адміністрації⁷.

Наведений підхід допомагає підкреслити публічно-правовий характер діяльності публічної адміністрації та виділити наступні її ознаки: стосується здійснення адміністративних функцій виконавчої влади; мета діяльності – реалізація публічного інтересу.

Не заперечуючи в цілому проти запропонованого підходу, слід підкреслити, що категорія «публічна адміністрація» не індивідуалізована за суб'єктами, оскільки передбачає охоплення правових відносин, які не є однопорядковими: відносин у сфері виконавчої влади та державно-службових відносин. Крім того, виникають застереження стосовно положення про підпорядкованість виконавчих органів місцевого самоврядування публічній владі. Відповідно до ч.ч. 1, 3 ст. 140 Конституції України міське 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. Міське самоврядування здійснюється територіальною громадою в порядку, встановленому законом, як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування: сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи.

Конституційний Суд України у Рішенні від 18 червня 2002 р. № 12-рп/2002 у справі про об'єднання територіальних громад визначив територіальну громаду як жителів села, селища, міста чи добровільного об'єднання жителів кількох сіл у сільську громаду (п. 1 резолютивної частини)⁸.

Враховуючи вищезазначене, наведений підхід до розкриття сутності категорії «публічна адміністрація» не є остаточним і потребує подальшої конкретизації.

Пошук сутності категорії «публічна адміністрація» допомагає виділити науковий підхід О. В. Джафарової. Вчена запропонувала віднести до органів публічної адміністрації систему органів державної, насамперед виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, інші суб'єкти, які з метою реалізації публічного інтересу відповідно до закону чи адміністративного договору наділяються делегованими повноваженнями у всіх сферах функціонування суспільства, діяльність яких спрямована на реалізацію прав, свобод та законних інтересів певної групи або окремих осіб, що закріплені у Конституції України, забезпечення життя, здоров'я людини, безпеки навколишнього природного середовища та національних інтересів⁹. Отже, дослідниця відносить до органів публічної адміністрації широке коло суб'єктів, які реалізують публічні функції. Такий підхід дійсно дає змогу виокремити органи публічної адміністрації від інших суб'єктів публічно-правових відносин, зокрема – громадян, іноземців, осіб без громадянства, громадські організації, а також суди (адміністративні суди) тощо. Водночас виникає питання про сутність категорії «публічна адміністрація», адже категорія «органи публічної адміністрації» має похідний характер.

Генезис уособлення адміністративної діяльності від політичної у структурі державного управління досліджує Р. Т. Мухаєв. Результатом наукової розвідки стало формування ознак адміністративної діяльності та підходів до визначення публічної адміністрації. Так, вчений виділяє тенденцію виникнення ідеї про розділення політики і управління, що було обумовлене ліберальною уявою про роль держави як «нічного вартового» у гасях буржуазних революцій XVII–XVIII століть. Згодом ця ідея була втілена у доктринах юридичної особи публічного права та сприйнята не тільки у Франції, а й іншими державами Європи. Вчений звертає увагу на визнання необхідності конституювання державного управління як самостійного виду адміністративної діяльності в кінці XIX ст. у США та Великій Британії. Розділення політики та управління як новий підхід до управлінської діяльності держави полягає у самостійному вивченні політичного управління,

здійснюваного парламентом та іншими представницькими установами, та державного адміністрування (адміністративної влади) у особі урядових установ. Підкреслено вимоги професійності, політичної незалежності адміністративної влади¹⁰.

Наведені положення щодо генезису формування підходу до особливостей управління державними справами в частині розділення політичної та адміністративної (управлінської) складових покладено в основу визначення публічної адміністрації.

Р. Т. Мухаєв називає державне адміністрування діяльністю щодо забезпечення виконання політичних рішень, яка здійснюється спеціально підготовленими фахівцями, зайнятими у структурах управління. Поняттям «публічна адміністрація» (*administration publique, administration publica, public administration* тощо) охоплено органи та установи, які здійснюють державне адміністрування, а також форми і акти діяльності службовців цих органів. Вчений зазначає, що цей термін був розроблений в теорії адміністративно-державного управління Франції, а згодом прийнятий адміністративно-державною наукою більшості держав світу. Разом із тим остаточного підходу до визначення його змісту ще не опрацьовано. Найбільш поширеною є структурно-функціональна інтерпретація публічної адміністрації як сукупності органів, установ та організацій, що здійснюють адміністративні функції. За таким підходом дослідження публічної адміністрації пов'язане із характеристикою різних ланок державного управління (С. Файнер). Інші дослідники (А. Меркль, І. Чепел) визначають публічну адміністрацію як власне адміністративну діяльність, що здійснюється у суспільних інтересах. Ще одне значення терміна «публічна адміністрація» пов'язане із використанням його для позначення сфери управління «публічним сектором». Р. Т. Мухаєв пропонує об'єднати усі названі підходи, зважаючи на те, що вони не суперечать одне одному, але характеризують різні сторони публічної адміністрації¹¹.

Не ставлячи за мету доведення доцільності застосування того чи іншого підходу до визначення сутності терміна «публічна адміністрація» або ж інтегративного підходу, який пропонує застосовувати Р. Т. Мухаєв, тим не менше слід вказати про два принципових моменти.

Передусім необхідно виділити наукове надбання у напрямі розділення політичної та адміністративної складових в управлінні державними справами, яке сформувалося внаслідок розвитку ліберальних поглядів на державне управління та подальше їх закріплення у конституціях більшості європейських держав. Такий підхід надзвичайно важливий з позицій усунення політичної складової у територіальній та галузевій організації управління регіоном. Наявність політичної складової позначається на чисельних змінах структури системи органів виконавчої влади, засадах взаємовідносин між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування з питань організації управління регіоном, визначенні пріоритетів державної політики щодо розвитку регіонів. Адміністративна діяльність має бути позбавлена політики, а тому будуватись на засадах впливу норми права, у суворій відповідності до Конституції та законів України.

Адміністративна діяльність (або державне адміністрування) являє собою підзаконну, організаційну, упорядковуючу діяльність уповноважених органів, установ та організацій, спрямованих на забезпечення виконання політичних рішень і жодним чином такі рішення не підміняє. Тож ключовими ознаками адміністративної діяльності мають виступати: підзаконний характер, цілеспрямованість, організаційна та упорядковуюча сутність. Ці ключові ознаки мають значення для характеристики функціонування публічної адміністрації як сукупності суб'єктів адміністративної діяльності, форм і методів їх функціонування.

Наступним моментом, що логічно пов'язаний із вказаним вище, виступає та обставина, що розгляд суб'єктів територіальної і галузевої організації управління регіоном має відбуватись з урахуванням підзаконного характеру їх діяльності, що спрямована на реалізацію державної регіональної політики. З цією метою мають бути прийняті управлінські рішення суб'єктів організації управління регіоном, а їх діяльність повинна здійснюватись у формах і методами, які дозволяють здійснити таку реалізацію. Власне, останнє і виступає критерієм визначення об'єктивності та доцільності існування того чи іншого суб'єкта організації управління регіоном.

Системне дослідження сутності терміна «суб'єкт владних повноважень» здійснила К. Ю. Пуданс-Шушлебін¹². Спираючись на результати порівняльного аналізу зарубіжного досвіду щодо законодавчого визначення суб'єкта владних повноважень як відповідача у справах адміністративної юрисдикції, вона пропонує застосування функціонального критерію визначення владної сторони публічно-правового спору. Такий підхід дав змогу запропонувати заміну у Кодексі адміністративного судочинства України поняття «суб'єкт владних повноважень» на «орган публічної влади» та визначити його як суб'єкта загальнодержавного або місцевого рівня, який у публічно-правових відносинах діє в межах, наданих йому законом, або в порядку делегування публічно-владних повноважень щодо правового регулювання, надання адміністративних послуг, здійснення нагляду та контролю, а також здійснення інших виконавчо-розпорядчих повноважень щодо вирішення питань про права, свободи та інтереси фізичних і юридичних осіб¹³.

Хоча наведені вище положення обґрунтовані К. Ю. Пуданс-Шушлебіню стосовно процесуальної категорії – відповідача у справі адміністративної юрисдикції, однак запропонована юридична конструкція стосується ідентифікації органу державної виконавчої влади, органу місцевого самоврядування у публічно-правових відносинах як суб'єкта, уповноваженого здійснювати функції владного характеру, які передбачають наділення виконавчо-розпорядчими повноваженнями, власними чи делегованими. Водночас термін «орган публічної влади» не дає змоги повною мірою охопити запропонованими дослідницею ідентифікуючі ознаки, оскільки категорія «публічний» позначає діяльність не тільки органів державної виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, а й Верховної Ради України, судів, прокуратури та інших суб'єктів, які реалізують публічні функції, пов'язані із реалізацією публічного інтересу, діяльністю держави.

Наведена наукова дискусія стосовно новелізації термінології науки адміністративного права і процесу свідчить про активний пошук науковцями універсального терміна, яким можна було би позначити суб'єкти, що реалізують адміністративні функції. Однак адміністративні функції реалізують не тільки органи виконавчої влади, а й їх структурні утворення – відповідні департаменти, відділи, відділення. У зв'язку з цим ідентифікаційний аспект наведених категорій – «суб'єкт адміністративного права», «суб'єкт адміністративно-правових відносин», «суб'єкт владних повноважень», «публічна адміністрація» врахований недостатньо. Вказаними категоріями, виходячи з наведених положень, сформульованих вченими, позначено певні органи, їх структурні утворення, які потенційно можуть брати участь або реально (фактично) беруть участь у адміністративно-правових відносинах (матеріальних або процесуальних). Поряд із цим їх характеристика як юридичних осіб публічного права дає змогу виділити їх організаційну автономію та специфіку використання майна. Вказане стосується характеристики суб'єктів адміністративно-правового регулювання територіальної та галузевої організації управління регіоном як юридичних осіб публічного права, що допомагає вирішити питання про критерії їх виокремлення у системі суб'єктів організації управління регіоном і сприяє визначенню оптимального співвідношення й гармонізації функцій цих суб'єктів в умовах децентралізації, здійсненню класифікації суб'єктів, встановленню наявності чи відсутності правових можливостей їх створення, реорганізації та ліквідації.

¹ Про військово-цивільні адміністрації : Закон України від 3 лютого 2015 р. № 141-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 13. – Ст. 87.

² Кисіль Л. Є. Теоретичні питання адміністративної правосуб'єктності органів виконавчої влади / Л. Є. Кисіль // Адміністративне право України: стан і перспективи розвитку. VI Міжнародна науково-практична конференція : зб. наукових праць (м. Київ, 23–24 вересня 2011 р.) / ред. колегія: О. Ф. Андрійко (голова), В. П. Нагребельний, А. А. Пухтецька (відп. секр.), Л. Є. Кисіль, Ю. С. Педько, Н. В. Хорошак, В. А. Дерезь, А. В. Кірмач, Л. В. Люлька. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2011. – 600 с. – С. 190–191.

³ Адміністративне право України. Академічний курс : підруч. : у 2 т. / ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова) та ін. – К. : Видавництво «Юридична думка», 2007. – Т. 1: Загальна частина. – 592 с. – С. 183–184.

⁴ Бачун О. В. Правовий статус суб'єктів адміністративного судочинства / О. В. Бачун ; за наук. ред. А. О. Селіванова. – 2-ге наук.-практ. вид. із змінами і доп. – К. : Логос, 2014. – 133 с.

⁵ Там само.

⁶ Курс адміністративного права України : підруч. / В. К. Колпаков та ін. ; ред. В. В. Коваленка. – К. : Юрінком Інтер, 2012. – 808 с. – С. 54.

⁷ Там само. – С. 179–218.

⁸ У справі за конституційним поданням 45 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 140 Конституції України (справа про об'єднання територіальних громад) : рішення Конституційного Суду України від 18 червня 2002 р. № 12-рп/2002 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 26. – Ст. 1233.

⁹ Джафарова О. В. Дозвільна діяльність органів публічної адміністрації в Україні: питання теорії та практики: моногр. / О. В. Джафарова. – Х. : Диска плюс, 2015. – 688 с. – С. 52.

¹⁰ Мухаев Р. Т. Система государственного и муниципального управления : учебник для студентов вузов, обучающихся по специальностям «Государственные и муниципальные финансы», «Юриспруденция», «Политология» / Р. Т. Мухаев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2010. – 687 с. – С. 154–155.

¹¹ Там само. – С. 156–157.

¹² Пуданс-Шушлебін К. Ю. Суб'єкт владних повноважень як відповідач у справах адміністративної юрисдикції : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Пуданс-Шушлебін Крістіна Юрісівна / Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2013. – 212 с.

¹³ Там само. – С. 8–9.

Резюме

Анпілогов О. В. Визначення і характеристика суб'єктів територіальної та галузевої організації управління регіоном: сучасні наукові підходи.

Стаття присвячена обґрунтуванню доцільності визначення і характеристики суб'єктів територіальної та галузевої організації управління регіоном як юридичних осіб публічного права. Опрацьовано існуючі сучасні наукові підходи щодо визначення єдиного терміна, яким має бути позначений суб'єкт, що реалізує адміністративні функції. Значну увагу приділено науковим напрацюванням щодо проблематики визначення юридичних осіб публічного права. У контексті дослідження аналізуються наукові підходи щодо визначення поняття «публічна адміністрація», а також стосовно розмежування таких понять, як державне управління та політична діяльність. Доведено, що підхід, за яким суб'єкт, який реалізує адміністративні функції, характеризується як юридична особа публічного права, дає змогу виділити його організаційну автономію та специфіку використання майна. Підкреслено необхідність забезпечення чіткого закріплення у чинному законодавстві статусу органів державної виконавчої влади як юридичних осіб публічного права.

Ключові слова: територіальна організація управління, галузева організація управління, орган виконавчої влади, суб'єкт, юридична особа публічного права.

Резюме

Анпілогов О. В. Определение и характеристика субъектов территориальной и отраслевой организации управления регионом: современные научные подходы.

Статья посвящена обоснованию целесообразности определения и характеристики субъектов территориальной и отраслевой организации управления регионом как юридических лиц публичного права. Проанализированы современные научные подходы к

определению единого термина, которым должен обозначаться субъект, реализующий административные функции. Значительное внимание уделено научным работам по проблематике определения юридических лиц публичного права. В контексте исследования анализируются научные подходы к определению понятия «публичная администрация», а также относительно разграничения таких понятий, как государственное управление и политическая деятельность. Доказано, что подход, согласно которому субъект, реализующий административные функции, характеризуется как юридическое лицо публичного права, позволяет выделить его организационную автономию и специфику пользования имуществом. Подчеркнута необходимость обеспечения чёткого закрепления в действующем законодательстве статуса органов исполнительной власти как юридических лиц публичного права.

Ключевые слова: территориальная организация управления, отраслевая организация управления, орган исполнительной власти, субъект, юридическое лицо публичного права.

Summary

Anpilogov O. Determination and characterization of the regional governance territorial and branch organizations entities: modern scientific approaches.

The article is devoted to substantiation of expediency of regional management territorial and branch organizations subjects definition and characteristics as public law legal entities. The author analyses modern scientific approaches to the definition of a single term which shall be the entity that implements the administrative functions. Considerable attention is paid to scientific developments on the issue of public law legal persons determining. In the context of the study there analyzes the scientific approaches to the «public administration» definition, and concerning the «state governance» and «political activity» concepts delimitation. It is proved that the approach according to which the entity implements the administrative functions, characterized as public law legal entity, allows to select organizational autonomy and the property use specificity. The need for clearly establishing in the legislation the Executive authorities status as public law legal entities is highlighted.

Key words: territorial organization management, branch management organization, the Executive authority, subject, public law legal entity.

УДК 346.7

О. М. ОХОТНИКОВА, А. В. ЩАВА

Олена Миколаївна Охотнікова, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана

Аліна Володимирівна Щава, магістр права Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ПРОМИСЛОВОЮ ВЛАСНІСТЮ НА ШЛЯХУ ДО ІННОВАЦІЙНОЇ МОДЕЛІ РОЗВИТКУ ЕКОНОМІКИ

Визначальним чинником розвитку світової економіки у сучасних умовах є процес глобалізації. Внаслідок цього конкурентна боротьба виробників є не лише «внутрішнім» питанням національної економіки, а набула міжнародного масштабу. Уряд кожної країни заінтересований у підвищенні конкурентоспроможності національного товаровиробника, ключовим елементом на шляху до чого є державне сприяння розвитку інноваційних процесів. Для України питання перебудови національної економіки гостро стояло вже багато років, а з підписанням у 2014 р. Угоди про асоціацію з ЄС запровадження реальних перетворень в державному регулюванні економіки стало об'єктивною необхідністю.

Реалізація вказаних питань вимагає формування державної економічної політики, яка була б спрямована на інноваційні зрушення в економіці та стимулювала інноваційну активність національних підприємств.

Питання державного управління та його взаємозв'язку з інноваційними процесами в економіці були предметом досліджень багатьох вітчизняних науковців, серед яких: С. С. Арутюнян, О. М. Батрак, Н. В. Даник, В. А. Здір, Г. В. Кирилюк, П. П. Крайнів, Т. С. Мілевська, Н. О. Можаровська та ін.

Досліджуючи проблеми формування інноваційної системи в Україні, науковці визначають важливі передумови їх подолання. Зокрема, Н. О. Можаровська вказує про необхідність підвищення ролі держави у технологічному оновленні, системи податкових і кредитних пільг для інновацій, фінансування трансферу технологій. Т. С. Мілевська говорить про важливість державного фінансування досліджень у сфері фундаментальних наук, високого рівня викладання в університетах, підтримки прикладних досліджень і розробок з боку бізнесу. При цьому вона зазначає, що для розвитку інноваційної системи України необхідним є поєднання досвіду традиційних та альтернативних моделей інноваційного розвитку¹.

Ми підтримуємо зазначені погляди науковців та вважаємо, що крім вказаних елементів рушійними силами на шляху до розвитку інноваційної моделі економіки є залучення в господарський обіг інтелектуальних ресурсів, комерціалізація об'єктів промислової власності, освоєння передових технологій. Саме це, на

нашу думку, є квінтесенцією інноваційних зрушень в економіці будь-якої держави. Внаслідок цього безпосереднього значення для переходу нашої держави до інноваційної моделі розвитку економіки набуває характер державного управління промисловою власністю та рівень правового регулювання відносин, що виникають в процесі створення й використання об'єктів промислової власності.

Виявлення закономірностей впливу управління промисловою власністю на розвиток інноваційних процесів не було достатньо досліджено у вітчизняній доктрині. Тому **метою** даної статті є аналіз взаємозв'язку та ролі державного управління промисловою власністю для побудови інноваційної моделі розвитку національної економіки. Досягнення поставленої мети є можливим через розв'язання наступних завдань: дослідження закономірностей впливу державного управління промисловою власністю на розвиток інноваційних процесів в економіці, виявлення недоліків державного управління у сфері промислової власності та пошук шляхів їх усунення.

Світовий досвід переконливо свідчить, що перехід до інноваційної моделі розвитку економіки можливий лише за умови ефективного використання інтелектуального потенціалу, розвитку інституту інтелектуальної власності, широкомасштабного впровадження в господарській обіг результатів інтелектуальної, творчої праці². Це є можливим насамперед завдяки створенню налагодженої системи державного управління промисловою власністю, в рамках якої забезпечувалися б гарантії охорони прав патентовласників на рівні міжнародних стандартів, можливості економічно ефективного використання об'єктів промислової власності та стимулювання підприємств на впровадження інноваційних технологій у своєму виробництві.

В Україні правова охорона промислової власності за радянських часів була на дуже низькому рівні. Ця обставина негативно позначилась на рівні захищеності результатів творчої праці науково-технічних працівників у вітчизняних організаціях і багато в чому обумовила падіння творчої активності³. Після набуття Україною незалежності було здійснено багато важливих кроків з розробки та прийняття нормативних актів стосовно охорони промислової власності, які б відповідали міжнародним стандартам у цій сфері. Зокрема, було прийнято Закон України «Про власність», який встановив два важливих положення: 1) результати інтелектуальної діяльності є об'єктами права власності; 2) дав приблизний перелік результатів інтелектуальної діяльності, яким надається правова охорона передусім цим Законом⁴. Указом Президента України від 18 вересня 1992 р. було затверджено Тимчасове положення про правову охорону об'єктів промислової власності та раціоналізаторських пропозицій в Україні. Важливе значення мало прийняття Закону України «Про основи державної політики в сфері науки і науково-технічної діяльності» від 13 грудня 1991 р., метою якого було створення правових основ державної політики у сфері науки і науково-технічної діяльності, та основні засади якого було покладено в основу Закону України «Про науково-технічну інформацію» від 25 червня 1993 року. Крім того, було прийнято пакет законів з промислової власності, серед яких Закони України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», «Про охорону прав на промислові зразки», «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», «Про охорону прав на сорти рослин». На сьогодні ці закони, до яких з часу їх прийняття було внесено ряд законодавчих змін, становлять основу правового регулювання промислової власності у нашій державі.

Однак, незважаючи на активну правотворчу роботу, проведену у даній сфері, національна система управління промисловою власністю залишається недосконалою, про що свідчить інтелектуальна міграція українців, дуже низькі позиції України в міжнародних рейтингах країн за рівнем охорони інтелектуальної власності, недостатня інноваційна активність вітчизняних підприємств.

Однією з важливих передумов ефективного державного управління промисловою власністю є налагоджена організаційна структура уповноважених органів. Відповідно до Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р., незалежно від політичного й економічного устрою держави, за реалізації державної політики у сфері промислової власності необхідно утворити спеціалізовану установу – патентне відомство. На сьогодні організація системи управління промисловою власністю в Україні має значні недоліки, а сама структура органів не відповідає тій структурі, що є загальноприйнятною серед розвинених країн світу. Функції патентного відомства, як свідчить досвід більшості країн світу, виконує один орган, що наділений досить широким колом повноважень: від експертизи та реєстрації об'єктів промислової власності до захисту прав їх власників та сприяння комерціалізації даних об'єктів. В Україні функції патентного відомства частково виконують: Міністерство освіти і науки України; Державна служба інтелектуальної власності України, до сфери управління якого віднесено ДП «Український інститут промислової власності» (Укрпатент) та ДП «Інтелзахист». Такий несистемний підхід у побудові структури органів призводить до законодавчих колізій у визначенні їх функцій, відсутності координації між ними. Крім того, Державна служба інтелектуальної власності наділена повноваженнями у сфері державного управління та охорони авторського права та суміжних прав, що вказує на невідповідність даного органу усталеному у світі поняттю патентного відомства.

На нашу думку, в Україні має бути створено самостійне патентне відомство, наділене широкими повноваженнями у сфері управління та захисту промислової власності. Для цього необхідно реорганізувати ДСІВ і Укрпатент, утворивши єдиний орган шляхом об'єднання їх функцій та передати функції з управління авторським правом та суміжними правами окремому спеціалізованому органу – Українському агентству з авторських та суміжних прав, відділивши його від сфери управління ДСІВ.

Також вимагає удосконалення система судового захисту і судових експертиз об'єктів промислової власності. Далеко не в усіх господарських судах запроваджено відповідну спеціалізацію і налагоджено систему навчання та підвищення кваліфікації суддів, які забезпечують вирішення спорів, пов'язаних з дотриманням

прав інтелектуальної власності. При цьому, на нашу думку, створення спеціалізованих судів, які б розглядали справи з питань інтелектуальної власності, про що вже давно дискутують науковці, не є обґрунтованою необхідністю. Більш актуальним є питання забезпечення належного рівня фахової підготовки суддів, працівників органів МВС, СБУ, державної фіскальної служби та інших спеціалістів, діяльність яких пов'язана з відносинами інтелектуальної власності. Оскільки розгляд більшості спорів про порушення прав інтелектуальної власності має місце в господарських судах, ми вважаємо, що в кожному діючому господарському суді має бути запроваджена обов'язкова спеціалізація зі здійснення провадження щодо даної категорії справ. У зв'язку з цим ст. 18 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» необхідно доповнити положенням про обов'язкове обрання не менше двох суддів, які мають відповідну кваліфікацію для розгляду спорів щодо порушення прав інтелектуальної власності.

Важливою складовою в системі державного управління промислової власності є діяльність митних органів з недопущення та припинення правопорушень в даній сфері, що здійснюються під час перетину товарами митного кордону країни. Дані правопорушення (імпорт, експорт контрафактних товарів) є одними з найпоширеніших порушень прав інтелектуальної власності. Тому необхідним кроком для їх попередження й виявлення, на нашу думку, поряд із забезпеченням належної фахової підготовки працівників, має стати розширення структурного підрозділу митних органів з питань захисту прав інтелектуальної власності.

Все це потребує розроблення відповідної державної політики та забезпечення належної координації органів державного управління.

Аналіз структури капіталу найбагатших корпорацій у світі свідчить про те, що якщо раніше (у 50–70-х роках минулого століття) основою їх капіталу були матеріальні активи у вигляді значних за розмірами об'єктів нерухомості, засобів виробництва тощо, то з 90-х років основу капіталу найбільших світових корпорацій становлять саме нематеріальні активи – патенти на винаходи, промислові зразки; торговельні марки; технології ноу-хау, гудвіл. Про розуміння важливості розробки та впровадження у виробництво наукових досягнень свідчить значне збільшення видатків на наукові дослідження таких компаній, як «Дженерал Моторс», «Майкрософт», «Інтел», «ІВМ», «Форд» тощо.

Яким же чином державне управління промисловою власністю впливає на процеси інноваційної діяльності? Інтелектуальна власність, на наше переконання, є підґрунтям інноваційних зрушень в економіці інформаційного суспільства, становлення якого ми спостерігаємо сьогодні. Найяскравіше даний взаємозв'язок простежується за традиційної моделі інноваційного розвитку. Це модель повного інноваційного циклу – від формування інноваційної ідеї до масового виробництва готового продукту. Як правило, ця модель містить у собі всі компоненти структури інноваційної системи: фундаментальну й прикладну науку, дослідження і розробки, виробництво дослідного зразка і масове виробництво, а також різних типів структури експертизи, фінансування і відтворення кадрів. Найкращим прикладом традиційної моделі є національна інноваційна система США.

Основою функціонування національної інноваційної системи в США є університети, інститути вищих досліджень, державні лабораторії, дослідницькі корпорації та дослідницькі структурні підрозділи всередині окремих корпорацій. Така наукова та інноваційна активність в США підтримується державою через діяльність державних науково-дослідних центрів, через державне фінансування, стимулювання інноваційної активності підприємств завдяки забезпеченню патентної охорони їх досягнень.

Серед відмінностей в системах державного управління промисловою власністю США та України є:

1. Значно вищі, порівняно з вітчизняним законодавством, суми штрафів у випадку порушення прав патентовласників. У разі «зловмисного порушення» (*willful infringement*) стягнення за заподіяну шкоду відбувається в потрійному розмірі.

2. Порушення патенту в США прийнято поділяти на прямі (*direct*) й допоміжні (*contributory*). Останні, наприклад, спостерігаються тоді, коли якась особа свідомо постачає компоненти безпосередньому порушникові, знаючи, що той використовує їх з метою порушення патенту⁵.

3. Більш надійний судовий захист отриманих патентів: американський суд скоріше стане на бік патентовласника, ніж його опонента, що робить патент особливо сильним інструментом ринкової боротьби саме в межах американської правової системи.

Інноваційна діяльність вимагає значних капіталовкладень для підприємств, тому гарантії захисту патентних прав мають насамперед економічний характер. Надійний захист патентних прав в США та досить проста процедура патентування сприяли заохоченню американських підприємств здійснювати наукові дослідження та розробки, впроваджувати їх у виробництво. Протягом багатьох років США очолює рейтинг країн за кількістю виданих патентів.

Отже, за умов орієнтації економічної політики держави на модель інноваційного розвитку основними завданнями державного управління промисловою власністю мають стати:

- сприяння комерціалізації об'єктів промислової власності;
- гармонізація відносин між державою, наукою і бізнесом в інтересах розвитку високих технологій;
- забезпечення оптимального співвідношення державного управління та ринкових механізмів для активізації інноваційних процесів;
- створення розгалуженої інфраструктури ринку промислової власності;
- гарантування ефективної системи захисту прав на об'єкти промислової власності від незаконних посягань.

Вказані завдання, на нашу думку, мають бути покладені на реорганізоване патентне відомство, а його функції не повинні вичерпувати себе на етапі видачі охоронного документа, як це можна спостерігати зараз.

Численні колізії, прогалини, недосконалість юридичної техніки в системі законодавства, що регулює питання охорони та захисту об'єктів промислової власності й досі, не зважаючи на досить активну правотворчу діяльність в даній сфері, справляють значний негативний вплив на рівень їх правової охорони та, як наслідок, на рівень інноваційної діяльності в нашій країні. Серед змін, які, на нашу думку, є необхідними для подолання таких несприятливих тенденцій, потрібно виділити наступні:

1) усунення протиріч між нормами ЦК України та ГК України з нормами спеціального законодавства. Зокрема,

– у п. 3 ст. 156 ГК України усунути невідповідність вказаних способів використання винаходів, промислових зразків, корисних моделей положенням Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (п. 2 ст. 28) та Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» (п. 2 ст. 20), виклавши п. 3 ст. 156 ГК України в наступній редакції: «Способи та порядок використання винаходу, корисної моделі чи промислового зразка у сфері господарювання визначаються спеціальним законодавством України»;

– усунути колізію (про яку неодноразово згадувалося юристами, однак яка досі залишається невиправленою) між ст. 429 ЦК та ст. 9 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» і ст. 8 «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», а саме, визначити в законах, що право на службові винаходи (корисні моделі і промислові зразки відповідно), зокрема право на одержання патенту, належить працівнику, який його створив та роботодавцю спільно, як це вказано в ЦК України;

2) поняття «винаходу», що міститься в ст. 1 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» необхідно, на нашу думку, викласти у наступній редакції: «– це результат інтелектуальної діяльності людини в будь-якій сфері технології, що відповідає умовам надання правової охорони, визначеним цим Законом»;

3) з метою оптимізації діяльності ДСІВ під час здійснення процедури реєстрації промислових зразків, на нашу думку, доцільним є усунення обмеження, що міститься у ч. 3 ст. 11 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» щодо так званої «вимоги єдності». Необхідно надати можливість заявникам здійснювати множинну реєстрацію, тобто реєстрацію декількох промислових зразків за однією заявкою в межах одного класу МКПЗ, як це визначено у ч. 4 ст. 5 Гаазької угоди про міжнародну реєстрацію промислових зразків. А також надати заявнику право на поділ такої заявки у необхідних випадках.

Дані зміни є далеко неповним переліком кроків на шляху удосконалення державного управління промисловою власністю. Тому порушені в даній роботі питання мають стати предметом подальших наукових досліджень з метою підготовки та впровадження необхідних ефективних змін в даній сфері. Адже саме наявність ефективної налагодженої системи державного управління промисловою власністю є ключовим елементом для стимулювання інноваційної діяльності в країні та досягнення прогресу в усіх галузях економіки.

¹ Мілевська Т. С. Моделі інноваційного розвитку економіки / Т. С. Мілевська // Бізнес Інформ. – 2012. – № 7. – С. 44–47 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/binf_2012_7_11

² Можаровська Н. О. Проблеми формування та реалізації національної інноваційної системи України / Н. О. Можаровська // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 3. – С. 203–207. – С. 203.

³ Крайнев П. П. Формування системи управління промисловою власністю : автореф. дис. ... канд. екон. наук : спец. 08.06.01 «Економіка, організація і управління підприємствами» / П. П. Крайнев. – К., 2002. – 15 с. – С. 3.

⁴ Солошенко П. В. Система державного управління інтелектуальною власністю в Україні / П. В. Солошенко, А. З. Шайхатдінов // Теоретичні і практичні аспекти економіки та інтелектуальної власності : зб. наук. праць : у 3-х т. / ПДТУ. – Маріуполь, 2011. – Т. 1. – С. 187–193. – С. 188.

⁵ Дахно І. І. Право інтелектуальної власності : навч. посіб. / І. І. Дахно ; 2-ге вид., перероб. і доп. – К. : Центр навчальної літератури, 2006. – 278 с. – С. 21.

Резюме

Охотнікова О. М., Шава А. В. Правові аспекти державного управління промисловою власністю на шляху до інноваційної моделі розвитку економіки.

Стаття присвячена аналізу взаємозв'язку та ролі державного управління промисловою власністю для побудови інноваційної моделі розвитку економіки. На підставі проведеного дослідження сформульовано пропозиції щодо внесення законодавчих змін, спрямованих на удосконалення державного управління у сфері промислової власності.

Ключові слова: державне управління, промислова власність, інноваційна модель розвитку економіки.

Резюме

Охотнікова Е. Н., Шава А. В. Правовые аспекты государственного управления промышленной собственностью на пути к инновационной модели развития экономики.

Статья посвящена анализу взаимосвязи и роли государственного управления промышленной собственностью для построения инновационной модели развития экономики. На основании проведенного исследования сформулированы предложения по внесению законодательных изменений, направленных на совершенствование государственного управления в сфере промышленной собственности.

Ключевые слова: государственное управление, промышленная собственность, инновационная модель развития экономики.

Summary

Ohotnikova O., Shchava A. Legal aspects of state governance of industrial property as a way to create innovative model of economic development.

The article is devoted to the analysis of the role state governance may play to help create an innovative model of economic development. In order to improve the state governance of industrial property the proposals for legislation changes have been given under this research.

Key words: state governance, industrial property, innovative model of economic development.

УДК 342.97

О. В. РАКУЛ

Оксана Володимирівна Ракул, кандидат юридичних наук, здобувач Національної академії внутрішніх справ

АКТУАЛІЗАЦІЯ УЧАСТІ ГРОМАДСЬКИХ ОБ'ЄДНАНЬ У ФОРМУВАННІ ФІСКАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ В УКРАЇНІ

Залучення громадськості до питань формування фіскальної політики є досить новою проблематикою для України. Демократизація системи місцевого управління та прозорість прийняття рішень на місцях активно підтримується в Україні шляхом реалізації різноманітних проектів розвитку, що фінансуються багатосторонніми, двосторонніми донорами та міжнародними неурядовими організаціями¹. Зважаючи на те, що держава уповноважує місцеву владу забезпечувати населення певним набором суспільних благ з урахуванням особливостей місцевого або регіонального характеру, побудова фіскальної політики держави має відбуватись з урахуванням фіскальних інтересів місцевого рівня. Тому формування та реалізація ефективної фіскальної політики держави можливі лише за умови оптимізації цього процесу на рівні територіальної громади. Водночас розробити та реалізувати в певній територіальній громаді таку фіскальну політику, в якій було б враховано її актуальні потреби та інтереси, можливо лише за умов спільної праці представників органів місцевого самоврядування та громадських об'єднань. Тому в контексті ефективного залучення громадян у процес формування та реалізації фіскальної політики держави діяльність громадських організацій має ключове значення.

Окремих аспектам участі громадських організацій у формуванні фіскальної політики приділяли увагу як вітчизняні, так і іноземні науковці, зокрема: В. М. Бесчастний, О. В. Голинська, І. В. Литвинчук, І. З. Сторонянська, І. Я. Ткачук.

Проте питання участі об'єднань громадян у формуванні та реалізації фіскальної політики висвітлені недостатньо. Зокрема, не систематизовано інформацію щодо форм участі об'єднань громадян у досліджуваному процесі.

Метою статті є визначення найбільш оптимальних форм участі громадськості у формуванні фіскальної політики окремої територіальної громади та держави в цілому. Підвищення ролі громадян у розробці місцевої політики характерне для кращих європейських практик управління територіями. Це відбувається не лише через делегування повноважень обраним представникам, а й через різноманітні інструменти безпосереднього залучення громад. При цьому відповідно до запропонованого у Кодексі кращих практик громадської участі у процесі прийняття рішень Ради Європи найбільш оптимальним є залучення їх у таких формах²:

– консультації – обговорення представниками громади разом з представниками органів державної влади проблем громади та шляхів їх вирішення. Зазначене допоможе місцевій владі зібрати та узагальнити позиції представників громади з різних питань. Консультації можуть відбуватись у формі громадських слухань, експертних семінарів, комітетських зустрічей, конференцій, роботи фокус-груп у конкретних секторах тощо. Питання, заплановані для обговорення у формі діалогу, зазвичай, визначаються органами державної влади;

– діалог – використовується для виявлення думки громади із загальних питань, які не стосуються конкретних проектів. Широкий діалог, як правило, не пов'язаний з конкретним питанням, але він дає можливість органам влади обговорити з громадськими організаціями загальні питання, які стосуються життєдіяльності громади. За результатами проведення широкого діалогу доцільним є організація діалогу-співпраці, який є більш сфокусованим та будується навколо специфічного питання, сформульованого за результатами широкого діалогу. Особливістю діалогу, як форми співпраці органів державної влади з представниками громади, є те, що питання, які пропонуються до діалогу, можуть бути окреслені як органами державної влади, так і представниками громади, у тому числі громадськими організаціями.

Водночас, на думку опитаних респондентів (представників громадських об'єднань), доцільним є участь громадськості у досліджуваному процесі у наступних формах: дискусії у фокус-групах; теледебати, які

мають супроводжуватись інтерактивним голосуванням; окремі громадські слухання щодо доцільності та обсягів спрямування публічних коштів на окремі цілі.

Слід зазначити, що найбільш активною має бути участь громадських об'єднань на етапі формування фінансової політики. Дискусія у фокус-групі щодо розв'язання певних завдань дає можливість виробити загальні підходи з цього приводу, а чинний на сьогодні програмно-цільовий метод бюджетного планування створює передумови для перерозподілу бюджетних коштів на користь актуальних на певний період часу бюджетних програм. Обговорення перспектив фінансування визначених бюджетних програм у заінтересованих фокус-групах, до складу яких входять представники громадських об'єднань, забезпечує ефективність їх виконання, адже при цьому висловлюється думка представників громади щодо певної проблематики та шляхів її вирішення з використанням публічних коштів.

Крім перерахованих форм участі громадських об'єднань у формуванні фінансової політики окремої громади, а відтак і держави в цілому, є також і інші форми, зокрема:

- створення системи регулярних суспільних обговорень певних проблем;
- участь у відкритих слуханнях, які проводяться виконавчою владою;
- делегування представників до комісій та рад органів влади, які приймають певні рішення з питань, що утворюють окремі складові фінансової політики, а також їх участь у вивченні та вирішенні проблем;
- незалежний аналіз певної проблематики (так звана «суспільна експертиза») та розроблення пропозицій щодо механізму її вирішення, а також адаптація проблематики і запропонованих шляхів її вирішення;
- регулярний комплексний незалежний аналіз проблемних процесів, які виникають у суспільстві;
- постійна співпраця із засобами масової інформації регіонального рівня (наприклад, запровадження окремої рубрики, присвяченої проблемам громади та висловлюванню пропозицій щодо їх вирішення);
- звернення до депутатів та представників виконавчої влади;
- організація зустрічей громади з представниками влади;
- ініціювання та використання результатів соціологічних досліджень, які висвітлюють суспільну думку та інтереси населення, з метою впливу на вирішення владою актуальних проблем;
- запровадження громадських приймалень та «гарячих телефонів», з метою накопичення інформації щодо актуальних питань громади задля одержання відомостей, необхідних для формування оптимальних рішень у межах формування фінансової політики;
- участь у якості спостерігачів представників громадських об'єднань при проведенні торгів щодо розміщення замовлень, які фінансуються з державного або місцевого бюджетів;
- окремі коаліційні дії (контакти, обмін інформацією та координування дій) різноманітних громадських об'єднань щодо впливу на владу з певної проблематики, яка стосується питань формування та реалізації фінансової політики громади або держави в цілому;
- розроблення або участь в розробленні проектів нормативно-правових актів та програм тощо.

Але застосування перерахованих та інших форм участі громадських об'єднань у процесі формування й реалізації фінансової політики як на рівні окремої громади, так і на рівні держави можливе за умови законодавчого закріплення їх правового статусу та можливостей діяти у зазначеному напрямі, а також визначається рівнем засвоєння соціальних технологій представниками громади та влади.

У сучасних умовах громадські організації та окремі громадяни мають вкрай обмежені повноваження, обмаль часу й спроможності до перегляду бюджетної пропозиції виконавчої влади, її моніторингу й аналізу виконання. Зниженню суспільної напруги, встановленню громадянської стабільності, покращенню інвестиційного клімату території, підвищенню рівня довіри громадян до влади та більш тісному їх спілкуванню сприяють бюджетні слухання як неформальна муніципальна процедура та як форма забезпечення прозорості прийняття управлінських рішень.

Слід зазначити, що до дискусій доцільно залучати фахівців від громади експертів громадських організацій, адже робота в таких групах передбачає певний рівень технічної складності. Тому для підвищення ефективності залучення громадських організацій до формування фінансової політики територіальної громади оптимальним є утворення робочих груп (консультаційних об'єднань), до складу яких мають увійти як представники місцевої виконавчої влади, так і фахівці від громади. Проте для того, щоб бути ефективними, робота таких комітетів має бути чітко регламентована законодавством, вони повинні мати чіткий мандат, статус і права надані ним нормативними документами місцевого рівня, а також правила внутрішнього розпорядку. Більш ефективними є тематичні слухання, оскільки до них залучається інформована аудиторія, що має інтерес до даного питання.

Для того, щоб забезпечити більшу відповідальність учасників та підвищити якість проведення тематичних слухань, органам місцевої влади необхідно запрошувати до дискусії представників усіх громадських організацій, які діють на певній території.

Участь громадськості у формуванні фінансової політики України характеризується певними позитивними моментами:

- забезпечується дотримання прав та свобод громадян;
- здійснюється узгодження позиції влади та громадян щодо напрямів використання бюджетних коштів;
- відбувається розподіл відповідальності за здійснення бюджетної політики між владою та громадянами;
- забезпечується підвищення довіри громадян до інститутів влади через участь у прийнятті рішень;
- знижуються ризики формування бюджетної політики;

- підвищується відповідальність влади перед громадянами;
- посилюється ефективність контролю за бюджетним процесом;
- підвищується якість фіскальної політики держави через підвищення якості фіскальної політики окремих адміністративно-територіальних одиниць.

При цьому досягаються наступні цілі: 1) інформування територіальної громади щодо напрямів бюджетної політики органів місцевої влади на найближчу перспективу; 2) залучення громадян до процесу планування місцевого бюджету з метою визначення пріоритетних бюджетних програм, що забезпечить ефективне використання бюджетних коштів; 3) налагодження взаємозв'язку з місцевим населенням з метою забезпечення результативного виконання місцевих програм³.

Позитивним прикладом у цьому сенсі є досвід норвезького м. Фредрікстад та шведського м. Удевалла із залучення громади до прийняття рішень з питань фіскальної політики на рівні місцевої громади. Так, у 2012–2014 рр. владою зазначених міст було реалізовано спільний проект «Активніше брати участь», спрямований на впровадження механізмів залучення громадськості до прийняття рішень щодо спрямування бюджетних коштів на розвиток міста⁴. У межах проекту мешканці міста пропонували ідеї, власні проекти з облаштування міського простору, ревіталізації, розвитку міської інфраструктури тощо. Для обговорення запропонованих проектів створювалися спеціальні комунікативні групи, до складу яких входили мешканці різного віку, статі, поглядів на майбутній розвиток міста. Така неоднорідність складу учасників, які брали участь в обговоренні проектів, створила умови для кращого розуміння потреб різних груп населення і важливість їхніх пропозицій. У подальшому проектні пропозиції розміщувалися на інтернет-сторінці, де відбувалося голосування в он-лайн режимі за найкращий проект. Таким чином члени громади самостійно визначали захід або проект, на реалізацію якого необхідно спрямувати бюджетні кошти.

Більш глобальним прикладом залучення громади до формування фіскальної політики на місцевому рівні є досвід м. Порт-Алегри, у якому було запроваджено так званий «Бюджет участі» (або партисипативний бюджет) – процес, під час якого населення певної місцевості визначає призначення муніципальних ресурсів, в загальній частині або у всіх інвестиціях. Місцевою радою було прийнято пілотний документ – бюджетний регламент, який регулярно змінювався та вдосконалювався. При цьому два рази на рік проводилися територіальні та тематичні наради, під час яких представники громадськості брали безпосередню участь в обговоренні інвестиційних планів. Наприкінці року рада «Бюджету участі» підсумовувала свою пропозицію бюджету на наступний рік, який у подальшому підлягав обговоренню з депутатами міської ради та виконавчими органами міста. На останньому етапі план надходив для затвердження до міської ради, публікувався та розповсюджувався. При цьому обов'язково підлягали визначенню інструменти контролю реалізації прийнятого документу⁵.

Для українського суспільства такий шлях до формування фіскальної політики на місцевому рівні виглядає оптимально. Водночас наведена схема потребує вдосконалення. А саме: весь цикл має бути завершеним до вересня, адже саме до цього періоду, відповідно до національного законодавства, необхідно завершити подання пропозицій до проекту Державного бюджету на одержання трансфертів та іншого фінансування. По-друге, необхідно визначити строк, до якого приймають пропозиції щодо фіскальної політики, яка формується та реалізується на території певної громади. І лише після узагальнення інформації, яка надійшла від усіх заінтересованих осіб, необхідно переходити до складання проекту бюджету громади та його активного обговорення.

Запропонований підхід залучення громади до участі у частковому формуванні фіскальної політики окремої адміністративної одиниці допоможе:

- зменшити політичне напруження в громаді;
- покращити позицію мешканців міста щодо сплати податків;
- підвищити обізнаність громадян з питань формування напрямів використання бюджетних коштів;
- зменшити корупційні ризики внаслідок більшої активності громади;
- створити нову громадянську культуру;
- забезпечити фінансування проектів, актуальних для громади на певному часовому проміжку;
- побудувати підґрунтя політичної підтримки в суспільстві;
- розділити відповідальність за прийняття рішень і отримати підтримку населення в їх впровадженні;
- знаходити нетрадиційні шляхи вирішення проблем та економічно ефективні способи надання послуг тощо.

Цикл участі громади у затвердженні бюджету на поточний рік певним чином відрізняється: цей процес має скорочений часовий проміжок. У ньому мають бути враховані ті пропозиції, які були «узгоджені» під час формування «Бюджету участі» та той обсяг і напрями фінансування потреб громади, які прийняті у Державному бюджеті на відповідний рік. Водночас необхідно сприяти присутності представників громадськості у засіданні місцевої ради, на якому затверджується остаточний бюджет адміністративно-територіальної одиниці з тим, щоб забезпечити збіг остаточних рішень ради з попередніми проектами.

¹ Участь громадськості у формуванні бюджетів в Україні: поточна практика та рекомендації щодо її розширення : [аналіт. звіт] : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://siteresources.worldbank.org/INTPSIA/Resources/490023-1120841262639/SouheilHAbboud.pdf>

² Участь громадськості у процесі прийняття рішень на місцевому рівні [Текст] : посіб. – К. : Ленвіт, 2012. – С. 29.

³ Литвинчук І. В. Громадський контроль за виконанням місцевих бюджетів / І. В. Литвинчук // Вісник Житомирського державного технологічного університету. – 2014. – № 4 (70). – С. 155–158.

⁴ Engasjer Mer : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.fredrikstad.kommune.no/no/eDemokrati/Rapporter-prosjekter/Engasjer-Mer/>

⁵ Карелін С. Два іноземних приклади ефективного самоврядування та українські реалії / С. Карелін : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.eurointegration.com.ua/articles/2015/06/9/7034633/>

Резюме

Ракул О. В. Актуалізація участі громадських об'єднань у формуванні фіскальної політики в Україні.

Актуалізовано доцільність участі представників громадських об'єднань у формуванні фіскальної політики України, що обумовлено необхідністю враховувати інтереси кожної територіальної громади. Визначено пріоритетні форми участі громадських об'єднань у досліджуваному процесі: дискусії у фокус-групах, створення системи регулярних суспільних обговорень певних проблем, запровадження громадських приймалень та «гарячих телефонів». Визначено задачі, які можна досягнути у разі залучення представників громадських об'єднань до розроблення пріоритетів фіскальної політики. Проаналізовано зарубіжний досвід участі представників громади у формуванні фіскальної політики. Підготовлено пропозиції щодо розроблення та запровадження практики використання «Бюджету участі» у сучасному українському суспільстві.

Ключові слова: фіскальна політика, громадське об'єднання, органи виконавчої влади, місцеві громади, «Бюджет участі».

Резюме

Ракул О. В. Актуализация участия общественных объединений в формировании фискальной политики Украины.

Актуализировано целесообразность участия представителей общественных объединений в формировании фискальной политики Украины, что обусловлено необходимостью принимать во внимание интересы каждой территориальной общины. Определены приоритетные формы участия общественных объединений в исследуемом процессе: дискуссии в фокус-группах, создание системы регулярных общественных обсуждений определенных проблем, введение общественных приемных и «горячих телефонов». Определены задачи, которых можно достичь при привлечении представителей общественных организаций к разработке приоритетов фискальной политики. Проанализирован иностранный опыт участия представителей общества в формировании фискальной политики. Подготовлены предложения по разработке и внедрению практики использования «Бюджета участия» в современном украинском обществе.

Ключевые слова: фискальная политика, общественное объединение, органы исполнительной власти, местные общины, «Бюджет участия».

Summary

Rakul O. Active involvement of public associations in shaping fiscal policy in Ukraine.

It was determined the feasibility of participation by representatives of public associations in shaping the fiscal policy of Ukraine, because of the need to take into account the interests of each territorial community. Priority forms of participation of public associations were identified in the study process discussions in focus groups, the creation of a system of regular public discussions of certain problems, the introduction of public reception and «hot phone». The problems have been identified, which can be achieved by bringing representatives of public organizations in the design of fiscal policy priorities. Foreign experience of the participation of society in shaping fiscal policy was analyzed. Proposals have been developed to introduce the practice of using «Budget participation» in contemporary Ukrainian society.

Key words: fiscal policy, public association, the executive authorities, local communities, «Budget participation».

УДК 342.903

О. В. СОНЮК

Ольга Василівна Сонюк, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СКОРОЧЕНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВАХ

Законодавством України про адміністративне судочинство, крім загального порядку розгляду адміністративних справ, передбачено й розгляд в порядку скороченого провадження (ст. 183-2 КАС України). Спрощення судової процедури розгляду справ було запроваджено в адміністративному судочинстві у 2010 р. Прикінцевими положеннями Закону України «Про судоустрій і статус суддів»¹.

Інститут скороченого провадження рекомендований Комітетом міністрів Ради Європи² ще у 1981 р., спрямований на вдосконалення судової системи, спрощення доступу до правосуддя і передбачає спеціальні правила для прискорення розгляду справ, пов'язаних із безспірним правом³. Правила розгляду справи в

порядку скороченого провадження, що встановлені в національному законодавстві, мають відповідати міжнародним принципам здійснення справедливого та ефективного правосуддя і забезпечення прав людини.

Правила скороченого провадження, передбачені законодавством України про адміністративне судочинство, коментувалися вітчизняними юристами-практиками О. Бондарюком, О. Гордєєвою, О. Кучерявим, К. Франовською та іншими.

Згідно з міжнародними документами^{2,3} метою скороченого провадження є полегшення доступу невіддільних суб'єктів (приватних осіб) до суду шляхом спрощення, скорочення та здешевлення вирішення спорів, у випадках, пов'язаних з безспірним правом. Отже, по суті скорочене провадження передбачає спрощення судового розгляду справи, яка: по-перше, ґрунтується на безспірних фактах і, по-друге, застосовується з метою ефективного захисту порушених прав невіддільного суб'єкта. Застосування такої форми обумовлене простотою справи, що ґрунтується на документально підтверджених, неоспорюваних (безспірних) вимогах позивача, які відповідач не зможе заперечити.

У такому разі скорочений порядок розгляду справи сприяє оперативності та ефективності судового розгляду, прискорення розгляду, процесуальній економії, підвищує ефективність правового захисту, дає змогу розвантажити суди.

Проте, аналізуючи спрощену форму, яка передбачена нормами КАС України⁴ (ст. 183-2), виявляємо, що встановлення безспірності фактів та ефективність захисту прав невіддільного суб'єкта викликає певні сумніви.

Метою цієї статті є аналіз вітчизняних правил скороченого провадження на відповідність міжнародним принципам судового захисту прав людини, а також розробка змін та доповнень до норм КАС України, що спрямовані на підвищення ефективності судового захисту, запобігання затягуванню процесу та прискорення розгляду нескладних справ індивідуального характеру.

Відповідно до ч. 1 ст. 183-2 КАС України скорочене провадження застосовується в наступних групах адміністративних справ: а) оскарження невіддільним суб'єктом рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень щодо соціальних виплат, розгляду звернення (в т. ч. запиту на інформацію) та проїзду на тимчасово окуповану територію; б) за позовом суб'єкта владних повноважень до невіддільного суб'єкта щодо стягнення грошових сум, застосування заходів реагування у сфері господарської діяльності або ж і взагалі припинення підприємницької діяльності чи юридичної особи.

Варто також звернути увагу на колізійність певних норм КАС України. Так, процедура розгляду справ про застосування у випадках, передбачених законом, заходів реагування щодо державного нагляду у сфері господарської діяльності, якщо вони можуть бути застосовані виключно за судовим рішенням, регулюється як ст. 183-2, так і ст. 183-6 КАС України, положення яких суперечать один одному, аргументування чому наведено нижче.

Особливості процедури розгляду справ в порядку скороченого провадження проявляються у такому: а) скорочених строках підготовки та розгляду справи (біля 15 днів); б) одноособовому розгляді справи суддею, без проведення судового засідання та виклику сторін; в) негайному виконанні рішення суду, крім рішення щодо соціальних виплат; г) можливості оскарження рішення суду лише в апеляційному порядку.

На наш погляд, деякі правила розгляду адміністративної справи в порядку скороченого провадження, передбачені КАС України, обмежують право невіддільного суб'єкта на справедливий судовий розгляд, підтвердженнями чому є наступні аргументи.

По-перше, у справах за позовом суб'єкта владних повноважень до невіддільного суб'єкта застосовуються санкції, аж до припинення юридичної особи чи фізичної особи-підприємця. Тому приватна особа повинна мати достатньо часу для захисту своїх прав (зібрання доказів, подання заперечення) та можливість брати особисту участь у розгляді справи.

По-друге, згідно з ч. 3 ст. 183-2 КАС України про відкриття скороченого провадження суд виносить ухвалу, копія якої невідкладно надсилається (рекомендованим листом з повідомленням про вручення) відповідачу разом з копією позовної заяви та доданих до неї документів. Тобто, розгляд справи у порядку скороченого провадження відбувається на розсуд суду, а не за клопотанням сторін. Крім того, позивачеві не надсилається копія ухвали про відкриття скороченого провадження, тому йому не відомо, що відбувається з його позовом аж до ухвалення кінцевого судового рішення, а також він не може подати додаткові докази, оскільки справа розглядається без виклику сторін.

В ухвалі про відкриття скороченого провадження в обов'язковому порядку зазначаються строк подання заперечення проти позову, порядок його подання, а також наслідки неподання такого заперечення. Відповідач у десятиденний строк з дня одержання такої ухвали та копій документів може подати заперечення проти позову та необхідні документи або заяву про визнання позову. А якщо справа розглядається судом за місцезнаходженням відповідача, то заперечення проти позову чи заява про визнання позову мають бути подані безпосередньо до канцелярії суду.

Отже, відповідач не може заперечити проти скороченого розгляду справи, наприклад, з поважних причин, натомість має лише 10 днів для оспорювання вимог протилежної сторони. На розсуд законодавця відповідати (в тому числі і фізична особа) має в десятиденний термін письмово оформити своє заперечення, підтвердити його необхідними документами та подати безпосередньо до суду, в іншому разі вважатиметься, що відповідач не заперечує проти позову. Також невіддільний суб'єкт не може подати додаткові пояснення або докази, які не вдалося зібрати за 10 днів, з незалежних від нього причин. Такий «захист» невіддільного суб'єкта, на наш погляд, видається дуже прискореним.

По-третє, згідно з ч. 4 ст. 183-2 КАС України суддя розглядає справу в порядку скороченого провадження одноособово, без проведення судового засідання та без виклику осіб, які беруть участь у справі. За результатами розгляду справи у скороченому провадженні суддя, оцінивши повідомлені позивачем і відповідачем обставини, за наявності достатніх підстав приймає законне та обгрунтоване судове рішення. У разі, якщо суддя буде вважати, що наявних у нього матеріалів недостатньо для ухвалення законного і обгрунтованого судового рішення без проведення судового засідання та виклику сторін, суд розглядає справу за загальними правилами КАС, про що постановляє ухвалу, яка не підлягає оскарженню.

Таким чином, спрощена процедура застосовується на розсуд суду і сторони не можуть це оспорити. Натомість вони повинні обгрунтовувати свої вимоги і заперечення лише письмово, до того ж в обмежений строк, і не мають можливості захистити своє право, подавши додаткові докази чи пояснення особисто в судовому засіданні. Фактично, справа може бути вирішена за наявними матеріалами.

Вказані нами вище колізійні норми передбачають інший порядок розгляду справ у скороченому провадженні. Так, згідно з ч. 13 ст. 183-2 та ч. 6, ч. 14 ст. 183-6 КАС України розгляд справи про застосування заходів реагування у сфері господарської діяльності відбувається у судовому засіданні з повідомлення сторін, неприбуття останніх не перешкоджає судовому розгляду. Також передбачена можливість розгляду справи в порядку письмового провадження.

Вищевказані норми суперечать правилам розгляду справи в скороченому провадженні, тому пропонується п. 5 ч. 1 ч., ч. 12 та ч. 13 ст. 183-2 КАС України виключити.

По-четверте, інститут негайного виконання рішення суду спрямований на оперативність судового захисту порушених прав⁵. Проте негайне виконання постанов суду, винесених в порядку скороченого провадження, говорить про неможливість фактичного їх оскарження, хоча формально право на оскарження зберігається. Так, рішення суду за позовом суб'єкта владних повноважень проти невідного суб'єкта стосовно припинення юридичних осіб чи підприємницької діяльності фізичних осіб-підприємців, а також стягнення з невідного суб'єкта грошових сум виконується негайно (згідно з п. 3 та 4 ч. 1 і п. 8 ч. 5 ст. 183-2 та ч. 1 ст. 256 КАС України). Постанова може бути оскаржена в апеляційному порядку і не підлягає оскарженню в касаційному порядку. На наш погляд, такі положення обмежують ефективний захист прав та інтересів невідних суб'єктів у сфері публічно-правових відносин.

Так, негайне виконання рішень суду, ще до набрання ними законної сили, спрямоване на швидкий захист прав та інтересів позивача, яким може бути заподіяно значної непоправної шкоди. І така мета є виправданою. Проте негайне виконання рішень у справах за позовом суб'єкта владних повноважень проти фізичної чи юридичної особи, передбачених п. п. 3, 4 ч. 1 ст. 183-2 КАС України, на наш погляд, позбавляє невідного суб'єкта можливості відновити свої права та інтереси, що були порушені при негайному виконанні рішення суду. Пропонується внести такі зміни до Кодексу, коли подання апеляційної скарги у випадках, передбачених п. п. 3, 4 ч. 1 ст. 183-2 КАС України, зупиняє негайне виконання рішення.

Таким чином, на нашу думку, ст. 183-2 КАС України потребує таких змін, коли скорочене провадження застосовується за згодою сторін, тобто коли у суду є підтвердження, що позивач та відповідач належним чином повідомлені про відкриття скороченого провадження та вони не заперечують проти спрощеного розгляду справи, а у відповідача відсутні поважні причини (наприклад, хвороба, відрядження, невручення листа у належний строк) для неподання заперечення проти позову.

На наш погляд, вищезазначені зміни до правил скороченого порядку розгляду адміністративних справ полегшать доступ до правосуддя, сприятимуть оперативному й ефективному судовому захисту прав та інтересів осіб у сфері публічно-правових відносин.

¹ Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI / Сайт законодавства Верховної Ради України. – 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2453-17/ed20100707>

² Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно шляхів полегшення доступу до [...] від 14 травня 1981 р. № R (81) 7 / Сайт законодавства Верховної Ради України. – 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_133

³ Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно принципів цивільного судочинства від 28 лютого 1984 р. № R (84) 5 / Сайт законодавства Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – 2016. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_126

⁴ Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV (у редакції від 1 січня 2016 р.) / Сайт законодавства Верховної Ради України. – 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>

⁵ Інформаційний лист Житомирського апеляційного адміністративного суду «Про практику розгляду судами адміністративних справ про соціальні виплати» від 28 березня 2011 р. / Офіційний веб-портал «Судова влада України». – 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://apladm.zt.court.gov.ua/sud9109/analitics/uzag1/>

Резюме

Сонюк О. В. Проблемні питання скороченого провадження в адміністративних справах.

У статті досліджено правила скороченого провадження, передбачені законодавством України про адміністративне судочинство, на відповідність міжнародним принципам захисту прав людини. Основну увагу приділено дослідженню питання скорочених строків, розгляду справи без згоди та без участі сторін, а також негайному виконанню рішення суду. Запропоновано певні зміни та доповнення до норм КАС України.

Ключові слова: скорочене провадження, доступ до суду, безспірність фактів, негайне виконання, ефективний судовий захист.

Резюме

Сонюк О. В. Проблемные вопросы сокращенного производства по административным делам.

В статье исследованы правила сокращенного производства, предусмотренные законодательством Украины об административном судопроизводстве, на соответствие международным принципам защиты прав человека. Основное внимание уделено исследованию вопросов сокращенных сроков, рассмотрения дела без согласия и участия сторон, а также немедленном исполнении решения суда. Предложены определенные изменения и дополнения к нормам КАС Украины.

Ключевые слова: сокращенное производство, доступность правосудия, бесспорность фактов, немедленное исполнение, эффективная судебная защита.

Summary

Sonyuk O. Issues of summary procedure in administrative cases.

The rules of summary procedure under the law of Ukraine on administrative proceedings in accordance with international principles of human rights protection are researched in the article. Special attention is paid to the research of reduced terms issue, hearing without the consent and without the participation of the parties and immediate enforcement of court's decision. Certain amendments to the rules of the Administrative Procedure Code of Ukraine (APC).

Key words: summary procedure; access to justice; indisputability of facts; immediate enforcement; effective judicial protection.

УДК 342.9:343.15]:343.81(477)

Х. Я. ГНОТ

Христина Ярославівна Гнот, фахівець групи по контролю за виконанням судових рішень Миколаївської виправної колонії управління Державної пенітенціарної служби України у Львівській області (№ 50)

ПРО МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ УСТАНОВАМИ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ В УКРАЇНІ

Питання методів та методології будь-якої науки являє собою значний теоретичний та практичний інтерес. Для глибокого й всебічного дослідження процесу виконання судових рішень установами виконання покарань важливе значення у системі методології мають методи та засоби їх забезпечення. Специфіка діяльності установ виконання покарань передбачає застосування як існуючих на практиці методів правового регулювання, так і апробацію нових методологічних підходів, що пов'язані з адміністративно-правовим забезпеченням виконання судових рішень. Запорукою ефективного функціонування Державної кримінально-виконавчої служби України (далі – ДКВС України) є комплексне використання різноманітних методів, що впливають на виконання судових рішень.

Вагомим внеском у розвиток методології права стали праці видатних науковців: В. Б. Авер'янова, С. С. Алексєєва, Ю. П. Битяка, І. П. Голосніченка, Р. А. Калюжного, Д. А. Керімова, М. В. Коваліва, А. Т. Комзюка, О. І. Остапенка, О. В. Петришина, Ю. С. Шемшученка. Разом з тим існуюча специфіка діяльності установ виконання покарань у частині виконання і відбування покарань є недостатньо вивченою, що зменшує можливості використання методів і засобів виховного впливу на засуджених осіб.

Метою статті є з'ясування сукупності методологічних підходів щодо адміністративно-правового забезпечення виконання судових рішень установами виконання покарань в Україні.

Питання методологічного забезпечення є першочерговими для теоретичного дослідження у будь-якій предметній сфері, зокрема у царині права. Лише за умови озброєності сучасною методологією та відповідними методами наукового пізнання вітчизняна правова наука зможе розв'язати поставлені перед нею завдання щодо розбудови засад правової, демократичної держави та формування національної правової системи.

Методологія правової науки виступає як зумовлена особливостями правової реальності цілісна та узгоджена система способів пізнання, що включає такі складові: 1) загальний (філософський) підхід; 2) загальнонаукові методи; 3) спеціальні методи; 4) власні правові методи.

Методи дослідження залежать передусім від філософських підходів, з яких ведеться пошук, що зумовлює вибір найдоцільніших у контексті обраного загального підходу конкретних способів, засобів та прийомів досягнення адекватного наукового результату. Загальний філософський підхід конкретизується передусім через загальнонаукові методи пізнання, до яких належать логічний, історичний та системний методи.

Спеціальними є методи, розроблені в межах інших конкретних наук, статистичний, конкретно-соціологічний, психологічний, кібернетичний, моделювання, соціального експерименту. Власні методи, до яких відносять формально-юридичний (юридико-технічний, догматичний) та порівняльний методи, застосовуються на стадії дослідження законодавства та юридичної практики. Отже, кожен метод має свою сферу застосування та відображає лише певний аспект наукового дослідження. Відтак, методи можуть бути ефективним інструментарієм лише у своїй сукупності, натомість необгрунтоване ігнорування якогось окремого способу теоретичного пошуку здатне привести до недостовірного наукового результату¹.

Загальне пояснення методології тлумачиться як сукупність методів дослідження, що застосовуються у будь-якій науці відповідно до специфіки об'єкта її пізнання². Методологія права досліджує методи права, які ми використовуємо у теоретично-пізнавальних або практичних цілях. Під терміном «метод» розуміють дію, у результаті якої досягається мета, спосіб виконання дії; дію, спрямовану на досягнення визначеної мети, спосіб її виконання. Така дія може бути психологічною, інтелектуальною або фізичною, а також змішаною за своїм характером³.

Серед існуючих правових методів метод правового регулювання розглядається як спосіб впливу юридичних норм на суспільні відносини. Для нього властиві такі ознаки: стосується тільки юридичних норм; забезпечує єдність правового регулювання; гарантується у необхідних випадках засобами державного примусу; є одним із критеріїв поділу норм права на галузі.

Методи правового регулювання за характером впливу поділяються на імперативні та диспозитивні. Імперативний метод передбачає владний вплив на учасників суспільних відносин без права вибору (наприклад, у кримінальному і адміністративному праві). Диспозитивний метод, навпаки, передбачає закріплені у нормах права варіанти поведінки учасників суспільних відносин як рівноправних сторін (застосовується, зокрема, у цивільному праві). У юридичній літературі є й інші класифікації методів правового регулювання: загальнодозвільні і спеціальнодозвільні; субординації й координації; виховання, заохочення і примусу. Це свідчить про складний характер даної правової категорії, яка нерідко постає не в чистому вигляді, а як сукупність прийомів реалізації норм права⁴.

Для реалізації завдань кримінально-виконавчого права одним із основних методів є імперативний, а серед додаткових – диспозитивний, заохочення.

До способів правового регулювання, що використовуються у кримінально-виконавчому праві, належать: 1) заборона – покладення обов'язку утриматися від певної дії (бездіяльності); 2) зобов'язання (припис) – покладення обов'язку вчинити певні дії; 3) дозвіл – надання права на певні дії (бездіяльність)⁵.

Відповідно до Кримінально-виконавчого кодексу України засуджені до позбавлення волі, наприклад, зобов'язані: дотримуватися норм, які визначають порядок і умови відбування покарання, розпорядок дня колонії, правомірних взаємовідносин з іншими засудженими, персоналом колонії та іншими особами; виконувати встановлені законодавством вимоги персоналу колонії. Засудженим до позбавлення волі, зокрема, забороняється: самовільно залишати колонію, порушувати лінію охорони; придбавати, виготовляти, зберігати і використовувати гроші, цінності, предмети, речі, речовини і вироби, заборонені до використання у колонії. Засуджені, які відбувають покарання у виді позбавлення волі, мають право: одержувати інформацію і роз'яснення про умови відбування і порядок виконання покарання у виді позбавлення волі; користуватися послугами, які надаються у місцях позбавлення волі, в тому числі додатковими, оплачуваними та багатьма іншими прав, щодо яких засудженій особі надається можливість вибору скористатися ними чи ні⁶.

Оскільки покарання являє собою форму державного примусу, то його виконання визначає характер основного методу правового регулювання – імперативного, що припускає нерівність суб'єктів виконання і відбування покарань. Він базується на застосуванні владних приписів, які не допускають відхилень від встановленого нормативно-правовим актом правила поведінки. Основними засобами впливу на суспільні відносини є обов'язки, заборони й інші правові обмеження. Разом із тим це не виключає використання у процесі регулювання суспільних відносин у сфері виконання (відбування) покарань диспозитивного методу, заснованого на рівноправності сторін, що дає змогу суб'єктам самостійно здійснювати вибір варіантів поведінки⁷.

Заохочувальний метод передбачає стимулювання за допомогою комплексного застосування різних способів правового заохочення такої поведінки суб'єктів права, яка є найбільш бажаною з погляду досягнення цілей правового регулювання⁸.

Правове заохочення – форма і міра юридичного схвалення добровільної законотворчої поведінки, у результаті чого особа винагороджується, для неї настають сприятливі наслідки і реалізується взаємний інтерес особи, суспільства та держави.

Правове заохочення має такі ознаки: 1) пов'язане з переконанням – впливом, спрямованим на стимулювання працівника до активної, позитивної поведінки; 2) є результатом заслуженої поведінки; 3) пов'язане з суто добровільним вчинком; 4) міра заохочення юридично схвалює позитивні дії, виступаючи формою нагородження з боку держави добровільної заслуженої поведінки; 5) взаємовигідне для суспільства і особи, щодо якої застосовується; 6) є юридичним стимулом; 7) має публічний характер, що полягає у публічному визнанні заслуг, нагородженні окремих осіб та колективів⁹.

Установи виконання покарань, здійснюючи функцію виконання судових рішень, є також учасниками управлінського процесу.

В управлінні використовуються різні методи. Адміністративні методи забезпечують прямий вплив суб'єкта управління на керований об'єкт. Суб'єкт управління у межах наданих йому повноважень односторонньо

через відповідні форми (акти) виявляє свою волю в обов'язкових для виконання підлеглими приписах. Їх зміст становлять вказівки про те, яку роботу, якими способами та в які терміни належить здійснити керованим або від яких дій слід утриматися. Разом з тим, якщо керівник надмірно захоплюється саме адміністративними методами, це може призвести до таких негативних явищ, як придушення ініціативи, позбавлення самостійності мислення, пасивне очікування вказівок замість оперативного реагування на зміну умов діяльності¹⁰.

Економічні методи являють собою способи і прийоми господарювання, засновані на використанні економічних законів та інтересів, що сприяють організації діяльності, а також прямо чи опосередковано стимулюють персонал до реалізації поставлених завдань.

Важливу роль в управлінні установами виконання покарань відіграють соціально-психологічні методи. Дані методи спрямовані на поліпшення взаємовідносин персоналу, створення сприятливого морального та психологічного клімату для успішного розв'язання завдань.

Особливе місце займає комплексний метод соціального планування, головною метою якого є вдосконалення структури служб та підрозділів, підвищення кваліфікації особового складу, покращення умов праці, побуту й відпочинку.

Управлінню в ДКВС України притаманні також колегіальність та єдиноначальність як методи управління. Колегіальність сприяє поліпшенню координації і взаємодії підрозділів та служб у виконанні спільних завдань. Метод єдиноначальності передбачає більшу оперативність як у прийнятті рішень, так і в їх реалізації. Теорія управління не містить конкретних інструкцій керівнику щодо управління підпорядкованими суб'єктами, оскільки у кожному окремому випадку керівник проявляє конкретні професійні знання, керується особистим досвідом.

Саме від вдалого, обґрунтованого, комбінованого використання різних методів державного управління безпосередньо залежить успішність досягнення цілей і завдань ДКВС України. Таким чином, методи управління взаємопов'язані і взаємообумовлені, застосовуються з урахуванням суб'єктивних та об'єктивних чинників. Відмінність між методами полягає у цільовій спрямованості при конкретному застосуванні того чи іншого прийому та в інтенсивності використання тієї чи іншої групи прийомів¹¹.

Такі універсальні методи, як переконання і примус, здавна привертають увагу вчених. Взаємодоповнюючи один одного, ці методи забезпечують належну поведінку учасників управлінських відносин. Вони взаємопов'язані між собою, мають об'єктивний характер, між ними наявна діалектична єдність, ступінь їх використання залежить від рівня розвитку суспільних відносин.

Переконання – це система заходів правового і неправового характеру, які проводять державні та громадські органи, що виявляється у здійсненні виховних, роз'яснювальних і заохочувальних методів, спрямованих на формування у громадян розуміння необхідності чіткого виконання законів та інших правових актів. Пріоритет прав людини у державній діяльності, розвиток демократичних засад в управлінні вимагають у всіх сферах суспільного життя подальшого зміцнення правосвідомості громадян, виховання у кожного почуття громадського обов'язку, підвищення дисципліни¹².

Примусовий вплив стає необхідним, якщо засоби переконання не дали належного результату. Метод примусу застосовується щодо осіб, які допускають протиправну поведінку. Крім того, він використовується і як допоміжний засіб здійснення державного управління, впливу на об'єкти управління. Примус зберігає своє значення як у процесі виховання особистості, так і в ході удосконалення суспільних відносин у цілому¹³.

Методи адміністративної діяльності пенітенціарних установ можна визначити як сукупність способів (засобів) пізнання і впливу, які обираються, та використовуваних з урахуванням конкретних фактичних обставин з метою забезпечення розв'язання завдань, що стоять перед даними установами. Серед універсальних методів впливу адміністративної діяльності можна виділити переконання та примус.

Основними характеристиками переконання є: відсутність правового закріплення та застосування його на внутрішній розсуд керівника; використовується постійно щодо всіх суб'єктів впливу; застосування переконання передує застосуванню методу примусу; вимагає великої за обсягом підготовчої роботи (вивчення особистості суб'єкта впливу); його реалізація передбачає діалог між сторонами, необхідність чіткого уявлення керівником цілей впливу; вибір конкретного засобу (прийому) переконання зумовлюється як особливостями суб'єктивного, так і об'єктивного характеру; створює внутрішні моральні стимули для визначення особою своєї поведінки; забезпечує свідоме й добровільне виконання норм, приписів суб'єктом впливу (його воля збігається з волею керівника), результати залежать від здібностей самого керівника; досягнуті результати можуть бути оцінені за рівнем дотримання дисципліни та правопорядку суб'єктів впливу.

У рамках адміністративної діяльності установ застосовуються два види примусу: безпосередньо адміністративно-правовий примус і дисциплінарний примус, що застосовується у відношенні співробітників установи¹⁴.

Адміністративний примус в установах виконання покарань, як вважає В. Ф. Пузирний, відображає діяльність, що полягає у застосуванні компетентними посадовими особами установ ДКВС України передбачених законом системи заходів впливу (запобігання, припинення, відповідальності) з дотриманням відповідної процедури для усунення порушень встановлених правил поведінки як з боку засуджених, так і з боку персоналу з метою забезпечення режимних вимог, безпеки засуджених та персоналу, протидії правопорушенням¹⁵.

Серед особливостей адміністративного примусу у діяльності установ виконання покарань можна виділити: 1) суб'єктний склад застосування заходів адміністративного примусу є своєрідним з огляду на комбі-

новану природу діяльності (поєднання засад примусу та кримінально-виконавчої діяльності); 2) адміністративний примус дуже часто є частиною повсякденної діяльності персоналу (застосування спеціальних засобів); 3) повноваження щодо застосування заходів адміністративного примусу обумовлені правоохоронною природою діяльності установ ДВКС України¹⁶.

Діяльність з формування й розвитку наукового знання про суспільні відносини, які складаються у сфері забезпечення виконання судових рішень установами виконання покарань, реалізується за допомогою напрацьованих наукою і практикою методів і способів. Для імперативного методу (методу владних вказівок) у діяльності установ виконання покарань характерними є відносини субординації та підпорядкування, категорична регламентація поведінки учасників правових відносин. Диспозитивний метод ґрунтується на рівноправності сторін, передбачає можливість вибору суб'єктами варіантів поведінки. Метод заохочення сприяє успішному виконанню своїх посадових обов'язків персоналом Державної кримінально-виконавчої служби України. До засуджених заходи заохочення застосовуються за законотворчому поведінку і ставлення до праці, навчання, активну участь у роботі самодіяльних організацій. Важливу роль у системі управління установами виконання покарань відіграють методи, які забезпечують цілеспрямований вплив суб'єкта на об'єкт з метою досягнення управлінських завдань.

¹ Загальна теорія держави і права : підруч. для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України О. В. Петришина. – Х. : Право, 2011. – С. 25–34.

² Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і головн. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2004. – С. 522.

³ *Радомір Лукич*. Методологія права / под ред. и с вступ. статьей чл.-корр. АН СССР Д. А. Керимова; пер. с сербско-хорватского В. М. Кулистика. – М.: Прогресс, 1981. – С. 25–32.

⁴ Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – К.: Вид-во «Юридична думка», 2012. – С. 464.

⁵ *Гумін О. М.* Кримінально-виконавче право України : навч. посіб. / О. М. Гумін, К. Б. Марисюк. – Л.: Вид-во Львівської політехніки, 2015. – С. 9–19.

⁶ Кримінально-виконавчий кодекс України від 11 липня 2003 р. № 1129-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua

⁷ Проблеми кримінально-виконавчого права : навч. посіб. / О. Г. Кальман, С. С. Мірошниченко, О. М. Подільчак та ін.; за заг. ред. проф. О. Г. Кальмана – К.: Національна академія прокуратури України, 2011. – Чернігів: ПАТ «ПВК «Десна», 2012. – С. 7.

⁸ Загальна теорія держави і права : підруч. для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України О. В. Петришина. – Х.: Право, 2011. – С. 216.

⁹ Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – К.: Вид-во «Юридична думка», 2012. – С. 715.

¹⁰ Адміністративне право : навч. посіб. / О. І. Остапенко, З. Р. Кісіль, М. В. Ковалів, Р. В. Кісіль. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – С. 202–205.

¹¹ *Бараш Є. Ю.* Управління Державною кримінально-виконавчою службою України: адміністративно-правове дослідження : моногр. / Євген Юхимович Бараш. – Х.: НікаНова, 2012. – С. 207–216.

¹² Адміністративне право : підруч. / Ю. П. Битяк (кер. авт. кол.), В. М. Гарашук, В. В. Богущкий та ін.; за заг. ред. Ю. П. Битяка, В. М. Гарашука, В. В. Зуй. – 2-ге вид., переробл. та доповн. – Х.: Право, 2013. – С. 175–177.

¹³ Адміністративне право : навч. посіб. / О. І. Остапенко, З. Р. Кісіль, М. В. Ковалів, Р. В. Кісіль. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – С. 201–212.

¹⁴ *Дзюдзь М. С.* Адміністративна діяльність установ Державної пенітенціарної служби України / М. С. Дзюдзь // Наше право. – 2014. – № 1. – С. 50 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nashp_2014_1_11

¹⁵ *Пузирний В. Ф.* Адміністративна діяльність установ та органів виконання покарань : моногр. / В. Ф. Пузирний. – К.: Видавничий дім «АртЕк», 2015. – С. 215.

¹⁶ Там само. – С. 212–214.

Резюме

Гнот Х. Я. Про методологічні аспекти адміністративно-правового забезпечення виконання судових рішень установами виконання покарань в Україні.

У статті досліджуються окремі аспекти методології діяльності установ по виконанню покарань, що впливає на адміністративно-правове забезпечення виконання судових рішень, розглядаються особливості методу правового регулювання процесу виконання покарання, надається загальна характеристика методів, що застосовуються для забезпечення виконання судових рішень, зазначається їх класифікація, яка сприяє висвітленню суспільних відносин, що виникають, продовжуються і припиняються у сфері виконання судових рішень установами виконання покарань.

Ключові слова: адміністративно-правове забезпечення, метод, методологія, судові рішення, установи виконання покарань.

Резюме

Гнот Х. Я. О методологических аспектах административно-правового обеспечения исполнения судебных решений учреждениями исполнения наказаний в Украине.

В статье исследуются отдельные аспекты методологии деятельности учреждений по исполнению наказаний, что влияет на административно-правовое обеспечение исполнения судебных решений, рассматриваются особенности метода правового

регулювання процесу виконання покарання, дається загальна характеристика методів, використовуваних для забезпечення виконання судових рішень, відзначається їх класифікація, способуюча освітленню суспільних відносин, які виникають, продовжуються і припиняються в сфері виконання судових рішень установами виконання покарань.

Ключевые слова: адміністративно-правове забезпечення, метод, методологія, судові рішення, установи виконання покарань.

Summary

Hnot K. On the methodological aspects of administrative and legal ensuring of execution of judicial decisions by the penitentiary institutions in Ukraine.

The article examines some aspects of the methodology of the activities of the penitentiary institutions that affect the administrative and legal ensuring of execution of judicial decisions, it is considered the special aspects of the method of legal regulation of the process of execution of judicial decisions, it is given general description of the methods, used to enforce court decisions, it is noted their classification, which contributes to the lighting of public relations, which arise, continue and cease in the sphere of execution of judicial decisions by penitentiary institutions.

Key words: administrative and legal ensuring, method, methodology, judicial decisions, penitentiary institutions.

УДК 342.727

О. Д. ЛІЗУНОВА

Ольга Дмитрівна Лізунова, здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ВИБОРЧІ ІНФОРМАЦІЙНІ ВІДНОСИНИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАКТИЧНИЙ АСПЕКТ

Цивілізоване життя передбачає впорядкований рух інформації, і тому дуже актуальним стає правове забезпечення інформаційних процесів, що відбуваються в суспільстві. Інформація є своєрідним об'єктом правового регулювання. Важко знайти галузь права, де б не було норм, що регулюють відносини з приводу інформації, вона є об'єктом правовідносин і в публічному, і приватному праві. Не є винятком і відносини з приводу інформаційного забезпечення виборчого процесу.

Відносини, які є об'єктом інформаційного забезпечення виборів, це насамперед, діяльність, спрямована на створення умов для надходження необхідної інформації до суб'єктів – учасників цього процесу, підвищення їх поінформованості, що сприяє організованості, упорядкованості системи інформаційних відносин під час проведення виборів.

Проведення виборів на визначених законом засадах гласності й відкритості зумовлює виникнення багатоманітних досить розгалужених інформаційних відносин, які важко вкласти в одну універсальну схему. Характерні ознаки має також інформація як предмет відповідних відносин. У виборчому процесі таку інформацію називають електоральною¹.

На думку Т. А. Костецької, зазначені інформаційні відносини у сфері виборів загалом можна згрупувати в такі блоки: 1) відносини, пов'язані із забезпеченням виборцям поінформованості (розширення кола об'єктивних знань) з питань виборчого законодавства; 2) відносини, пов'язані з інформаційним забезпеченням проведення виборів на всіх основних стадіях; 3) інформаційні відносини, що виникають у зв'язку зі створенням іміджу кандидата або політичного об'єднання (наприклад, політична реклама); 4) інформаційні відносини, що зумовлюються застосуванням при проведенні виборів програмно-технічних засобів оброблення, угруповання, передавання інформації, обчислення баз даних, впровадження сучасних інформаційних технологій у відповідні процеси; 5) відносини, пов'язані з використанням засобів масової інформації у виборчому процесі, висвітленні основних стадій його проведення, оприлюдненні результатів тощо. Наведене, зрозуміло, не висчерпує всієї розмаїтості інформаційних відносин, що виникають при проведенні виборів в Україні².

На нашу думку, даний перелік також можна доповнити відносинами, що пов'язані з інформуванням про: фінансове забезпечення виборчої кампанії, відкриття накопичувального рахунку виборчого фонду партії та їх відповідні реквізити, відкриття поточного рахунку виборчого фонду кандидата у депутати в одномандатному окрузі та їх відповідні реквізити; відносини з приводу виборчих інформаційних спорів.

З урахуванням сказаного слід зазначити слушну думку зарубіжних правників про те, що між учасниками виборчої кампанії в ході обміну інформацією про вибори виникають не інформаційні правовідносини, а виборчі правовідносини інформаційного характеру, або виборчі інформаційні правовідносини³.

Важливу для нас думку висловлюють спеціалісти Українського незалежного центру політичних досліджень О. Винников та Л. Чорній, які пропонують розглядати інформаційне забезпечення виборів, зокрема виборчі інформаційні відносини, через призму стандартів прозорих виборів⁴. Вказані науковці «стандарти прозорих виборів» визначають як сукупність законодавчо встановлених правових норм та процедур, дотримання яких гарантує усім суб'єктам і учасникам виборчого процесу проведення виборів на рівні достатньої

реалізації ними своїх прав на створення, своєчасне отримання, використання й поширення інформації, що стосується виборів.

Отже, є очевидним, що ряд науковців та спеціалістів у галузі права виділяють певні види виборчих відносин, що містять інформаційну складову, а також демонструють зв'язки суб'єктів таких відносин. Однак визначення чи роз'яснення з приводу суб'єктів саме виборчих інформаційних відносин у наукових дослідженнях відсутні.

Загальновідомо, що у складі будь-яких правовідносин виокремлюють зміст, об'єкт, суб'єкти. Ми дали роз'яснення щодо змісту та об'єктів виборчих інформаційних правовідносин. Не можемо залишити поза увагою суб'єктів вказаних правовідносин. Ні наука, ні законодавство конституційного права не містять визначення суб'єктів виборчих інформаційних правовідносин (або суб'єктів інформаційного забезпечення виборів).

Відповідно до основних виборчих законів України суб'єктами виборчого процесу є: 1) виборець; 2) Центральна виборча комісія, а також інша виборча комісія, утворена згідно із Законом; 3) партія, що висунула кандидата у депутати; партія, яка висунула кандидата на пост Президента України; місцева організація партії, яка висунула кандидата (кандидатів) для участі у відповідних місцевих виборах; 4) кандидат у народні депутати України; кандидат на пост Президента України; кандидати на посади сільського, селищного, міського голови, старости; 5) офіційні спостерігачі^{5,6,7}. Зазначимо, що ряд суб'єктів виборчого процесу для всіх видів виборів в нашій країні є однаковим.

Оскільки інститут виборчого права є вихідним для інституту інформаційного забезпечення виборів, тому можемо керуватися нормами інституту виборчого права щодо інституту інформаційного забезпечення виборів на основі застосування принципу аналогії закону та аналогії права⁸.

Пропонуємо дослідити, чи є суб'єкти виборчого процесу також і суб'єктами інформаційного забезпечення виборів, чи вони за кількістю, правами й обов'язками різняться. Суб'єкти інформаційного забезпечення виборів є найважливішими фігурами, що реалізують правові норми вказаного інституту виборчого права.

Сучасний етап політико-правового розвитку України відбувається в аспекті вдосконалення та демократизації правового регулювання виборчого процесу, особливе місце в якому займають виборчі комісії, на які, крім того, законом покладено обов'язок щодо здійснення інформаційного забезпечення виборів.

Так, ст. 24 Закону України «Про вибори народних депутатів України» 2011 р. визначає систему виборчих комісій, очолювану незалежним державним органом – Центральною виборчою комісією. Центральна виборча комісія як державний орган утворює окружні виборчі комісії, що є юридичними особами. Окружні виборчі комісії мають власні повноваження, які поширюються на територію одномандатного виборчого округу та забезпечують реалізацію основного конституційного права громадян України – права обирати і бути обраними, а також здійснюють повноваження щодо інформаційного забезпечення виборчого процесу. Окружні виборчі комісії як державні органи утворюють дільничні виборчі комісії, забезпечують контроль за додержанням та однаковим застосуванням виборчого законодавства дільничними виборчими комісіями. Наявність такої норми у виборчому законодавстві нашої країни дає підстави вважати систему виборчих комісій з виборів народних депутатів України системою державних органів.

В основних виборчих законах України міститься окремий розділ «Інформаційне забезпечення виборів», а його статті визначають предмет інформаційного забезпечення виборів виборчими комісіями^{9,10,11}. У даному розділі визначено окремі напрями інформації та умови щодо її поширення. Обов'язок оприлюднення інформації, що стосується загального інформаційного забезпечення виборів, законодавець поклав на Центральну виборчу комісію, яка не пізніше ніж за 120 днів до дня голосування повинна розмістити їх на своєму офіційному веб-сайті¹². Загальне інформаційне забезпечення представлено формальною та декларативною інформацією, на розповсюдження якої поширюється законодавство про соціальну рекламу. Спеціальне інформаційне забезпечення виборів також здійснюють виборчі комісії. Розміщення інформації щодо спеціального інформаційного забезпечення виборів здійснюється за участі ЗМІ на замовлення Центральної чи окружної виборчої комісії. Однак засоби масової інформації, інформаційні агентства можуть брати участь у спеціальному інформаційному забезпеченні виборів з власної ініціативи з дотриманням вимог чинного законодавства. Спеціальне інформаційне забезпечення виборів стосується поширення інформації про зареєстрованих кандидатів та суб'єктів їх висунення, передвиборні програми партій та кандидатів у одномандатних округах, рахунки виборчих фондів партій та кандидатів у одномандатних округах, скасування реєстрації (вибуття) кандидата у депутати, факти та події, пов'язані з виборчим процесом¹³.

Процес інформування громадян про вибори прямо пов'язаний з видавничою діяльністю Центральної виборчої комісії. Важливим завданням Центральної виборчої комісії відповідно до її повноважень, закріплених ст. 17 Закону України «Про Центральну виборчу комісію», є забезпечення однакового застосування законодавства України про вибори на всій території України, а також здійснення консультативно-методичного забезпечення діяльності виборчих комісій, приймання обов'язкових для використання в роботі комісій нижчого рівня роз'яснень та рекомендацій з питань застосування законодавства України про вибори.

Організація і підготовка проведення виборів, що включає й інформаційну складову, постає дуже складним процесом. Це зумовлено передусім великою кількістю учасників (організаторів виборів на різних етапах виборчого процесу).

Серед них головне місце займають: 1) органи державної влади; 2) органи місцевого самоврядування; 3) виборчі комісії. Саме рішення органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також рішення виборчих комісій відіграють важливу роль у процесі організації і підготовки проведення виборів.

Доступність цих рішень для всіх суб'єктів виборчого процесу є невід'ємною ознакою прозорих демократичних виборів. Зазначимо, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування не мають права інформувати виборців про кандидатів, про виборчі об'єднання. Оприлюднення інформації з цих питань є прерогативою виборчих комісій.

Істотну роль в питаннях інформаційного забезпечення виборів відіграють ЗМІ. Проблема участі засобів масової інформації в інформаційному забезпеченні виборів досить актуальна у зв'язку з тим, що зараз вони активно залучені до виборчого процесу на всіх рівнях. Предмет інформування, здійснюваного ЗМІ під час виборчої кампанії, надзвичайно широкий та не визначений чітко в законодавстві. З цих підстав та через значний обсяг матеріалу щодо участі ЗМІ в інформаційному забезпеченні виборів, на жаль, ми не зможемо приділити увагу даному питанню в цій статті.

Серед науковців існує думка, що суб'єктами інформаційного забезпечення виборів можуть виступати фізичні та юридичні особи. Так, до юридичних осіб, що здійснюють інформування про вибори, можна віднести політичні партії, оскільки, відповідно до законодавства, політична партія має право вільно поширювати інформацію про свою діяльність. У чинному українському законодавстві, зокрема в ст. 12 Закону України «Про політичні партії в Україні», останнім дійсно надається можливість реалізації вказаного права. Проте ряд юристів дотримується думки про неможливість для політичних партій, кандидатів, довірених осіб бути суб'єктами інформування, адже поширювана ними інформація не виключає агітаційної складової. А наявність агітаційного матеріалу при наданні інформації про вибори буде суперечити основним засадам інформаційного забезпечення виборчого процесу.

З урахуванням виборчого законодавства політичною партією, що бере участь у виборах, у тому числі з питань інформаційного забезпечення виборів, політична партія, на наш погляд, може й повинна виконувати функції інформатора у питаннях, пов'язаних з її діяльністю. Важливо, щоб надана політичною партією інформація мала нейтральний характер, що характерний для інституту інформаційного забезпечення виборів, і не містила б ознак агітаційної діяльності. Предмет такого інформування буде, очевидно, мати вузьку спрямованість.

Також у якості суб'єктів інформаційного забезпечення виборів можуть виступати юридичні особи, які не беруть безпосередньої участі у виборчому процесі, а виконують супровідні функції для реалізації громадянами своїх виборчих прав, зокрема права на доступ до електоральної інформації. Юридичними особами, яких можна віднести до суб'єктів інформування, можуть виступати різні наукові установи, які, наприклад, здійснюють видання збірників, що вміщують науково-практичні коментарі виборчого законодавства, організують проведення «круглих столів», конференцій, під час проведення яких відбувається інформування про вибори, роз'яснюються норми виборчого законодавства.

Перелік суб'єктів інформаційного забезпечення виборів можемо доповнити представниками юридичної науки, зокрема науки конституційного права, котрі через свої наукові праці, не публічні виступи можуть інформувати про ті чи інші питання виборчого права та законодавства, роз'яснювати норми законодавства про інформаційне забезпечення виборів. Таке інформування звичайно будемо вважати неофіційним і таким, що носить характер просвітницької роботи. Адже деякі норми виборчого законодавства, зокрема положення щодо інформаційного забезпечення виборів містять недоліки, внаслідок чого виникає неоднозначне тлумачення таких норм. Саме в цьому випадку вирішення проблеми можливе шляхом наукового дослідження та надання наукового обґрунтування щодо певних недоліків у законодавстві. Необхідно зазначити, що наведений перелік фізичних і юридичних осіб не є вичерпним.

Згідно із запропонованою нами класифікацією інформаційне забезпечення виборчого процесу органами державної влади та місцевого самоврядування, виборчими комісіями, рядом фізичних та юридичних осіб можна розглядати як офіційне інформаційне забезпечення виборів, а в деяких випадках – як обов'язкове інформаційне забезпечення виборів. Слід підкреслити, що до всіх суб'єктів інформаційного забезпечення виборів, як ми вже вказували, застосовується імперативна норма про те, що зміст поширюваної ними інформації повинен бути об'єктивним та достовірним.

Суб'єкти інформаційного забезпечення виборів можуть здійснювати розповсюдження інформації через власні прес-служби, шляхом опублікування в офіційних засобах масової інформації, розміщувати інформацію у відповідних засобах масової інформації, які згідно із Законом зобов'язані опублікувати (випустити в ефір) її, передати для розміщення до інших засобів масової інформації, розміщувати на своїх офіційних веб-сайтах та на спеціально призначених для цього інформаційних стендах.

Підсумовуючи, можна висловити думку про те, що питання суб'єктів інформаційного забезпечення виборів як і самих виборчих інформаційних відносин мало досліджене. Особливої уваги заслуговує розгляд питання участі ЗМІ в інформаційному забезпеченні виборчої кампанії.

¹ Виборче право України : навч. посіб. / за ред. В. Ф. Погорілка, М. І. Ставнійчук – К. : Парламентське вид-во, 2003.

² Там само.

³ *Большаков С. В.* Информационное обеспечение выборов и референдумов в Российской Федерации ; 3-е изд. / С. В. Большаков, А. Г. Головин. – М. : Ассоциация некоммерческих организаций по защите избирательных прав «Гражданский контроль», 2007.

⁴ Прозорі вибори та ЗМІ в Україні: правове регулювання / О. Винников, Л. Чорній. –К. : Укр. незалеж. центр політ. дослідж., 2003. – 168 с. – Бібліогр.

- ⁵ Про вибори народних депутатів України : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2012. – № 10–11.
⁶ Про вибори Президента України : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1999. – № 14.
⁷ Про місцеві вибори : Закон України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2015. – № 37–38.
⁸ Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия : опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 1999. – 712 с.
⁹ Про вибори народних депутатів України : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2012. – № 10–11.
¹⁰ Про вибори Президента України : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1999. – № 14.
¹¹ Про місцеві вибори : Закон України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2015. – № 37–38.
¹² Про вибори народних депутатів України : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2012. – № 10–11.
¹³ Там само. – С. 74.

Резюме

Лізунова О. Д. Вибірчі інформаційні відносини: теоретико-практичний аспект.

У статті аналізуються теоретико-практичні аспекти відносин, що реалізуються в ході виборчої кампанії. Досліджується склад виборчих інформаційних відносин. Виокремлюються проблемні питання суб'єктів виборчих інформаційних відносин.

Ключові слова: інформаційне забезпечення виборів, правовідносини, виборчі інформаційні відносини, вибори, суб'єкт правовідносин.

Резюме

Лізунова О. Д. Избирательные информационные отношения: теоретико-практический аспект.

В статье анализируются теоретико-практические аспекты отношений, которые реализуются в ходе избирательной кампании. Исследуется состав избирательных информационных отношений. Выделяются проблемные вопросы субъектов избирательных информационных отношений.

Ключевые слова: информационное обеспечение выборов, правоотношения, избирательные информационные правоотношения, выборы, субъект правоотношений.

Summary

Lizunova O. Electoral informative issues: theoretical and practical aspect.

The study is dedicated to the problem of informative electoral legal issues in Ukraine. Various approaches of determination of electoral legal issues are observed.

The article touches upon the issue of informative providing of elections with participation of election commission. A Central election commission is independent body charged with overseeing the implementation of election procedures.

Key words: informative providing of elections, elections, Electoral legislation, Electoral code.

УДК 342.95

І. А. ЛЮК

Ірина Анатоліївна Люк, здобувач Київського університету права НАН України, Президент ГО "ЮРИДИЧНА СОТНЯ",

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ НАЦІОНАЛЬНИМ БАНКОМ УКРАЇНИ ПРИ СТВОРЕННІ БАНКІВ

Вплив дискреційних повноважень є досить суттєвим для реалізації прав учасників адміністративних процедур. Пов'язано це з тим, що наявність у державного органу певного права діяти на власний розсуд може мати як позитивні наслідки – забезпечувати індивідуальний підхід до задоволення потреб учасників адміністративних процедур та найефективнішої реалізації їх прав, так і негативні – спричиняти значні корупційні прояви. Якби Україна була країною зі сталою людиноцентриською ідеологією в основі роботи державних органів, слід було б розширювати дискреційні повноваження. Однак, враховуючи катастрофічну ситуацію із захистом прав людини та системність корупційних проявів, до посилення дискреційних спроможностей державних органів слід ставитись з обережністю – як мінімум до часу, коли реальні реформи у правоохоронній та судовій системі призведуть до певних змін свідомості.

На цьому етапі розвитку держави важливим є глибоке розуміння порядку обмеження дискреційних повноважень державних органів, а саме: чи варто застосовувати глибоку регламентацію адміністративних процедур, наслідком якої може бути зростання формалізму і, як наслідок, – розширення корупційних можливостей.

Дискреційні повноваження часто супроводжуються негативними явищами, пов'язаними з людським фактором: відсутність чіткої визначеності діяльності державних службовців щодо процедури здійснення

службових повноважень, розгляду адміністративних справ, прийняття рішень, видачі офіційних документів дає можливість створювати зайві ускладнення, перебільшувати свою роль у вирішенні питань, що є фактором, сприяючим розвитку корупції.

У такому контексті розглянемо місце дискреційних повноважень в процедурах створення банків та визначимо наявність, ступінь впливу та результативність діяльності уповноважених органів при реєстрації та ліцензуванні банків. Такий підхід дозволить визначити найбільш оптимальну модель побудови процедур створення банків для забезпечення вільного та конкурентного доступу на ринок банківських послуг.

Для цього необхідно, насамперед, з'ясувати сутність дискреційних повноважень.

Єдиним нормативним документом, в якому визначено поняття дискреційного повноваження, є Методологія проведення антикорупційної експертизи, затверджена Наказом Міністерства юстиції України від 23.06.2010 № 1380/5. За Методологією дискреційні повноваження трактуються як сукупність прав та обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з декількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом, проектом нормативно-правового акту¹.

У Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнятих Комітетом Міністрів 11.03.1980 на 316-й нараді, дискреційні повноваження визначені як повноваження, які адміністративний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин. Особливістю дискреційних повноважень, яка впливає із рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2, є право адміністративного органу на власний розсуд прийняти одне з кількох можливих рішень, в залежності від певних обставин².

Різниця у вказаних підходах досить важлива: означена Методологія Міністерства юстиції, на відміну від Рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2, надає державним органам та органам місцевого самоврядування, а також окремим уповноваженим особам істотно ширші повноваження, що полягає в можливості на власний розсуд повністю або частково визначити вид і зміст управлінського рішення. Таке визначення, на нашу думку, не є обґрунтованим, адже у розсуду державного органу мають бути межі допустимих законом рішень. Зазначене твердження відображене і у дослідженнях вчених у цій сфері, хоча з цього приводу виникає багато наукових дискусій.

Питання дискреційних повноважень, зокрема, органів державного управління – в межах більш загальної проблематики – розглядалися такими відомими адміністративістами, як В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, Ю. П. Битяк, І. П. Голосніченко, Т. О. Коломєць, В. К. Колпаков, Н. Р. Нижник, А. О. Селіванов та ін.

У словнику іншомовних слів «дискреція» визначається як «вирішення посадовою особою чи державним органом певного питання на власний розсуд»³.

Не можна не погодитися з цього приводу з думкою О. С. Лагоди, який вважає, що французький переклад дискреційності в загальносуспільному значенні, як діяльності на власний розсуд, за власним переконанням, суперечить її правовому змісту, адже йдеться не про безконтрольну, безвідповідальну роботу посадових осіб, а про реалізацію повноважень у межах, визначених законом. Відповідно, під адміністративним розсудом вчений пропонує розуміти діяльність органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, що ґрунтується на використанні можливостей, визначених нормою права, за власним переконанням⁴.

Ю. Г. Барабаш вважає, що дискреція передбачає одночасне поєднання двох елементів – «вольового, що включає в себе вільний розсуд, і інтелектуального (морально-правового), який означає використання дискреційних повноважень «за здоровим глуздом». При цьому автор зауважує, що під «здоровим глуздом» слід розуміти не стільки логічний порядок дій, скільки розумну усталеність правопорядку. Також він наводить приклад європейських країн, де межами владної дискреції є історичні конституційні традиції та правові звичаї. Саме правове регулювання на рівні моралі та суспільних традицій може бути «розумним обмеженням», яке не дозволяє «посадовій особі при реалізації дискреційних повноважень спиратись виключно на внутрішню мотивацію»⁵.

В. Б. Авер'янов, стверджує, що дискреційна влада – спосіб реалізації публічної влади, за яким відповідний суб'єкт влади (орган чи посадова особа) застосовує надані йому в межах закону повноваження на власний розсуд, без необхідності узгодження в будь-якій формі своїх дій з іншими суб'єктами⁶.

В. І. Ремньов розглядав дискреційні повноваження як право органу державного управління приймати владні рішення на власний розсуд. Розглядаючи ці органи в їх вертикальному підпорядкуванні, він дійшов висновку, що обсяг дискреційних повноважень зменшується зверху донизу. Самі ж дискреційні повноваження є елементом компетенції, і їх використання в рамках закону лише зміцнює законність⁷.

Французький вчений Г. Бребан вважав, що дискреційні повноваження, які означають свободу адміністрації оцінювати ситуації і приймати по них рішення, надають адміністрації простір у здійсненні вибору між вільними рішеннями. Вона вправі діяти або не діяти, а коли діє, то може вибирати один або декілька з можливих варіантів дій⁸.

Аналізуючи розуміння дискреційних повноважень у французькому праві, а також у праві інших держав, Ж. Зіллер зауважує, що не йдеться про свавільну чи безконтрольну діяльність адміністрації. Навпаки, існування в усіх країнах розвиненого, складного права дискреційної влади є, можливо, найкращим вираженням правової держави. Це дає можливість диференціювати ситуації належної компетенції, коли законодавець у

деякій мірі все передбачив, і адміністрація цілком може покласти на комп'ютери, щоб прийняти рішення, і ситуації – які трапляються частіше – коли адміністрація змушена вирішувати, якого саме конкретного змісту слід надати принципам діяльності чи політичним принципам стосовно загального порядку⁹.

О. П. Коренев зазначає, що за ступенем визначеності гіпотези і диспозиції норми можуть бути абсолютно визначені, відносно визначені і невизначені. На думку автора, існування визначеної і невизначеної диспозицій в адміністративному праві об'єктивно обумовлено характером управлінських відносин. У сфері управління часом виникають настільки індивідуальні суспільні відносини, що заздалегідь докладно регламентувати правом їх неможливо. Така регламентація поведінки суб'єктів адміністративного права призвела би до формалізму в управлінській діяльності¹⁰.

С. Корф, висловлюючи протилежну думку, зазначає, що у Європі надто боялися в будь-чому обмежити свободу дій адміністрації. Усім здавалося, що чим така свобода ширше, тим краще забезпечено «благо» держави (насправді ж інтереси «правлячих» класів). Ця точка зору призвела в Європі до створення могутньої адміністративної влади, яку мав обмежити інститут адміністративної юстиції... Із плином часу межі дискреційних повноважень органів адміністрації ставали все вужчими¹¹.

Тож, на даний момент, досить чітко можна визначити два протилежні напрями у правовому регулюванні щодо встановлення меж дискреційних повноважень: перший – правовими нормами, зокрема, підзаконними актами, намагаються охопити найменші дії уповноважених органів та їх посадових осіб, тобто звуження дискреційних повноважень, що характерно, наприклад, для законодавства Російської Федерації; другий – застосування широкої дискреції, в межах, визначених законом, поєднана зі сталими традиціями правової держави, що притаманно, наприклад, для європейських країн.

Україна, здебільшого, має схожу будову нормативних актів саме із законодавством Російської Федерації, при цьому досить часто повторюється їх структура та зміст.

Для розкриття питання щодо наявності та меж дискреції в процедурах створення банків в Україні, слід розглянути правові засади регулювання означених процедур та визначити обсяг дискреційних повноважень Національного банку України, як регулятора банківського ринку.

Згідно п. 9 ст. 7 Закону України «Про Національний банк України», Національний банк України наділений компетенцією здійснювати погодження статутів банків і змін до них, ліцензування банківської діяльності та операцій у передбачених законом випадках¹². При цьому, відповідно до п. 6 ст. 15 цього Закону, Правління Національного банку України встановлює порядок надання юридичним особам, які мають намір здійснювати банківську діяльність, банківських ліцензій, а також ліцензій іншим юридичним особам у випадках, передбачених законом. Таким чином, вказаний Закон встановив дискреційні повноваження Національного банку України – визначити порядок.

Статтею 17 Закону України «Про банки і банківську діяльність» (надалі – Закон) передбачений: порядок проведення державної реєстрації особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність; документи, які мають бути надані для погодження статуту особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність; строки прийняття рішення та повноваження Національного банку України щодо встановлення вимог до осіб, що мають намір здійснювати банківську діяльність¹³.

Стаття 19 Закону України «Про банки і банківську діяльність» визначає процедуру надання банківської ліцензії: порядок подання та перелік документів для отримання банківської ліцензії; строки прийняття рішень та повноваження Національного банку України щодо встановлення вимог до осіб, що мають намір отримати ліцензію.

Щодо повноважень Національного банку України, що визначені в ст.ст. 17, 19 Закону, вказано наступне: Національний банк України приймає рішення про погодження статуту або про відмову в погодженні статуту не пізніше тримісячного строку з дня подання повного пакета документів, визначених цим Законом, а також рішення про надання банківської ліцензії чи про відмову в її наданні протягом двох місяців з дня отримання повного пакета документів, визначених цим Законом. Зазначене не слід відносити до дискреційних повноважень Національного банку України, адже підстави для відмови визначаються Законом. Більш того, не можна передбачати вільного розсуду у встановленні підстав для відмови – це матиме наслідком безмежність повноважень та призведе до свавілля у діяльності державного органу.

Стаття 17 Закону визначає, що Національний банк України має право вимагати від заявника виправлення недоліків у поданих документах. Вказане є прикладом дискреційних повноважень, що мають позитивні риси з точки зору захисту прав осіб на здійснення підприємницької діяльності: саме надання повноважень на співпрацю із заявником для забезпечення виконання заяви можна вважати найкращим проявом концепції людиноцентристської держави.

Дискреційними є також повноваження, визначені ст.ст. 17, 19 Закону щодо встановлення Національним банком України вимог до документів, що подаються для створення банку, а саме щодо:

– переліку копій документів, необхідних для ідентифікації самого засновника та всіх осіб, через яких здійснюватиметься опосередковане володіння істотною участю у банку;

– переліку документів, що дають змогу зробити висновок про ділову репутацію; фінансовий стан засновника – юридичної особи, а також про майновий стан засновника – фізичної особи; наявність достатньої кількості власних коштів для здійснення заявленого внеску до статутного капіталу, джерела походження таких коштів;

– переліку документів, що засвідчують повну сплату внесків;

- формату відомостей про структуру власності;
- формату відомостей про асоційованих осіб засновника - фізичної особи;
- формату відомостей про юридичних осіб, у яких засновник - фізична особа є керівником та/або контролером;
- формату відомостей про пов'язаних із банком осіб;
- форму відомостей про наявність як мінімум трьох осіб, призначених членами правління, у тому числі голови правління, їх професійну придатність та ділову репутацію; професійну придатність головного бухгалтера та керівника підрозділу внутрішнього аудиту; ділову репутацію членів спостережної ради, головного бухгалтера та керівника підрозділу внутрішнього аудиту;
- вимог стосовно організаційної структури та наявності відповідних спеціалістів;
- вимоги до бізнес-плану.

Ці дискреційні повноваження Національного банку України при створенні банків знайшли своє відображення у Постанові «Про затвердження деяких нормативно-правових актів Національного банку України» від 08.09.2011 р. № 306¹⁴.

Слід окремо зупинитися на наданих Національному банку України дискреційних повноваженнях, що мають негативний вплив на побудову системи захисту прав і свобод осіб та є джерелом корупції – це можливість самостійно встановлювати підстави для відмови у погодженні статуту та надання банківської ліцензії. Зокрема, ст. 18 Закону встановлено, що підставою для відмови в погодженні статуту юридичної особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність є, крім іншого те, що:

- 1) подані документи не відповідають вимогам нормативно-правових актів Національного банку України;
- 2) ділова репутація засновника, а для засновника – юридичної особи і членів її виконавчого органу та/або наглядової ради та всіх осіб, через яких здійснюватиметься опосередковане володіння істотною участю в банку, не відповідає вимогам, встановленим Національним банком України;
- 3) фінансовий стан засновника – юридичної особи та/або майновий стан засновника – фізичної особи не відповідають вимогам, встановленим Національним банком України;
- 4) структура власності самої юридичної особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність, та/або засновника, що набуває істотної участі, не відповідає вимогам щодо її прозорості, встановленим Національним банком України;
- 5) не надано документи, що підтверджують наявність сплаченого статутного капіталу юридичної особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність.

Відповідно до ст. 19¹ Закону підставами для відмови у видачі банківської ліцензії, крім іншого, є наступні:

- 1) документи, подані для видачі банківської ліцензії, не відповідають вимогам нормативно-правових актів Національного банку України;
- 2) професійна придатність та/або ділова репутація не відповідають вимогам, встановленим Національним банком України;
- 3) відсутні банківське обладнання, комп'ютерна техніка, програмне забезпечення, приміщення, що відповідають вимогам, встановленим Національним банком України.

Проведений нами аналіз означеного Закону дозволяє зробити висновок про те, що він достатньою мірою визначає, яким чином мають відбуватися процедури створення банку та передбачає дискреційні повноваження Національного банку України щодо встановлення вимог до інформації, що подається для погодження статуту особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність та отримання ліцензії. Водночас Закон, на нашу думку, має досить важливий недолік – коли межі дискреції встановлюються органом держави для себе самостійно. Той факт, що Національний банк України на власний розсуд, змінюючи підзаконні акти, може встановлювати підстави для відмови у погодженні статуту та видачі ліцензії і спричиняє зайвий формалізм в процедурах, можливості для вирішення цього питання в «ручному режимі» та корупційні прояви.

Аналізуючи вказане, а також спираючись на типовість побудови процедурних норм в Україні, маємо висновок про те, що НБУ наділений можливостями встановлювати межі своєї дискреції через підзаконні акти, при цьому не обмежуючись єдиними принципами, правилами та підходами, що негативно впливає на стан захисту прав і свобод осіб.

Подібних висновків з цього приводу дійшов у своєму дослідженні А. А. Грінь, який вказував, що повноваження державних органів встановлюються в нормах права як на законодавчому, так і на підзаконному правових рівнях. При цьому дискреційні повноваження характеризуються відсутністю однозначного нормативного регулювання дій органу виконавчої влади. Тобто, за наявності, права, законодавством не встановлюється міра необхідної поведінки зобов'язаного суб'єкта (органу виконавчої влади). Отже, формально державою не забезпечується дотримання приписів правових норм як юридичного обов'язку щодо реалізації дискреційних повноважень¹⁵.

Зазначена ситуація може бути виправлена з прийняттям закону про адміністративну процедуру, проект якого розміщений на сайті Міністерства юстиції України¹⁶. Закон регулює відносини органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових осіб, інших суб'єктів, які уповноважені здійснювати владні управлінські функції щодо прийняття адміністративного акту та його виконання. Однак, цей проект закону не виправляє ситуацію із безмежною дискрецією державних органів і потребує відповідних змін в цьому аспекті.

Таким чином, у розумінні та використанні дискреції в роботі Національного банку України, можемо зробити висновки:

1) в цілому, наявність дискреційних повноважень у Національного банку України при створенні банків дозволяє збільшити ефективність його діяльності, його інституційні спроможності, сприяє реалізації прав осіб, що мають намір здійснювати банківську діяльність;

2) з одного боку, регламентація «кожного кроку» повинна мати результатом усунення будь-яких свавільних проявів. Однак, як вказує багаторічний досвід регулювання фінансових ринків, саме в системах зі свободою у діяльності державних органів та широкою дискрецією найбільш захищені права осіб та розвинута конкуренція. Відповідно, звуження дискреції є результатом та показником надмірного втручання держави в усі сфери існування суспільства та зменшення права на вибір не тільки в діяльності державних органів, а й щодо приватних осіб;

3) дискреція не має застосовуватись НБУ при встановленні підстав для відмови у реалізації прав особам – ці підстави мають регулюватися законом, інакше результатом буде корумпованість діяльності;

4) не можливо вичерпно визначити всі варіанти адміністративних ситуацій, у зв'язку з чим маємо чітко розуміти можливості і сфери застосування адміністративного розсуду.

¹ Методологія проведення антикорупційної експертизи, затвердженої Наказом Міністерства юстиції України від 23.06.2010 р. № 1380/5: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v1380323-10>

² COMMITTEE OF MINISTERS. RECOMMENDATION No. R (80) 2. OF THE COMMITTEE OF MINISTERS. CONCERNING THE EXERCISE OF DISCRETIONARY POWERS BY ADMINISTRATIVE AUTHORITIES: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId09000016804f22ae>

³ Бирик С. П. Словник іншомовних слів / С. П. Бирик, Г. М. Сютя. – Х.: Консум, 2006. – 380 с. – С. 183.

⁴ Лагода О. Основні помилки у застосуванні дискреційних повноважень посадовими особами адміністративних органів / Право України. – 3/2009. – 186 с. – С. 86. – Режим доступу: pravoua.com.ua/ru/store/cdownload/pravoukr/pravoukr_2009_3/

⁵ Барабаш Ю. Г. Дискреційні повноваження вищих органів влади: правова природа та умови ефективного застосування / Ю. Г. Барабаш // Університетські наукові записки. – 2007. – № 4. – 598 с. – С. 49–54. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2007_4_9

⁶ Авер'янов В. Б. Дискреційна влада / В. Б. Авер'янов // Юридична енциклопедія : у 6 т. – Т. 2. – К. : Українська енциклопедія, 1999. – 744 с. – С. 195.

⁷ Ремнев В. И. Социалистическая законность в государственном управлении. – М., 1979. – 302 с. – С. 51–53.

⁸ Бребан Г. Французское административное право. – М.: Прогресс, 1988. – 488 с. – С. 192.

⁹ Зіллер Ж. Політико-адміністративні системи країн ЄС. – К.: Основа, 1996. – 420 с. – С. 243.

¹⁰ Коренев А. П. Нормы административного права и их применение / А. П. Коренев. – М.: Юрид. лит., 1978. – 265 с. – С. 20.

¹¹ Корф С. А. Административная юстиция в России. Книга третья / Корф С. А. // Административная юстиция: конец XIX – начало XX века: Хрестоматия. Ч. 1 / сост. Ю. Н. Старилов. – Воронеж: ВГУ, 2004. – 720 с. – С. 706–707.

¹² Закон України «Про Національний банк України». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/679-14/print1467367577674365>

¹³ Закон України «Про банки і банківську діяльність». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2121-14/print1467367577674365>

¹⁴ Постанова Національного банку України «Про затвердження деяких нормативно-правових актів Національного банку України» від 08.09.2011 р. № 306 ». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1203-11/print1458051673315793>

¹⁵ Грінь А. А. Дискреція як особливий елемент повноважень органів виконавчої влади / Часопис Київського університету права. – 2014/3. – С. 97.

¹⁶ Проект Закону України «Про адміністративну процедуру». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://civic.kmu.gov.ua/consult_mvc_kmu/consult/poll/project/3457

Резюме

Лоук І. А. Особливості реалізації дискреційних повноважень Національним банком України при створенні банків.

У статті аналізується поняття дискреційних повноважень. Окреслено вимоги національного законодавства щодо створення банків. З'ясовані дискреційні повноваження Національного банку України в означених процедурах. Проаналізовані проблеми реалізації процедур створення банків. Доводиться необхідність законодавчого встановлення меж дискреційних повноважень Національного банку України.

Ключові слова: дискреційні повноваження, процедури створення банків, Національний Банк України, закон про адміністративну процедуру.

Резюме

Лоук І. А. Особенности реализации дискреционных полномочий Национальным банком Украины при создании банков.

В статье анализируется понятие дискреционных полномочий. Определены требования национального законодательства по созданию банков. Выявлены дискреционные полномочия Национального банка Украины в указанных процедурах. Проанализированы проблемы реализации процедур создания банков. Доказывается необходимость законодательного установления границ дискреционных полномочий Национального банка Украины.

Ключевые слова: дискреционные полномочия, процедуры создания банков, Национальный Банк Украины, закон об административной процедуре.

Summary

Loyuk I. Characteristics of the discretionary powers of the National Bank of Ukraine in the creation of banks.

The article analyzes the concept of discretion and outlines the requirements of the national legislation for the establishment of banks. It also clarifies discretionary powers of the National Bank of Ukraine in the above mentioned procedures. The author describes typical problems of the procedures of the establishment of banks and proves the necessity of introducing legal limits on the discretionary powers of the National Bank of Ukraine.

Key words: discretion, procedures for the establishment of banks, the National Bank of Ukraine, the law on administrative procedure.

УДК 342.922

К. В. СЕЛІВАНОВА

Ксенія Вадимівна Селіванова, аспірантка Класичного приватного університету

ПРОБЛЕМАТИКА ВИБОРЧОЇ СИСТЕМИ НА ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ

У політичному та юридичному розумінні вибори – це процедура формування державного або самоврядного органу влади, наділення повноваженнями посадових осіб, яка здійснюється шляхом голосування виборців – осіб, наділених активним виборчим правом. виборче право – це гарантована громадянину державою можливість брати участь у виборах державних органів та органів місцевого самоврядування. Це комплекс конкретних прав особи, до яких насамперед належить активне виборче право або право голосу, яке інколи йменують загальним виборчим правом. Відтак, метою дослідження у даній статті є виявлення проблематики реалізації виборчої системи на окупованих територіях та пропозиції щодо удосконалення в цьому напрямі чинного законодавства.

За своїм характером і роллю в політичному житті вибори можуть бути конкурентними (альтернативними), псевдоконкурентними, фальсифікованими. Останні два типи притаманні недемократичним, здебільшого авторитарним, політичним режимам і характеризуються відсутністю альтернативності.

Інститут виборів тісно пов'язаний з такими категоріями, як «легітимність» та «легітимація». Легітимність влади – це стан, за якого спосіб формування і діяльності політичної влади збігається з існуючими в суспільстві нормами та цінностями, а результати діяльності відповідають соціальним очікуванням, які визнає народ. Іншими словами, це добровільне визнання існуючої влади громадянами, довіра до неї з їх боку, визнання її справедливою, прогресивною. Відповідно, легітимація – це процес визнання влади правочинною, утвердження її легітимності.

Проблемні аспекти волевиявлення громадянина України на виборах, який проживає на тимчасово окупованій території. Варто зазначити, що в нашій країні на даний момент у певних регіонах склалася нестабільна ситуація, пов'язана з проведенням неоголошеної збройної агресії Російської Федерації проти України. У зв'язку з цим виникає ряд проблем у сфері здійснення виборчого права на окупованих територіях, доцільності обрання певної виборчої системи, вдосконалення законодавства¹.

У ч. 1 ст. 1 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» зазначено, що тимчасово окупована територія України (далі – тимчасово окупована територія) є невід'ємною частиною території України, на яку поширюється дія Конституції та законів України. Даним законом визначено, що датою початку тимчасової окупації є 20 лютого 2014 року².

Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» внутрішньо переміщеною особою є громадянин України, іноземець або особа без громадянства, яка перебуває на території України на законних підставах та має право на постійне проживання в Україні, яку змусили залишити або покинути своє місце проживання у результаті або з метою уникнення негативних наслідків збройного конфлікту, тимчасової окупації, повсюдних проявів насильства, порушень прав людини та надзвичайних ситуацій природного чи техногенного характеру³. Законодавством визначено, що внутрішньо переміщена особа реалізує своє право голосу на виборах Президента України, народних депутатів України, місцевих виборах та референдумах шляхом зміни місця голосування без зміни виборчої адреси згідно з частиною третьою ст. 7 Закону України «Про Державний реєстр виборців»⁴.

У випадку України розглядається можливість дистанційного голосування, хоча організаційно це досить складно, а результати виборів можуть бути поставлені під сумнів загалом.

Аналіз міжнародних підходів дає змогу дійти висновку, що так зване «заочне» голосування не дає бажаних результатів (особливо якщо це стосується проведення місцевих виборів).

Втім, якщо стоїть глобальне питання безпеки, то голосування «заочно» може бути виправданим, адже право на життя є базовим.

Згідно з ч. 1 ст. 8 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» під час проведення виборів Президента України, народних депутатів

України, всеукраїнського референдуму голосування громадян України на тимчасово окупованій території не організовується і не проводиться⁵.

Громадянам України, які проживають на тимчасово окупованій території, створюються умови для вільного волевиявлення під час виборів Президента України, народних депутатів України та всеукраїнського референдуму на іншій території України.

Аналізуючи українське законодавство, можна дійти висновку, що громадяни України, які проживають на тимчасово окупованій території, мають право реалізувати своє право голосу на таких виборах або всеукраїнському референдумі шляхом зміни місця голосування без зміни виборчої адреси згідно з частиною третьою ст. 7 Закону України «Про Державний реєстр виборців»⁶.

Відповідно до частини третьої ст. 7 Закону України «Про Державний реєстр виборців» за мотивованим зверненням виборця, який має право голосу на відповідних виборах, орган ведення Реєстру може тимчасово (на період їх проведення) змінити виборчу місце голосування (виборчу дільницю) без зміни його виборчої адреси. Таке звернення подається до органу ведення – Реєстру – за місцезнаходженням зазначеної виборцем виборчої дільниці або за виборчою адресою не пізніше ніж за п'ять днів до дня голосування на відповідних виборах. Тимчасова зміна місця голосування виборця (виборчої дільниці) підтверджується посвідченням за формою, встановленою Центральною виборчою комісією, яке видається виборцю⁷.

Згідно з частинами першою та четвертою ст. 8 Закону України «Про Державний реєстр виборців» виборчою адресою виборця є адреса його житла або місця перебування виборця чи інша адреса, що замінює адресу житла виборця, яка є підставою для віднесення виборця до відповідної виборчої дільниці. Виборчою адресою військовослужбовця строкової служби є адреса дислокації військової частини (формування).

Також зазначено, що на тимчасово окупованій території вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатів місцевих рад, сільських, селищних, міських голів, місцевий референдум не проводяться. Органи ведення Державного реєстру виборців, утворені на території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, ведення Державного реєстру виборців не здійснюють. Порядок доступу до записів про виборців, виборча адреса яких належить до території, на яку поширюються повноваження цих органів ведення Державного реєстру виборців, а також актуалізації цих записів встановлюються Центральною виборчою комісією⁸.

Відповідно до частини п'ятої ст. 14 Закону України «Про Державний реєстр виборців» органом ведення Реєстру є:

- 1) у районі, районі в місті Києві, місті Севастополі – відповідний структурний підрозділ апарату районної, районної у місті державної адміністрації;
- 2) у місті обласного (республіканського – в Автономній Республіці Крим) значення без районного поділу – відповідний виконавчий орган міської ради;
- 3) у районі в місті обласного значення з районним поділом – відповідний виконавчий орган районної у місті ради або відповідний структурний підрозділ створеного у районі виконавчого органу міської ради⁹.

Згідно з п. 2.1 Порядку тимчасової зміни місця голосування виборця без зміни його виборчої адреси, затвердженого постановою Центральної виборчої комісії від 13 вересня 2012 р. № 893 (далі – Порядок), заява про тимчасову зміну місця голосування виборця (далі – заява) приймається органом ведення Реєстру:

- за вказаним у заяві місцем перебування виборця в день виборів (повторного голосування), чи місцезнаходженням виборчої дільниці, дільниці для голосування, яку він просить визначити місцем його голосування;
- за виборчою адресою заявника, яка визначається відповідно до ст. 8 Закону України «Про Державний реєстр виборців» (вказана стаття вже згадувалася, однак нагадаємо: «згідно частин першої, четвертої статті 8 Закону України «Про Державний реєстр виборців» виборчою адресою виборця є адреса його житла або місця перебування виборця чи інша адреса, що замінює адресу житла виборця, яка є підставою для віднесення виборця до відповідної виборчої дільниці»)¹⁰.

У заяві зазначаються ідентифікаційні персональні дані виборця, які однозначно визначають його особу: прізвище, власне ім'я (усі власні імена), по батькові, дата та місце народження, його виборча адреса, а також мотивування необхідності тимчасової зміни місця голосування та адреса, де він перебуватиме в день виборів (повторного голосування) або референдуму, чи номер виборчої дільниці (дільниці для голосування), яку він просить визначити місцем його голосування, із зазначенням виборчого округу та його номера (за наявності).

До заяви додаються документи (копії документів), які підтверджують необхідність тимчасової зміни місця голосування виборця без зміни виборчої адреси. У разі якщо до заяви додаються копії документів, їх оригінали пред'являються органу ведення Реєстру для перевірки вірності цих копій.

Тобто, проведення виборів на окупованій території не проводиться, однак громадяни (внутрішньо переміщені особи) мають право реалізувати право голосу шляхом зміни місця голосування¹¹.

Законопроекти щодо виборів на окупованих територіях: вирішення існуючих проблем чи створення нових?

На даний момент актуальним є обговорення проекту Закону України «Про заборону проведення виборів народних депутатів України та місцевих виборів на тимчасово окупованій території», зареєстрованого за № 4719 від 25 травня 2016 року.

У пояснювальній записці даного законопроекту зазначено, що окремі політики і політичні сили сьогодні через засоби масової інформації намагаються донести до українців необхідність проведення виборів народних депутатів України та місцевих виборів на окупованій території Донецької й Луганської областей.

Відповідно до ч. 1 ст. 1 законопроекту пропонується заборонити проведення виборів народних депутатів України та місцевих виборів на тимчасово окупованій території до:

- 1) звільнення усіх військовополонених, заручників та незаконно утримуваних громадян України;
- 2) виведення з території України всіх військових формувань Збройних Сил Російської Федерації та припинення будь-якої підтримки терористичних організацій на Сході України;
- 3) відновлення повного контролю над державним кордоном з боку Уряду України, а також забезпечення постійного моніторингу на українсько-російському державному кордоні та верифікацію з боку ОБСЄ зі створенням зони безпеки у прикордонних районах України і Російської Федерації та забезпечення дотримання режиму державного кордону на всій лінії українсько-російського державного кордону;
- 4) повернення анексованих територій Автономної Республіки Крим та міста Севастополя під контроль України;

5) повного відшкодування всієї заподіяної збройною агресією шкоди в обсязі, визначеному у підготовленій Кабінетом Міністрів України консолідованій претензії України до Російської Федерації;

6) відведення від українсько-російського кордону Збройних Сил Російської Федерації;

7) притягнення до кримінальної відповідальності та покарання осіб, винних у плануванні, підготовці, початку та здійсненні агресії проти України та скоєнні воєнних злочинів і злочинів проти людяності¹².

Згідно із законопроектом метою його прийняття є повернення окупованих територій та подальше відвернення безпосередньої збройної агресії Російської Федерації, знешкодження незаконних терористичних організацій і груп, що підтримуються Російською Федерацією на території Донецької та Луганської областей.

Прийняття зазначеного законопроекту забезпечить прискорення відновлення територіальної цілісності держави та ефективного контролю над тимчасово окупованими територіями, а також забезпечення миру, стабільності, безпеки і демократичного розвитку України, повернення окупованих територій та подальше відвернення безпосередньої збройної агресії Російської Федерації, знешкодження незаконних терористичних організацій і груп, що підтримуються Російською Федерацією на території Донецької та Луганської областей¹³.

Європейська половина «Нормандської четвірки» підкреслює необхідність з боку української влади ухвалення закону про вибори на окупованих територіях. На це міністри закордонних справ Франції та Німеччини Жан-Марк Еро та Франк-Вальтер Штайнмаєр звернули увагу українського колеги Павла Клімкіна в Києві. Натомість про зміни до конституції вони не говорили.

Варто наголосити, що зареєстрованого законопроекту про вибори на окупованих територіях немає, але спостерігається пошук обговорення з приводу даної теми.

Неодноразово зазначалося, що головними мають стати чотири позиції, які є принциповими для країни: вибори відповідно до українського законодавства, доступ для всіх українських ЗМІ, формування виборчих комісій та нагляд міжнародних спостерігачів.

Міжнародний досвід проведення виборів на окупованих територіях. Аналізуючи міжнародний досвід, дійсно можна погодитися з думкою, що вибори слід проводити тільки тоді, коли кордони держави перебувають під її повним контролем або контролем міжнародних спостерігачів, інакше не існує жодних гарантій безпеки у день голосування, а також є висока ймовірність участі у виборах осіб, які не є громадянами держави.

В успішних випадках врегулювання конфлікту, зокрема в Хорватії, Боснії, Косово та Ліберії, вибори відбувалися після встановлення ефективного контролю за перетином кордону.

Створення незалежної виборчої комісії (інституційне забезпечення проведення виборів). Робота незалежної виборчої комісії має надзвичайно важливе значення для успішного проведення виборів у постконфліктний період.

Тільки повернення вимушено переміщених осіб (далі – ВПО) та біженців у свої рідні міста і села здатне забезпечити довготривалий мир, в іншому разі йдеться лише про електоральні маніпуляції¹⁴.

У Боснії міжнародні організації основну ставку робили на те, що ВПО та біженці голосуватимуть не «заочно», а особисто у місця свого колишнього проживання. Однак для повернення потрібен час, що є додатковим аргументом на користь відтермінування виборів.

Важливу роль у створенні подібного середовища відіграють ЗМІ, а тому видається корисним досвід Боснії щодо створення спеціального органу для моніторингу медіа-контенту на дотримання професійних стандартів журналістики.

Паралельно слід розробити документ, який би визначав стандарти та принципи поведінки ЗМІ, а також механізм застосування санкцій (як проти внутрішніх, так і зовнішніх ЗМІ) у випадку їх порушення.

Це сприятиме чесності та демократичності проведення виборів – зменшенню маніпуляцій з боку мас-медіа, контрольованих окремими партіями чи особами, а в результаті – зміцненню позицій поміркованих сил.

Зазначають, що наперед визначена дата голосування (до фактичного виконання усіх етапів врегулювання конфлікту) підриває зусилля із забезпечення чесного та відкритого виборчого процесу.

Це свідчить про те, що вибори можна проводити тільки на демілітаризованій території, адже сторона, яка програє вибори, може спробувати за допомогою зброї змінити результати волевиявлення.

Наприклад, досвід Англії показує, що при проведенні виборів до завершення процесу роззброєння зростає ймовірність відновлення збройного протистояння.

Дослідження конфліктів у постконфліктний період показали, що несвоєчасне проведення виборів у «хиткому постконфліктному суспільстві» призводить до ще більшої ескалації протистояння. Загалом дослід-

ники проаналізували 58 випадків проведення виборів у постконфліктному середовищі з 1960 р. по 2002 р. і побачили таку взаємозалежність: якщо вибори проводяться менш ніж за два роки після припинення вогню, у випадку молодих демократій, і менш ніж за рік після припинення вогню, у випадку розвинутих демократій, це призводить до поновлення збройного протистояння.

Проведення виборів за три роки після припинення вогню є найсприятливішим для стабілізації ситуації та збереження миру.

Результати доповіді Центру з міжнародних миротворчих операцій (Center for International Peace Operations (ZIF)) та Міжнародного центру з проведення миротворчих тренінгів ім. Кофі Аннана (Kofi Annan International Peacekeeping Training Centre (KAIPTC)), підготовленої на основі аналізу конфліктів у всьому світі тридцятьма провідними експертами, демонструють, що вибори не можуть відбуватися за відсутності необхідного безпечного оточення (*a sufficiently secure environment*) та дієздатних інститутів. До того ж йдеться не лише про безпеку волевиявлення виборців, а й про безпечну участь усіх партій та кандидатів.

Варто зазначити, що принцип загального, рівного і прямого виборчого права є безпосереднім правом народу на здійснення свого невід'ємного і природного права на участь у народному представництві, яке, у свою чергу, полягає в урахуванні інтересів усіх соціальних груп населення незалежно від їх соціального походження, майнового стану або політичних поглядів та інтересів меншості населення держави.

Сучасні українські вчені під принципом загального, рівного і прямого виборчого права розуміють можливість громадян безпосередньо брати участь у виборах без обмежень їхніх виборчих прав чи надання певних привілеїв одних перед іншими, крім обмежень, установлених законодавством¹⁵. На думку Л. Козодоя, зазначений принцип означає, що активне та пасивне виборче право визнається за всіма особами, які відповідають певним ознакам, установленим законодавством. Коло суб'єктів, за якими визнається виборче право, обмежується спеціальними юридичними кваліфікаціями¹⁶.

Принцип загального, рівного і прямого виборчого права можна визначити як безперешкодне забезпечення природного права всіх громадян України на участь в управлінні державними справами незалежно від їх соціального походження, майнового стану, політичних поглядів, а також наближення до ресурсів держави.

Основними ознаками зазначеного принципу є:

1) можливість брати участь у виборчому процесі як кандидати і бути обраними незалежно від того, є у них партійна приналежність чи підтримка певної партії або немає, оскільки жодна партія не має права присвоювати право народу на представництво його інтересів;

2) обов'язкова участь представників усіх верств населення в народному представництві;

3) забезпечення однакових можливостей усім кандидатам для проведення агітаційної кампанії незалежно від їх наближення до адміністративного ресурсу;

4) відкритість джерел фінансування виборчих кампаній кандидатів;

5) відсутність будь-яких обмежень щодо виборчих прав особи, крім тих, які є об'єктивними, а саме: наявність громадянства, певний вік, судимість, обмеження дієздатності.

Отже, можемо зробити висновок, що основною передумовою реалізації українськими громадянами своїх виборчих прав є забезпечення доступності для використання свого активного і пасивного виборчого права. Сучасне виборче законодавство не надає такої можливості громадянам, які проживають на окупованих територіях, що негативно позначається на розвитку громадянського суспільства. Вирішення зазначеної проблеми можливе лише шляхом внесення відповідних змін до законів на основі правового розуміння сутності прав народу на безпосереднє управління державою.

¹ Конституція України : Основний Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 142.

² Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб : Закон України від 20 жовтня 2014 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 1. – Ст. 1.

³ Там само.

⁴ Про Державний реєстр виборців : Закон України від 22 лютого 2007 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 20. – Ст. 282.

⁵ Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб : Закон України від 20 жовтня 2014 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 1. – Ст. 1.

⁶ Про Державний реєстр виборців : Закон України від 22 лютого 2007 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 20. – Ст. 282.

⁷ Там само.

⁸ Богашева Н. В. Еволюція виборчої системи в Україні / Н. В. Богашева, Ю. Б. Ключковський // Виборче законодавство України: проблеми та шляхи вирішення (За матеріалами науково-практичних конференцій та круглих столів) ; Ін-т виборч. права. – К. : ФАДА, ЛТД, 2005. – С. 85.

⁹ Про Державний реєстр виборців : Закон України від 22 лютого 2007 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 20. – Ст. 282.

¹⁰ Про забезпечення тимчасової зміни місця голосування виборця без зміни його виборчої адреси : постанова ЦВК від 13 вересня 2012 р. № 893 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0893359-12>

¹¹ Там само.

¹² Про заборону проведення виборів народних депутатів України та місцевих виборів на тимчасово окупованій території : Законопроект № 4719 від 25 травня 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=59222&pf35401

¹³ Там само.

¹⁴ Ключковський Ю. Б. *Виборчі системи та українське виборче законодавство* / Ю. Б. Ключковський. – К. : Час Друку, 2011. – 132 с.

¹⁵ Конституційне право України : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / за ред. Ю. М. Тодики, В. С. Журавського. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2002. – 544 с.

¹⁶ Козодой Л. Принципи загального виборчого права: теоретико-конституційний аналіз / Л. Козодой // *Вибори та демократія*. – 2009. – № 3 (21). – С. 4–8.

Резюме

Селіванова К. В. Проблематика виборчої системи на окупованих територіях.

У статті розглянуто проблемні аспекти волевиявлення громадянина України на виборах, який проживає на тимчасово окупованій території. Проаналізовано законопроекти щодо виборів на окупованих територіях та міжнародний досвід проведення виборів на окупованих територіях. Автором зазначено, що у випадку України розглядається можливість дистанційного голосування, хоча так зване «заочне» голосування і не дає бажаних результатів, але питання безпеки є важливішим.

Ключові слова: вибори, виборча система, окупована територія, «дистанційне» голосування, внутрішньо переміщена особа, волевиявлення.

Резюме

Селіванова К. В. Проблематика избирательной системы на оккупированных территориях.

В статье рассмотрены проблемные аспекты волеизъявления гражданина Украины на выборах, который проживает на временно оккупированной территории. Проанализированы законопроект о выборах на оккупированных территориях и международный опыт проведения выборов на оккупированных территориях. Автор отмечает, что в случае Украины рассматривается возможность дистанционного голосования, хотя так называемое «заочное» голосование и не дает желаемых результатов, но вопросы безопасности важнее.

Ключевые слова: выборы, избирательная система, оккупированная территория, «дистанционное» голосование, внутренне перемещенное лицо, волеизъявление.

Summary

Selivanova K. The issue of electoral system in the occupied territories.

In the article the problematic aspects of the will of the citizens of Ukraine on elections, temporarily living in the occupied territory. Analyzes draft laws on elections in the occupied territories and the international experience of holding elections in the occupied territories. The author states that in the case of Ukraine the possibility of remote voting, although the so-called “correspondence” vote and does not give the desired results, but security is more important.

Key words: election, electoral system, the occupied territories, “remote” voting internally displaced people will.

УДК 342.9: 342.8

I. I. СПІВАКОВ

Ілля Ігоревич Співаков, здобувач Національного університету біоресурсів і природокористування України

ЦЕНТРАЛЬНА ВИБОРЧА КОМІСІЯ ЯК ОСНОВНИЙ СУБ'ЄКТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИБОРЧИХ ВІДНОСИН

Організація та проведення демократичних виборів на сучасному етапі розвитку українського суспільства є значними суспільно-політичними заходами, що здійснюються для забезпечення легітимного суспільного представництва в системі виборних органів державної влади. Дані процеси відбуваються за участі значної кількості суб'єктів управління, основне місце серед яких займає Центральна виборча комісія, на яку законодавством України покладено обов'язок виконання різноманітних функцій, а їх роль у забезпеченні прозорих та чесних виборів не викликає жодних сумнівів.

До сьогодні такі суб'єкти виборчих відносин, як Центральна виборча комісія (далі – ЦВК) розглядалися переважно з точки зору конституційно-правового регулювання, що, на нашу думку, дещо зменшує її роль як суб'єкта адміністративно-правового регулювання, адже основною її метою є належна організація, контроль та нагляд за проведенням виборчого процесу, дотримання прав та свобод інших учасників виборчих відносин тощо. З огляду на переважачий управлінський характер діяльності ЦВК її неодмінно слід віднести до адміністративно-правових. Дослідження адміністративно-правового статусу ЦВК, як основного органу державної влади, щодо забезпечення виборчих відносин є надзвичайно актуальним у сучасний період невпинної демократизації виборчих відносин, на шляху нашої держави до демократичних перетворень.

Питання визначення правового статусу учасників виборчих відносин в Україні були предметом дослідження окремих науковців: В. Авер'янова, С. Алексєєва, М. Афанасьєва, Д. Бахраха, Ю. Битяка, Н. Богданової, Ю. Веденєєва, А. Венгерова, Ю. Дмитрієвої, Є. Додіна, С. Кальченко, С. Ківалова, Ю. Ключковського, С. Князева, М. Ковальова, Ю. Козлова, Л. Юзькова та ін. Окрім того, деякі наукові дослідження були присвячені окремим питанням управління виборчим процесом, формування та функціонування виборчих комісій, спостереження за перебігом голосування, підбиття підсумків виборів тощо, серед яких наукові праці: Я. Бачинського, С. Князева, В. Когутюк, Л. Козодоя, А. Колодій, А. Савкова, І. Фетеску, І. Шкурати та ін. Однак, попри значну кількість наукових досліджень, присвячених проблемам виборчого процесу, взаємодії держави та політичних інституцій, існують певні розбіжності в тлумаченні основних категорій і ролі суб'єктів виборчих відносин та самої держави, як основного суб'єкта адміністративно-правового регулювання у сфері виборчих відносин, залучення нею відповідного набору інструментів та важелів впливу.

Метою даної статті є визначення адміністративно-правового статусу Центральної виборчої комісії, її місця і ролі серед суб'єктів адміністративно-правового регулювання виборчих відносин в Україні.

Органи державної влади в Україні відіграють головну роль у сфері виборчих відносин. Їх завданнями є забезпечення організації підготовки та проведення виборів і референдумів в Україні, забезпечення реалізації та захисту конституційних виборчих прав громадян України і прав на участь у референдумах, суверенного права Українського народу на виявлення своєї волі, попередження й припинення правопорушень у сфері виборчих відносин та поновлення порушених прав тощо. Повноваження та функції суб'єктів виборчих відносин в Україні містяться в низці законодавчих актів. Зокрема, це: Конституція України, Закон України (далі – ЗУ) «Про центральну виборчу комісію», ЗУ «Про вибори народних депутатів України», ЗУ «Про вибори Президента України» тощо. Проте як у чинному законодавстві України, так і в наукових джерелах ми не змогли знайти повного переліку суб'єктів адміністративно-правового регулювання виборчих відносин, а тому дана проблематика потребує висвітлення.

Адміністративно-правовий статус ЦВК як органу управління у сфері виборчих відносин визначає правове положення виборчих комісій як учасників зазначених відносин у відношенні до держави та її органів, а також іншим суб'єктам правовідносин у сфері організацій та проведення виборів.

Питання правового статусу ЦВК, передусім адміністративно-правового, лежить в площині визначення суб'єктів адміністративно-правового регулювання виборчих відносин в Україні, тому аналіз правового статусу даного органу слід здійснювати з позиції визначення основоположного поняття суб'єкта адміністративно-правового регулювання виборчих відносин.

Визначення системи суб'єктів адміністративно-правового регулювання з боку вчених-правників відрізнялися одне від одного протягом усього часу існування адміністративного права. Одна група вчених підтримувала позицію виключної ролі держави як єдиного суб'єкта адміністративно-правового регулювання, політико-керівної інституції у сфері виборчих відносин¹.

Підтримував дану позицію і Ю. Козлов, який вбачав державну владу у вигляді сукупно діючих її органів, як суб'єкт соціального регулювання, а один із видів таких органів – органи адміністративно-правового регулювання – спеціальним суб'єктом соціального регулювання в його державно-правовій інтерпретації². Більш звуженим є підхід Л. Юзькова, який до системи суб'єктів адміністративно-правового регулювання відносить взаємопов'язані органи адміністративної юрисдикції³. Загалом радянський період розвитку правової думки визначав державу єдиним керівним суб'єктом виборчих відносин. Певним чином дана позиція продовжує залишатись в основі вітчизняного законодавства й надалі.

Трохи ширше досліджуване поняття визначає інша група науковців, які доповнюють його органами місцевого самоврядування (з питань делегованих державою повноважень), адміністраціями державних підприємств, установами, організаціями та їх посадовими особами⁴. Вважаємо, що дана думка заслуговує на існування, адже з огляду на наглядову, розпорядчу діяльність, прийняття нормативних актів та інші ознаки органи місцевого самоврядування підпадають під визначення «суб'єкт адміністративно-правового регулювання».

За часів незалежності України, в новітній період розвитку адміністративної науки почали з'являтися пропозиції щодо виокремлення нового основного суб'єкта адміністративно-правового регулювання, а саме людини, «суб'єкта, що конкретизується в органах і посадах державної влади»⁵. На нашу думку, даний підхід є правильним та відповідає сучасним вимогам розвитку суспільства і юридичної науки, що може бути перехідною ланкою від держави командного типу до демократичної, правової, соціальної держави, як це зазначено в Основному Законі України.

Розглядаючи питання суб'єктів адміністративно-правового регулювання виборчих відносин в Україні, слід вказати, що вони співвідносяться між собою як більш ширше (всеоохоплююче) та вужче (похідне). Тоді, коли суб'єктами виборчих відносин є широке коло учасників, організаторів, спостерігачів тощо, суб'єктами адміністративно-правового регулювання виборчих відносин з класичної точки зору визнаються переважно органи державної влади та органи місцевого самоврядування, хоча сьогодні даний перелік потребує розширення, зокрема залучення громадськості, як окремого наглядово-контролюючого органу у сфері виборчих відносин.

До суб'єктів адміністративно-правового регулювання у сфері виборчих відносин слід віднести наступні органи державної влади: Центральну виборчу комісію України, як основний орган державної влади у сфері виборчих відносин, органи внутрішніх справ України, Міністерство інформаційної політики України, місце-

ві державні адміністрації, органи місцевого самоврядування, Національну раду України з питань телебачення і радіомовлення, Міністерство фінансів України, Міністерство юстиції України та ряд інших органів публічної адміністрації.

Декларація про критерії чесних і вільних виборів, прийнята на 154 сесії Ради Міжпарламентського Союзу, закріплює за державами обов'язок здійснювати необхідні політичні та інституційні кроки для поступового досягнення й утвердження демократичних цілей, у тому числі через встановлення нейтрального безстороннього і збалансованого механізму управління виборами. Під час виборів держава та її органи повинні забезпечувати свободу пересування, зборів, об'єднань та висловлювань, особливо під час політичних зборів та мітингів, партіям та кандидатам – свободу розповсюдження їх поглядів серед виборців і можливість рівного доступу до державних та суспільних засобів масової інформації, вжиття необхідних заходів, які гарантують безсторонність у висвітленні виборчої кампанії державними та суспільними засобами масової інформації⁶. Для розв'язання цих та інших завдань в Україні створено Центральну виборчу комісію, яка відповідно до преамбули Закону України «Про Центральну виборчу комісію» є постійно діючим органом державної влади, до компетенції якого належить забезпечення організації підготовки та проведення виборів і референдумів в Україні, забезпечення реалізації та захисту конституційних виборчих прав громадян України і прав на участь у референдумах, суверенного права Українського народу на виявлення своєї волі⁷.

Досліджуючи правовий статус ЦВК як основного органу державної влади, що здійснює управління виборчими відносинами, слід зазначити, що він визначається наявністю повноважень владно-розпорядчого характеру, контрольно-наглядових функцій у сфері дотримання виборчих прав, діяльністю даного органу на постійній основі незалежно від інших органів державної влади, віднесення їх до юридичних осіб, особливим порядком їх формування, обов'язковістю до виконання підзаконних актів, прийнятих ЦВК, мають власну систему та структуру тощо.

Владно-розпорядчий характер повноважень ЦВК визначає її правовий статус як суб'єкта адміністративно-правового регулювання, а її рішення підлягають обов'язковому розгляду й виконанню організаціями і посадовими особами, яких вони стосуються, у встановлені Комісією строки. Окрім того, адміністративно-правовий статус ЦВК формує наявність контрольно-наглядових повноважень, визначених ЗУ «Про Центральну виборчу комісію». До них належать такі: здійснювати контроль за додержанням вимог законодавства України про вибори і референдуми; здійснювати консультативно-методичне забезпечення діяльності виборчих комісій та комісій з референдумів, приймати обов'язкові для використання в роботі виборчих комісій та комісій з референдумів роз'яснення і рекомендації з питань застосування законодавства України про вибори і референдуми; встановлювати систему територіальної організації загальнодержавних виборів шляхом утворення територіальних виборчих округів та виборчих дільниць з особливостями, визначеними відповідним законом про вибори; розпоряджатися Державним реєстром виборців, забезпечувати його ведення та функціонування відповідно до закону; забезпечувати на виборах і референдумах акредитацію офіційних спостерігачів від іноземних держав та міжнародних організацій відповідно до закону, видавати їм посвідчення; здійснювати контроль за дотриманням політичними партіями, іншими суб'єктами виборчого процесу та процесу референдуму вимог законодавства про вибори і референдуми тощо.

Нормативно-правовими основами діяльності ЦВК є Конституція України, ЗУ «Про центральну виборчу комісію» від 30 червня 2004 р., постанови Центральної Виборчої Комісії від 26 квітня 2005 р. № 72 «Про затвердження Регламенту Центральної виборчої комісії» тощо. Зазначені нормативні акти визначають ЦВК як постійно діючий колегіальний державний орган, що наділений повноваженнями з організації підготовки і проведення виборів Президента України, народних депутатів України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів, всеукраїнського і місцевих референдумів у порядку та в межах, встановлених цим та іншими законами України.

Законом України «Про центральну виборчу комісію» визначаються система та структура виборчих комісій, а також принципи їх діяльності. Так, п. 2 ст. 1 Закону зазначає, що комісія очолює систему виборчих комісій та комісій з референдуму, які утворюються для організації підготовки та проведення виборів Президента України, народних депутатів України, всеукраїнського референдуму. Комісія здійснює контроль 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. До принципів діяльності ЦВК належать принцип верховенства права, законності, незалежності, об'єктивності, компетентності, професійності, колегіальності розгляду і вирішення питань, обґрунтованості прийнятих рішень, відкритості й публічності.

Окрім вчені додають, що у демократичних країнах в основу побудови системи органів управління виборчим процесом та організації діяльності цих органів покладено кілька принципів: неупередженості й політичної нейтральності та ін. Кінцевою метою втілення цих принципів в життя є забезпечення демократичності виборів, відповідності волевиявлення виборців офіційним результатам виборів⁸.

Проте окремі законодавчі положення суперечать даним принципам. Порядок формування складу ЦВК регламентується ст. 6 Закону України «Про центральну виборчу комісію», в якому закріплюється право Президента України щодо висунення кандидатури на пост Голови ЦВК, що в подальшому може бути затверджено Верховною Радою України. Аналізуючи даний акт, очевидним стає факт позбавлення Парламенту права подавати власну кандидатуру на посаду голови ЦВК. На нашу думку, це суперечить демократичним основам організації виборчого процесу в майбутньому, а також може призвести до узурпації влади Президента щодо

формування даного органу. Дана узурпація, в свою чергу, може зумовлювати значний вплив на діяльність ЦВК з його боку, продукуючи виключно політичні аспекти відповідних призначень та робити його «кишеньковим». Це, в свою чергу, порушує принцип незалежності ЦВК. Тому, на нашу думку, порядок формування ЦВК має бути доопрацьований, в частині внесення пропозицій щодо формування інших членів ЦВК має бути наданий, зокрема, депутатському корпусу та органам місцевого самоврядування.

Звертаючись до зарубіжного досвіду, слід вказати на можливість формування вищого органу в системі органів управління виборчим процесом не лише главі держави, а й парламенту і, в окремих державах, також судовою гілкою влади. Позитивним моментом є те, що жоден із суб'єктів формування вищого органу в системі органів управління виборчим процесом не має вирішального впливу на діяльність такого органу⁹.

Задля зміни вказаного порядку формування ЦВК в Україні слід внести зміни до Конституції України. При цьому відповідні законодавчі зміни порядку обрання складу ЦВК мають насамперед надати можливість участі у формуванні даного органу різним гілкам влади, що, на наш погляд, неодмінно має позначитися на незалежності й кваліфікованості його учасників.

Окрему увагу слід звернути на проблему способу формування територіальних виборчих комісій, адже останні формуються обласними, Київською міською радою, зборів виборців, які висунули кандидатів у президенти. Подібний порядок формування органів управління виборчим процесом встановлено п. 1.2 Порядку організації роботи та ведення діловодства у виборчих комісіях з місцевих виборів¹⁰, де зазначено, що сільська, селищна, районна в місті, міська, районна виборча комісія підпорядковується відповідній міській (міста з районним поділом або міста, до складу якого входять село, селище та/або інше місто), районній, обласній виборчій комісії, виборчій комісії Автономної Республіки Крим, яка встановлює результати місцевих виборів відповідно міської, районної, обласної ради, Верховної Ради Автономної Республіки Крим або міського голови стосовно відповідних місцевих виборів. На думку вчених-правників, подібний порядок формування територіальних виборчих комісій є прямим порушенням прав виборців, адже надає широке поле для застоювання адміністративного ресурсу з боку місцевої влади. Вихід з даної ситуації науковці вбачають у позбавленні органів державної влади та місцевого самоврядування права участі у формуванні персонального складу таких комісій. Експерти Лабораторії законодавчих ініціатив вважають за доцільне законодавчо закріпити принцип вертикального формування виборчих комісій (ЦВК утворює окружні та територіальні виборчі комісії, останні – дільничні виборчі комісії). На думку експертів, це допоможе більш повно забезпечити незалежність територіальних та дільничних комісій з виборів глави держави, депутатів місцевих рад та місцевих голів. Проте, на нашу думку, це лише підсилить і без того значний вплив ЦВК на всю систему виборчих комісій. Зокрема, пропонуючи позбавити участі у формуванні даних комісій органи місцевого самоврядування, ми лишаємося існуючого в правовому полі органу, здатного забезпечувати систему стримувань та противаг, задля незалежного, неупередженого та прозорого формування виборчих комісій

З огляду на вищевикладене можна зробити такі **висновки**:

1) Центральна виборча комісія відіграє головну роль у сфері виборчих відносин як центральний орган державної влади, що здійснює координування, нагляд та контроль у сфері організацій та проведення виборів;

2) адміністративно-правовий статус Центральної виборчої комісії визначається наявністю у неї передбаченої законом низки повноважень владно-розпорядчого характеру, що підлягають обов'язковому розгляду і виконанню організаціями та посадовими особами, яких вони стосуються, у строки, встановлені Комісією, невиконання, неналежне, несвоєчасне виконання рішень Комісії, вимог її посадових осіб тягне за собою юридичну відповідальність;

3) адміністративно-правовий статус Центральної виборчої комісії як органу управління у сфері виборчих відносин визначає правове положення виборчих комісій як учасників зазначених відносин щодо держави та її органів, а також іншим суб'єктам правовідносин у сфері організацій та проведення виборів;

4) необхідно переглянути законодавчий порядок формування ЦВК в частині внесення пропозицій щодо подання кандидатури Голови ЦВК, право на подання якого має бути не лише прерогативою Президента України, а й також Парламенту та органів місцевого самоврядування, які в ключі системи стримувань та противаг повинні брати активну участь у цьому процесі, що неодмінно має позначитися на незалежності та кваліфікованості Голови Комісії.

¹ Атаманчук Г. В. Сущность советского государственного управления / Г. В. Атаманчук. – М. : Юрид. лит., 1980. – 256 с. – С. 34–37.

² Козлов Ю. М., Фролов Е. С. Научная организация управления и право / Ю. М. Козлов. – М.: Наука, 1986. – 248 с. – С. 66–67.

³ Юзьков Л. П. Государственное управление в политической системе развитого социализма / Л. П. Юзьков. – К. : Вища школа, 1983. – 155 с. – С. 61–62.

⁴ Ківалов С. В. Адміністративне право України : навч.-метод. посіб. / С. В. Ківалов, Л. Р. Біла. – Одеса : Юридична література, 2002. – 312 с. – С. 31–32.

⁵ Гриньова В. М. Державне регулювання економіки : навч. посіб. / В. М. Гриньова, М. М. Новікова. – Х. : Видавничий дім «ІНЖЕК», 2004. – 756 с. – С. 16.

⁶ Декларация про критерії чесних і вільних виборів, прийнята одногосло на 154-й сесії Ради Міжпарламентського Союзу (м. Париж, 26 березня 1994 р.). 228 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.eli.org.ua/legalization/2/2366>

⁷ Про Центральну виборчу комісію : Закон України від 30 червня 2004 р. № 1932-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 36. – Ст. 448.

⁸ Ковриженко Д. Управління виборчим процесом / Д. Ковриженко // Часопис Парламент. – 2003. – № 6 / Лабораторія законодавчих ініціатив 228 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.parlament.org.ua/index.php?action=magazine&id=9&ar_id=301&iar_id=469&as=2

⁹ Органи управління виборчим процесом: окремі проблеми організації та діяльності : матеріали до круглого столу «Президентські вибори 2004: проблеми законодавчого регулювання виборчого процесу» Верховна Рада України, 4 листопада 2003 р. 228 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.parlament.org.ua/docs/uploads/doc/Roundtable.doc

¹⁰ Про Порядок організації роботи та ведення діловодства у виборчих комісіях з місцевих виборів / Додаток до постанови Центральної виборчої комісії від 5 вересня 2015 р. № 228 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0228359-15>

Резюме

Співаков І. І. Центральна виборча комісія як основний суб'єкт адміністративно-правового регулювання виборчих відносин.

У даній статті здійснено аналіз правового статусу Центральної виборчої комісії через призму адміністративно-правових, владно-розпорядчих повноважень. Шляхом дослідження загальнотеоретичного поняття суб'єкта адміністративно-правового регулювання було визначено місце та роль Центральної виборчої комісії серед системи суб'єктів адміністративно-правового регулювання виборчих відносин в Україні. Вказано на недоліки правового регулювання формування ЦВК та територіальних виборчих комісій.

Ключові слова: правове регулювання виборчих відносин, адміністративно-правове регулювання виборчих відносин, суб'єкти адміністративно-правового регулювання, правове забезпечення виборчих відносин.

Резюме

Співаков И. И. Центральная избирательная комиссия как основной субъект административно-правового регулирования избирательных отношений.

В данной статье осуществлен анализ правового статуса Центральной избирательной комиссии через призму административно-правовых, властно-распорядительных полномочий. Путем исследования общетеоретического понятия субъекта административно-правового регулирования было определено место и роль Центральной избирательной комиссии среди субъектов системы административно-правового регулирования избирательных отношений в Украине. Указано на недостатки правового регулирования формирования ЦИК и территориальных избирательных комиссий.

Ключевые слова: правовое регулирование избирательных отношений, административно-правовое регулирование избирательных отношений, субъекты административно-правового регулирования, правовое обеспечение избирательных отношений.

Summary

Spivakov I. Central election commission as the main subject of administrative and legal regulation election of electoral relations.

This article analyzes the legal status of the Central Election Commission in the light of legal administrative powers. By means of study of general theoretical concepts of the subject of legal administrative regulation the place and role of the Central Election Commission of the system of administrative and legal regulation of electoral relations in Ukraine has been determined. The drawbacks of legal regulation of CEC and TECs formation have been specified on.

Key words: legal regulation of electoral relations, administrative and legal regulation of electoral relations, subjects of administrative regulation, legal support of electoral relations.

УДК 342.733:378.4(477):001.891

В. М. УЛОЖЕНКО

Вадим Миколайович Уложенко, старший викладач ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

ПРАВОВІ ЗАСАДИ СТАНОВЛЕННЯ ДОСЛІДНИЦЬКИХ УНІВЕРСИТЕТІВ В УКРАЇНІ

Останнім часом все частіше звучать заклики до запровадження та підтримки інноваційного розвитку України. Створюються та затверджуються численні програми інноваційного розвитку як на загальнодержавному, галузевому рівні, так і на рівні окремих підприємств, установ, їх структурних підрозділів.

Проте інновації – насамперед ідея, створення чогось нового: продукту, технології тощо. І це нове не може бути створене без потужного наукового потенціалу та належного матеріально-технічного забезпечення досліджень. Основним постачальником інноваційного ресурсу українського суспільства має стати сфера вищої освіти, а саме університети.

Питання становлення й розвитку вищих навчальних закладів (далі – ВНЗ), у тому числі й університетів, досліджуються багатьма українськими вченими. Це, зокрема, Л. Л. Антонюк, Т. М. Боголіб, Р. Г. Валєєв, Н. Л. Губерська, С. М. Домбровська, С. А. Єрохін, В. С. Журавський, М. З. Згуровський, І. С. Каленюк, В. Г. Кремень,

Д. Г. Лук'яненко, С. М. Ніколасенко, В. М. Огаренко, В. Ф. Опришко, А. Ф. Павленко, А. М. Поручник, С. О. Тульчинська, Л. С. Шевченко, О. В. Червякова та ін. Однак, незважаючи на широкий інтерес до дослідження проблем функціонування ВНЗ в Україні загалом, лишаються, зокрема, недостатньо вивченими питання створення дослідницьких університетів та правового регулювання їх діяльності.

Метою дослідження є проведення аналізу законодавства, що регламентує діяльність університетів, у зв'язку з прийняттям нової редакції Закону України «Про вищу освіту» на предмет їх прогресивності, відповідності міжнародним стандартам та забезпечення подальшого розвитку діяльності університетів на якісно новому рівні, тобто як інноваційних закладів – дослідницьких університетів.

Університети, що становлять питому частку у загальній кількості ВНЗ України, є різнопрофільними ВНЗ, які провадять освітню діяльність, пов'язану із здобуттям певної вищої освіти та кваліфікації широкого спектра природничих, гуманітарних, технічних, економічних та інших напрямів науки, техніки, культури й мистецтв, проводять фундаментальні та прикладні наукові дослідження, є провідними науково-методичними центрами, мають розвинуту інфраструктуру навчальних, наукових і науково-виробничих підрозділів, відповідний рівень кадрового і матеріально-технічного забезпечення, сприяють поширенню наукових знань та здійснюють культурно-просвітницьку діяльність.

Усі університети в Україні поділяються на дві великі групи: багатогалузеві (Київський національний університет імені Тараса Шевченка) та галузеві: технічні (Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут»), технологічні (Національний університет харчових технологій), економічні (Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана), педагогічні (Національний педагогічний університет імені М. П. Драгоманова), медичні (Національний медичний університет імені О. О. Богомольця), юридичні (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого) тощо.

Університет є явищем європейським, оскільки саме особливості європейської культури сприяли його виникненню. Найстарішим університетом Європи вважається Болонський університет, заснований у місті Болонья у 1088 р. як юридичний навчальний заклад. На території України перший університет було створено майже 500 років тому, у 1576 р. у місті Острог (Острозька академія). Зрозуміло, що європейська вища школа, враховуючи таку значну різницю у часі заснування, є більш концептуальною.

Загалом вирізняють чотири концепції університету: наполеонівську (французьку), гумбольдівську (німецьку), ньюманівську (англійську) і американську¹.

Згідно з англійською моделлю університет насамперед виконує виховну функцію – навчання спрямовано на розвиток особистості. Таке навчання та розвиток можливі лише через науку, адже саме через неї пізнається істина та формується впевнена й вільна особистість. Отже, гуманітарна наука панувала над прикладними дослідженнями та вузькопрактичними інтересами.

Французька модель передбачала переорієнтування чистого знання на практичні навички. Університети мали виконувати не виховну функцію, не формувати особистість, а готувати спеціалістів для державної служби, обслуговування суспільства. Фактично університет розглядався як елемент, ланка державної освітньої програми².

Золотою серединою між англійською та французькою моделями є модель Вільгельма фон Гумбольдта, що враховувала як широку автономію та академічні свободи університетів, так і потреби суспільства й держави. Передбачалось панування гуманітарної науки, тобто здатності вчитись мислити, а не набувати певних прикладних навичок³.

Американська модель поєднує принципи демократичної побудови класичних університетів з німецькою прагматичністю. Тобто, йдеться про широкі академічні свободи, автономію університетів, глибокі гуманітарні знання та направленість на прикладні дослідження. Фактично університети є освітніми, дослідними, науковими та виробничими комплексами. Навчання проходить як через гуманітарну науку, так і через прикладні дослідження.

Характерні риси кожної з чотирьох моделей університетів наведено в таблиці.

Таблиця

Основні концепції університету

№ з/п	Концепція університету	Характерні особливості системи
1	Англійська (ньюманівська)	1. Розвиток особистості, виховна функція – головна мета діяльності 2. Центральне значення академічної спільноти 3. Чисте, непрагматичне знання 4. Важливість викладання лекцій як способу навчання
2	Французька (наполеонівська)	1. Публічний характер університетів і сильний вплив на них держави 2. Концентрація на навчанні, що зумовлює окрему організацію досліджень 3. Прикладні знання для державної служби 4. Законодавче регулювання програм навчання
3	Німецька (гумбольдівська)	1. Академічна свобода викладання та досліджень 2. Незаангажованість науки, панування гуманітарного знання 3. Концентрація на дослідженнях, навчання через дослідження 4. Внутрішній саморозвиток

№ з/п	Концепція університету	Характерні особливості системи
4	Американська	1. Широка автономія та академічні свободи, відкритість 2. Поєднання освітньої, наукової, дослідної та виробничої діяльності 3. Навчання через науку та дослідження 4. Служіння суспільству як підстава функціонування

На сьогодні важко знайти жодну з представлених моделей у чистому вигляді. Як правило, в європейських країнах синтезовано декілька моделей. Болонський процес, який стартував у Європі та направлений на створення єдиного європейського освітнього простору, базується на поєднанні тією чи іншою мірою англійської та німецької моделей і передбачає центральне значення академічної спільноти, автономію та незалежність університетів, академічну свободу викладання й досліджень, навчання через дослідження тощо.

Українська вища школа також має свої особливості: як-то потужна гуманітарна спрямованість багатогалузевих університетів та прикладні дослідження галузевих університетів. Спочатку в Україні університети створювались за англійською моделлю. За часів СРСР панувала французька модель, університети готували спеціалістів для галузей народного господарства на замовлення держави. Із здобуттям Україною незалежності та за відсутності єдиної державної політики університети розвивались за різними напрямками. Одні повертались до класичної англійської моделі, інші звертались до німецької моделі. Все це відбувалось на тлі рудиментів соціалістичного минулого: державне замовлення, державні наукові програми, державні стандарти освіти тощо.

Необхідно зазначити, що формування університетів за різними моделями характерне не лише для України, а й для інших країн. Так, у США не всі університети є величезними освітніми, науковими, дослідними, виробничими комплексами, як Массачусетський технологічний інститут. Також є низка університетів, які більше схожі на англійську чи німецьку модель, як Нью-Йоркський університет.

У сучасних освітніх системах найперспективнішою формою інтеграції освіти і науки, поєднання і взаємодоповнення навчального процесу та фундаментальних наукових досліджень є дослідницькі університети. Термін «дослідницький університет» використовується для визначення університетів-лідерів, а належність до категорії таких ВНЗ встановлюється згідно з певною системою критеріїв та показників⁴. На сьогодні у світі функціонує понад 1200 дослідницьких університетів, найбільшого поширення вони набули в США, де їх загальна кількість становить майже 260 (для порівняння: у Німеччині – 70, Великобританії – 73), або 6,4 % від загальної кількості ВНЗ країни⁵. В Європі та США дослідницькі університети вважаються осередками елітарної вищої освіти.

З прийняттям нової редакції Закону України «Про вищу освіту» від 1 липня 2014 р. № 1556-VII⁶, згідно з яким забезпечення органічного поєднання в освітньому процесі освітньої, наукової та інноваційної діяльності віднесено до основних завдань ВНЗ (ст. 26), питання, пов'язані з правовим забезпеченням таких процесів, набувають особливої ваги. Відповідно до ст. 30 Закону України «Про вищу освіту» 2014 р. дослідницький університет – це національний ВНЗ, який забезпечує проривний розвиток держави в певних галузях знань за моделлю поєднання освіти, науки та інновацій, сприяє її інтеграції у світовий освітньо-науковий простір і має визнані наукові здобутки.

Статус дослідницького університету надається Кабінетом Міністрів України (далі – КМУ) на конкурсних засадах ВНЗ строком на сім років відповідно до затвердженого КМУ Положення про дослідницький університет та критеріїв, що включають показники, приведені до кількості науково-педагогічних і наукових працівників ВНЗ. Надання ВНЗ статусу дослідницького здійснюється за поданням Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти у разі відповідності критеріям, встановленим КМУ. Досягти такого рівня розвитку може будь-який ВНЗ першого або другого типів, тобто університет, академія чи інститут незалежно від форми власності за умови попереднього здобуття статусу національного.

Як показує практика функціонування сучасних освітніх систем, процес формування мережі дослідницьких університетів в різних країнах має принципові відмінності. Це стосується й України. Насамперед необхідно зазначити, що в нашій державі законодавчі засади надання ВНЗ статусу дослідницького визначені не так давно, а саме в Законі України «Про вищу освіту» 2014 р.; в попередній редакції Закону України «Про вищу освіту» від 17 січня 2002 р. № 2984-III були відсутні визначення поняття та (або) критерії надання ВНЗ статусу дослідницького університету. Однак, незважаючи на це, становлення системи дослідницьких університетів в Україні розпочалося ще у 2009–2010 рр., до появи вищевказаних законодавчих засад, на підставі відповідних підзаконних нормативно-правових актів – постанов КМУ. Крім того, 5 березня 2010 р. набуло чинності Положення про дослідницький університет, затверджене постановою КМУ від 17 лютого 2010 р. № 163 (втратило чинність), яке й забезпечило правове підґрунтя для першої спроби визначення дослідницьких університетів з-поміж діючих ВНЗ.

Таким чином, за два роки статус дослідницького університету отримали 14 ВНЗ, серед яких були як багатогалузеві, так і галузеві, а саме: 1) Національний університет «Львівська політехніка» – перший в Україні ВНЗ, який отримав статус дослідницького (постанова КМУ від 8 липня 2009 р. № 713); 2) Київський національний університет імені Тараса Шевченка (постанова КМУ «Питання Київського національного університету імені Тараса Шевченка» від 29 липня 2009 р. № 795); 3) Національна юридична академія України

імені Ярослава Мудрого (постанова КМУ «Питання Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого» від 29 липня 2009 р. № 796); 4) Львівський національний університет імені Івана Франка (постанова КМУ «Питання Львівського національного університету імені Івана Франка» від 29 липня 2009 р. № 797); 5) Національний університет «Острозька академія» (постанова КМУ «Питання Національного університету «Острозька академія» від 29 липня 2009 р. № 978); 6) Національний університет «Києво-Могилянська академія» (постанова КМУ «Питання Національного університету «Києво-Могилянська академія» від 29 липня 2009 р. № 799); 7) Національний гірничий університет (постанова КМУ «Питання Національного гірничого університету» від 23 вересня 2009 р. № 1013); 8) Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут»; 9) Національний університет біоресурсів і природокористування України; 10) Національний технічний університет «Харківський політехнічний інститут»; 11) Харківський національний університет ім. В. Н. Каразіна; 12) Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана; 13) Національний авіаційний університет; 14) Східноукраїнський національний університет імені Володимира Даля (постанова КМУ «Деякі питання надання вищим навчальним закладам статусу самоврядного (автономного) дослідницького національного університету» від 3 лютого 2010 р. № 76).

Зазначені ВНЗ є державними за формою власності, оскільки за Законом України «Про вищу освіту» 2002 р. (ст. 26) статус національного міг отримати лише державний ВНЗ четвертого рівня акредитації, а це, своєю чергою, давало можливість КМУ надати їм статус дослідницького університету. Такий статус, зокрема, передбачав забезпечення посиленого фінансування програм перспективного розвитку названих ВНЗ. Однак вищезазначена постанова КМУ від 3 лютого 2010 р. № 76 втратила чинність на підставі постанови КМУ «Деякі питання оптимізації державних цільових програм і національних проектів, економії бюджетних коштів та визнання такими, що втратили чинність, деяких актів Кабінету Міністрів України» від 5 березня 2014 р. № 71, а постанови КМУ 2009 р. згодом втратили чинність на підставі постанови КМУ «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких актів Кабінету Міністрів України» від 5 листопада 2014 р. № 597. Цією ж постановою КМУ від 5 листопада 2014 р. визнано таким, що втратило чинність, Положення про дослідницький університет від 17 лютого 2010 року. Переважно скасування КМУ попередньо прийнятих у 2009–2010 рр. рішень щодо надання окремим університетам статусу дослідницького обумовлено необхідністю скорочення бюджетних витрат.

Незважаючи на ці негативні тенденції для розвитку національної системи вищої освіти, вищевказані університети надалі в переважній більшості позиціонують себе на ринку освітніх послуг як дослідницькі. Так, у Концепції освітньої діяльності Київського національного університету імені Тараса Шевченка на період до 2019 року, схваленій Вченою радою університету 6 жовтня 2014 р., цей провідний сучасний науково-навчальний центр України визначено як багатогалузевий класичний університет дослідницького типу, основними завданнями якого є освітня, науково-дослідницька та інноваційна діяльність. Стратегічним завданням Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (раніше – Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого) відповідно до Стратегії розвитку університету на 2016–2020 роки, затвердженої рішенням Вченої ради університету 26 січня 2016 р. та наказом ректора від 27 січня 2016 р. № 23, є його перетворення на провідний дослідницький і навчально-науковий центр з підготовки висококваліфікованих фахівців-юристів, науково-педагогічних і наукових кадрів вищої кваліфікації. Державний вищий навчальний заклад «Національний гірничий університет», згідно із Статутом університету, погодженим Конференцією трудового колективу від 9 червня 2015 р. та затвердженим Наказом Міністерства освіти і науки України від 21 серпня 2015 р. № 888, концепцію своєї освітньо-наукової та інноваційної діяльності вибудовує, зокрема, на засадах запровадження моделі поєднання освіти, науки й інновацій, які сприяють інтеграції у світовий освітньо-науковий простір.

Що стосується інших з вищезазначених ВНЗ, то їх статус університету дослідницького типу визначено в сучасних офіційних документах. Так, Львівський національний університет імені Івана Франка є ВНЗ зі статусом національного та дослідницького відповідно до Статуту університету, погодженого Конференцією трудового колективу університету 19 травня 2015 р. та затвердженого Наказом Міністерства освіти і науки України від 15 вересня 2015 р. № 935. Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут» нині офіційно визначено як національний самоврядний (автономний) державний ВНЗ дослідницького типу в Статуті університету, затвердженому Постановою КМУ від 21 листопада 2007 р. № 1332, зі змінами, внесеними згідно з Постановою КМУ від 30 січня 2012 р. № 167. Національний університет біоресурсів і природокористування України є багатогалузевим ВНЗ дослідницького типу, який провадить освітню, науково-дослідну, науково-інноваційну, навчально-виробничу та інформаційно-консультаційну діяльність відповідно до Статуту університету, погодженого Конференцією трудового колективу університету 20 лютого 2015 р. та затвердженого Наказом Міністерства освіти і науки України від 10 квітня 2015 р. № 429.

Водночас у статутах окремих університетів відповідний ВНЗ належить до дослідницького типу на підставі постанов КМУ 2009–2010 рр., які втратили чинність, що не дає нам можливості вважати ці документи такими, які відповідають вимогам сьогодення. Це стосується Національного університету «Львівська політехніка» (Статут університету прийнято Конференцією трудового колективу університету 16 березня 2011 р.), Національного університету «Острозька академія» (Статут університету погоджено Конференцією трудового колективу 12 січня 2011 р. та затверджено Наказом Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України від 12 грудня 2011 р. № 1416, зі змінами, внесеними згідно із наказом Міністерства освіти і науки України від 11 липня 2013 р. № 957), Національного технічного університету «Харківський політехнічний

інститут» (Статут університету погоджено Конференцією трудового колективу 7 жовтня 2014 р. та затверджено Наказом Міністерства освіти і науки України від 23 березня 2015 р. № 338).

У контексті даного питання необхідно звернути увагу на те, що Положення про дослідницький університет, затверджене Постановою КМУ від 17 лютого 2010 р. № 163, втратило чинність, а нової редакції даного документа, яка б деталізувала норми Закону України «Про вищу освіту» 2014 р., досі немає. При цьому, як встановлено нами вище зі змісту внутрішніх нормативних документів окремих університетів, спостерігається «друга хвиля» отримання статусу дослідницького університету з-поміж тих ВНЗ, які у 2009–2010 рр. вже його здобували на нетривалий період. І це, незважаючи на припис ст. 30 Закону України «Про вищу освіту», згідно з яким статус дослідницького університету надається КМУ відповідно до затвердженого КМУ Положення про дослідницький університет. Також зазначимо, що прагнення до набуття статусу дослідницького університету виявляють й інші ВНЗ. Так, 24 березня 2016 р. Вчена рада Ужгородського національного університету схвалила Концепцію інноваційного розвитку університету, якою декларує прагнення ВНЗ змінити свій статус з традиційного класичного університету на статус дослідницько-інноваційного. Загалом, слід зазначити, що кількість університетів зі статусом «дослідницький» не може зростати швидко, а розширення кола таких ВНЗ має обумовлюватися виключно високим науковим потенціалом та результативністю наукових досліджень університетів.

Підсумовуючи вищезазначене, можна дійти наступних висновків. В Україні назріла потреба у формуванні системи дослідницьких університетів на основі достатнього для цього правового підґрунтя. Закон України «Про вищу освіту» 2014 р. є нормативно-правовим актом, який вперше на законодавчому рівні надав правове визначення та встановив основоположні критерії особливої категорії ВНЗ – дослідницьких університетів, що можна вважати початком реалізації одного із завдань Національної стратегії розвитку освіти в Україні на період до 2021 року, затвердженої Указом Президента України від 25 червня 2013 р. № 344/2013, у сфері вищої освіти – створення дослідницьких університетів. Нині діяльність дослідницьких університетів також регулюється доволі широким колом інших законодавчих актів, зокрема, Цивільним кодексом України 16 січня 2003 р. № 435-IV, Господарським кодексом України від 16 січня 2003 р. № 436-IV, Бюджетним кодексом України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI, Законами України «Про освіту» від 23 травня 1991 р. № 1060-XII, «Про інноваційну діяльність» від 4 липня 2002 р. № 40-IV, «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» від 14 вересня 2006 р. № 143-V, «Про наукові парки» від 25 червня 2009 р. № 1563-VI, «Про наукову і науково-технічну діяльність» від 26 листопада 2015 р. № 848-VIII та ін. Проте лишаються недостатньо врегульованими питання, пов'язані із наданням ВНЗ умов (у тому числі фінансових, особливо, якщо йдеться про недержавний ВНЗ), за яких останні будуть спроможними претендувати на статус дослідницького університету, адже, як свідчить світова практика, такий статус має здобуватися насамперед за результатами продуктивної наукової діяльності ВНЗ. Крім того, необхідно прийняти нову редакцію Положення про дослідницький університет. Реалізація зазначеного допоможе активізувати розвиток сектору дослідницьких університетів в національній системі вищої освіти з урахуванням світових тенденцій, що сприятиме конкуренції між університетами за лідерство на ринку освітніх послуг, впровадженню новітніх освітніх технологій та підвищенню якості освітніх послуг.

¹ *Wielgus St.*, ks. (1997): O nowym paradygmacie uniwersytetu, «Przegląd Uniwersytecki» (dodatek specjalny).

² *Ямпольская Л. И.* Концептуализация классической «идеи университета» в неклассическом варианте / Л. И. Ямпольская. – Томск : STT, 2014. – 228 с. – С. 44.

³ *Гумбольдт В.* О внутренней и внешней организации высших научных заведений в Берлине / В. Гумбольдт // Неприкосновенный запас. – 2002. – № 2 (22). – С. 5–8.

⁴ Дослідницькі університети: світовий досвід та перспективи розвитку в Україні : моногр. / А. Ф. Павленко, Л. Л. Антонюк, Н. В. Василькова, Д. О. Ільницький та ін. ; за заг. ред. д.е.н., проф. А. Ф. Павленка та д.е.н., проф. Л. Л. Антонюк. – К. : КНЕУ, 2014. – 350 с. – С. 8.

⁵ Про вищу освіту : Закон України від 1 липня 2014 р. № 1556-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 37–38. – Ст. 2004.

⁶ Про Національну стратегію розвитку освіти в Україні на період до 2021 року : Указ Президента України від 25 червня 2013 р. № 344/2013 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 50. – Ст. 1783.

Резюме

Уложенко В. М. Правові засади становлення дослідницьких університетів в Україні.

У статті надано характеристику університетів як одного з провідних типів вищих навчальних закладів. Розглянуто основні концепції університету: наполеонівська (французька), гумбольдівська (німецька), ньюманівська (англійська) і американська. Наголошується на необхідності формування університетів на якісно новому рівні – дослідницький університет. Розкрито загальні положення щодо створення й функціонування дослідницьких університетів в Україні. Проаналізована практика набуття вітчизняними вищими навчальними закладами статусу дослідницького університету протягом 2009–2016 років. Обґрунтовано пропозиції щодо подальшого вдосконалення законодавчого забезпечення діяльності дослідницьких університетів в Україні. А саме: необхідність прийняття нової редакції Положення про дослідницький університет, яке б враховувало реформування системи вищої освіти згідно з новою редакцією Закону України «Про вищу освіту».

Ключові слова: вища освіта, вищий навчальний заклад, університет, дослідницький університет, Закон України «Про вищу освіту».

Резюме

Уложенко В. Н. Правовые основы становления исследовательских университетов в Украине.

В статье охарактеризованы университеты как один из ведущих типов высших учебных заведений. Рассмотрены основные концепции университета: наполеоновская (французская), гумбольдская (немецкая), ньюманская (английская) и американская. Подчеркивается необходимость формирования университетов на качественно новом уровне – исследовательский университет. Раскрыты общие положения о создании и функционировании исследовательских университетов в Украине. Проанализирована практика получения отечественными высшими учебными заведениями статуса исследовательского университета в течение 2009–2016 годов. Обоснованы предложения о дальнейшем усовершенствовании законодательного обеспечения деятельности исследовательских университетов в Украине. А именно: необходимость принятия новой редакции Положения об исследовательском университете, которое бы учитывало реформирование системы высшего образования в соответствии с новой редакцией Закона Украины «О высшем образовании».

Ключевые слова: высшее образование, высшее учебное заведение, университет, исследовательский университет, Закон Украины «О высшем образовании».

Summary

Ulozhenko V. Legal basis of the formation of research universities in Ukraine.

The article provided description of universities as one of the leading types of higher education institutions. The basic concepts of the university: Napoleon's (French), Humboldt's (German), Newman's (English) and American are disclosed. Emphasized on the need to develop university to a new level – a research university. Reveals the general provisions for the establishment and operation of research universities in Ukraine. The practice of acquiring domestic higher education institutions of research university status in 2009–2016 has been analyzed. The suggestions for further improvement of the legal framework of research universities in Ukraine are substantiated. Namely, the need for a new edition of the Regulation on the research university, which would take into account the reform of higher education under the new Law of Ukraine «On Higher Education».

Key words: higher education, higher education institution, university, research university, Law of Ukraine «On Higher Education».

УДК 343.35:342.922

Т. В. ХАБАРОВА

Тетяна Володимирівна Хабарова, аспірантка Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна

ПРАВОВА ПРИРОДА ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ

Упродовж кількох десятків років корупція поступово стала одним із найбільш руйнівних явищ, яке стрімко заповнило всі сфери діяльності держави та значно стримує її розвиток. Проблема корупції привертає значну увагу практиків та науковців, оскільки її вирішення допоможе ефективно реформувати систему державного управління; забезпечити законні права громадян, які внаслідок корупційних діянь часто порушуються; подолати зневагу населення до апарату державної служби та до державних службовців, що надасть можливість залучити громадян до співпраці з органами державної влади й органами місцевого самоврядування.

Останнім часом ми можемо спостерігати дещо активнішу діяльність держави щодо запобігання корупції. Зокрема, однією з важливих складових правової політики держави стала реформа законодавства з питань запобігання та протидії корупції, яка зумовлена насамперед відсутністю належного правового регулювання у цій сфері, а також невпинним поширенням корупції¹. Зважаючи на те, що в країні відбулись кардинальні зміни в політичному та суспільному житті, змінились погляди й на проблему протидії корупції². У 2014 р. було прийнято низку нормативно-правових актів, спрямованих на запобігання корупції, на політичному рівні проголошено курс на посилення протидії цьому явищу. Як свідчать назва та зміст законопроекту, пріоритетним є саме превентивний підхід до подолання корупції, що є істотною відмінністю від переваляючого раніше репресивного характеру законодавства, за якого основна увага приділялась питанням відповідальності за корупційні правопорушення. Актуальність і правильність обраної стратегії підкріплюється й давно обговорюваною в наукових колах важливістю саме попередження корупційних проявів³.

Як відомо, успішна боротьба з корупцією ґрунтується на трьох головних складових: наявності політичної волі найвищого керівництва держави; усуненні (або максимальному скороченні) умов і стимулів для корупції; ефективному виявленні та переслідуванні корупційних правопорушень, невідворотності покарання за їх вчинення⁴. Так, на нашу думку, дійсно важливою є воля найвищого керівництва та державних службовців, адже всі заходи щодо запобігання й протидії корупції реалізуються державними службовцями і саме від них залежить ефективність обраної державою антикорупційної політики, тому надзвичайно важливим є свідоме утримання особи від протиправних дій у поєднанні з активною протидією проявам корупції. Проте

це стосується також і звичайних громадян, оскільки терпиме ставлення та сприйняття корупції породжує умови для вчинення нових корупційних правопорушень.

На жаль, в Україні суть будь-якого реформування зводиться лише до оперування інституційними чинниками, тобто до маніпуляцій із законодавством та адміністративними інструментами. Та жодне антикорупційне реформування українського законодавства чи адміністративних інституцій не здатне забезпечити приборкання корупції в Україні, якщо громадяни не матимуть розвиненої моральної культури, яка має антикорупційні властивості. Отже, якщо весь зміст реформ у суспільстві зводить лише до вдосконалення соціальних інструментів, ігноруючи при цьому необхідність розвитку «людського фактора», то це не дасть очікуваних результатів⁵. Тому кількість корупційних правопорушень, на жаль, не стає меншою. Це знову ж таки свідчить про відсутність дійсного бажання викоринити умови, що провокують вчинення корупції, адже ефективність антикорупційних заходів нівелюється внаслідок свідомого нехтування ними. Державі необхідні цілеспрямовані зусилля з боку органів влади і громадського суспільства, потрібна обґрунтована антикорупційна політика, яка передбачає чітко організовану діяльність інститутів країни і громадського суспільства, спрямованих на протидію корупції. У суспільстві мають діяти мотиваційні механізми, які б формували внутрішнє бажання самої особи дотримуватись суспільно корисних цінностей, яке досягається шляхом виховання у особи неприйняття та зневаги до протиправних дій, зокрема корупційних. Крім того, ефективна протидія корупції можлива лише за умови створення й реалізації належної системи забезпечення антикорупційної діяльності, комплексу узгоджених і взаємопов'язаних заходів кадрового, інформаційно-аналітичного, науково-методичного, просвітницького, матеріально-технічного та іншого характеру, спрямованих на належне забезпечення практичної реалізації стратегічних завдань у сфері протидії корупції⁶. Антикорупційна політика повинна бути постійною, пріоритетною функцією держави.

Проте, безумовно, найбільш результативний шлях протидії корупції – це усунення причин, що її породжують, але усунути ці причини швидко неможливо. Для цього потрібні серйозні економічні, політичні та інші реформи, що вимагають значних витрат. Та як і будь-яка діяльність, протидія корупції може забезпечуватися через застосування певних методів, які створюють умови ефективної діяльності, службової дисципліни тощо⁷. Це говорить про те, що механізм протидії корупції не виключає застосування неекономічних – адміністративних (або вольових) способів та заходів. Вони не потребують істотних витрат, менш ефективні, але є одними з важливих складових протидії корупції⁸.

Водночас варто акцентувати увагу на тому, що як у чинному законодавстві, так і в науковій літературі відсутня загально погоджена точка зору щодо змісту заходів протидії корупції⁹. Та вченими зроблено висновок, що особливостями адміністративно-правових заходів протидії корупції є те, що: вони є результатом реалізації державно-владних повноважень; мають свою форму, своє зовнішнє вираження у вигляді окремих дій; є похідними від адміністративного методу, у зв'язку з чим виражають примусову волю держави; нетотожні заходам адміністративного примусу, є значно ширшими за змістом, хоча й включають в себе останні; регламентовані нормами адміністративного законодавства; зовнішньою формою їх вираження є вимоги, обмеження, заборони, правоохоронні дії суб'єктів протидії корупції; реалізуються у сфері державного управління органом виконавчої влади або іншим владним суб'єктом, що наділений владно-розпорядчими повноваженнями; у переважній більшості випадків мають обмежувальний та репресивний характер; їх реалізація, порівняно з економічними, політичними та кримінально-правовими заходами, не потребує значних витрат як часу, так і фінансових ресурсів¹⁰.

Тобто до правових заходів протидії корупційним правопорушенням можна віднести всі правові дії, які використовуються для припинення адміністративних правопорушень взагалі¹¹. Зокрема, правовими заходами в теорії права називають певні юридичні категорії та діяння суб'єктів з їх застосування з метою досягнення конкретного результату. При цьому своєрідність правових засобів полягає в тому, що вони мають певну соціальну цінність, оскільки забезпечують досягнення поставлених цілей; відображають інформаційні якості права; поєднуючись між собою, створюють умови для дії права; викликають певні юридичні наслідки; забезпечуються примусовою силою держави¹².

Розглядаючи питання щодо змісту правової природи заходів протидії корупції, варто також акцентувати увагу на існуючій дискусії щодо правильності застосування понять «боротьба», «протидія» та «запобігання». Проте, на нашу думку, від застосування того чи іншого поняття рівень корупції не знизиться, адже зміст заходів, що застосовуються для подолання корупції, при цьому не змінюється. Однак розмежування змісту вказаних категорій теоретично надасть можливість зрозуміти, на якому етапі вчинення корупційних діянь ті чи інші заходи можуть бути застосовані. Тому з існуючими щодо цього думками різних авторів можна погодитися, позаяк кожна позиція має свої логічні аргументи.

Так, на думку М. І. Мельника, термін «протидія» є більш точним порівняно з іншими термінами, у тому числі і з терміном «боротьба». Термін «протидія» корупції відображає весь комплекс заходів впливу на корупцію, включаючи вплив на соціальні передумови цього явища, причини та умови корупційних діянь, правоохоронну діяльність щодо виявлення, розслідування таких діянь, притягнення винних у вчиненні їх осіб до відповідальності. Виходячи з цього, М. І. Мельник визначає поняття «протидії корупції» у широкому та вузькому розумінні. У широкому розумінні протидія корупції – це будь-яка діяльність у сфері соціального управління, яка спрямована на зменшення можливостей для корумпування суспільних відносин, забезпечення верховенства права, реалізацію інших принципів права, сприяння розвитку демократичного суспільства та утвердження правової держави. У вузькому розумінні, протидія корупції – це система заходів політичного,

правового, організаційно-управлінського, ідеологічного, соціально-психологічного та іншого характеру, спрямованих на зменшення обсягів корупції, зміну характеру корупційних проявів, обмеження взаємовпливу корупції та соціальних процесів, збільшення ризику для осіб, які вчиняють корупційні правопорушення, нейтралізацію дії та усунення чинників корупції, виявлення, припинення й розслідування проявів корупції, притягнення винних у вчиненні корупційних правопорушень осіб до юридичної відповідальності, поновлення законних прав та інтересів фізичних і юридичних осіб, усунення наслідків корупційних діянь¹³. На думку С. С. Рогульського, правильним є застосування терміна «боротьба», оскільки будь-яка діяльність щодо подолання негативного явища повинна мати на меті усунення такого явища, а не зменшення його проявів. А термін «боротьба» передбачає або перемогу, або поразку. Адже діяльність, яка спрямована проти конкретного прояву корупції, завжди має на меті знищення корупційного прояву чи то на етапі його попередження, чи припинення, а притягнення до відповідальності корупціонера взагалі запобігає вчиненню інших корупційних діянь, які є шкодою для боротьбою, оскільки спрямовано на знищення таких проявів ще до їх появи. Отже, С. С. Рогульський під адміністративними заходами боротьби з корупцією пропонує розуміти урегульовані нормами права взаємопов'язані між собою дії компетентних органів держави та їх посадових осіб, за допомогою яких забезпечується боротьба з корупцією, та які носять владно-розпорядчий характер¹⁴. І. А. Дьомін звертає увагу на те, що категорія «запобігання корупції» є більш широким поняттям, ніж «протидія». Відповідно, компетенцією щодо запобігання корупційних діянь наділено широке коло державних і недержавних організацій, їх посадових осіб та громадян. При цьому посадові особи зобов'язані займатись як запобіганням, так і протидією корупції. Вчений визначає поняття «запобігання корупції» як недопущення, завчасне відвернення корупційних діянь, а протидія корупції, в свою чергу, – це скеровування діяльності спеціально визначених суб'єктів публічної адміністрації проти будь-яких розпочатих корупційних проявів¹⁵.

На нашу думку, варто погодитися з думкою вчених, які вважають, що доречним є використання терміна «запобігання», оскільки він має на меті недопущення корупційних правопорушень та з самого початку спрямований на протистояння самому змісту корупції. Заходи запобігання корупції мають превентивний характер і застосовуються до моменту вчинення корупційних правопорушень. У більш загальному масштабі такі заходи мають на меті запобігти поширенню корупційних проявів у певній сфері, структурі чи регіоні. Стосовно змісту поняття «протидія корупції», то варто зазначити, що заходи протидії корупції застосовуються на етапі, коли запобігти поширенню корупції в певній сфері не вдалося, тобто після початку вчинення особою корупційного діяння. Заходи протидії корупції спрямовані на виявлення корупційних фактів, їх припинення, притягнення винних осіб до адміністративної відповідальності. Наступним етапом в системі заходів, спрямованих проти корупції, є саме «боротьба з корупцією». Як вже зазначалося, боротьбу з корупцією розглядають як сукупність заходів, спрямованих на остаточне викорінення корупції. Термін «боротьба» асоціюється переважно з моментом активного наступу на корупцію, із застосуванням репресивних заходів кримінально-правового та іншого характеру, із протидією з конкретними проявами корупції і особами, які їх вчинили¹⁶.

Таким чином, підсумовуючи, варто зазначити, що систему заходів протидії корупції в Україні становить сукупність адміністративно-правових заходів, спрямованих на недопущення проникнення корупції у всі сфери діяльності держави, виявлення фактів вчинення корупційних правопорушень та правопорушень, пов'язаних із корупцією, а також притягнення винних осіб до відповідальності, застосовуючи заходи адміністративно-правового впливу. Повертаючись до змісту самих заходів, варто зазначити, що протидія корупції повинна ґрунтуватися переважно на поєднанні запобіжних заходів. До таких заходів, що можуть протистояти вчиненню корупційних правопорушень, варто віднести: сприяння функціонуванню його базових громадянських інститутів та участь громадськості в заходах щодо запобігання корупції; проведення антикорупційної експертизи нормативно-правових актах з метою виявлення в чинних нормативно-правових актах та проєктах нормативно-правових актів факторів, що сприяють або можуть сприяти вчиненню корупційних правопорушень; підвищення рівня антикорупційної свідомості громадян, виховання у громадян високих моральних цінностей, стійкої суспільної нетерпимості до корупційної поведінки та громадського осуду осіб, які вчинили корупційні правопорушення.

¹ Кухарук А. В. Запобігання і протидія корупції в Україні: нові акценти та роль Міністерства юстиції / А. А. Кухарук // Юридичні акценти. – С. 14–23. – С. 14.

² Івасенко С. М. Організаційно-управлінські засади протидії корупції в правоохоронних органах / С. М. Івасенко // Аспекти публічного управління. – 2014. – № 11–12 (13–14) листопад – грудень. – С. 48–55.

³ Кухарук А. В. Вказана праця.

⁴ Бардачов Ю. М. Антикорупційна реформа в Україні як вагомий чинник забезпечення національної безпеки / Ю. М. Бардачов // Теорія та практика державного управління і місцевого самоврядування. – 2014. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Trpdu_2014_2_3.pdf

⁵ Костенко О. М. «Людський фактор» – основний антикорупційний засіб / О. М. Костенко // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 4. – С. 8–11. – С. 8.

⁶ Мельник М. І. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії) : моногр. / М. І. Мельник. – К. : Юридична думка, 2004. – 400 с. – С. 219.

⁷ Ткаченко О. В. Адміністративно-правові засади протидії корупції в органах внутрішніх справ : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / О. В. Ткаченко ; Ін-т законодавства Верховної Ради України. – К., 2008. – 208 с. – С. 159.

⁸ *Гарашук В. М.* Актуальні проблеми боротьби з корупцією в Україні : моногр. / В. М. Гарашук, А. О. Мухатаєв. – Х. : Право, 2010. – 144 с. – С. 34.

⁹ *Бездольний М. Ю.* Адміністративно-правові засади діяльності органів внутрішніх справ щодо протидії корупції : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / М. Ю. Бездольний. – Х., 2009. – 197 с. – С. 142.

¹⁰ *Бездольний М. Ю.* Адміністративно-правові засади діяльності органів внутрішніх справ щодо протидії корупції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / М. Ю. Бездольний ; Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х., 2009. – 16 с. – С. 11.

¹¹ *Рогульський С. С.* Адміністративно-правові заходи боротьби з корупцією в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Сергій Степанович Рогульський ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2005. – 187 с. – С. 112.

¹² *Зайчук О. В.* Теорія держави і права. Академічний курс : підруч. / О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с. – С. 425.

¹³ *Мельник М. І.* Вказана праця. – С. 214–216.

¹⁴ *Рогульський С. С.* Вказана праця. – С. 90–94.

¹⁵ *Дьомін І. А.* Адміністративно-правові засади запобігання та протидії корупції міліцією України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / І. А. Дьомін ; Національний університет біоресурсів і природокористування України. – К., 2011. – 18 с. – С. 9.

¹⁶ *Мельник М. І.* Вказана праця. – С. 214.

Резюме

Хабарова Т. В. Правова природа протидії корупції в Україні.

У статті розглядається проблема корупції та досліджується правова природа заходів протидії цьому явищу. Зокрема, визначаються негативний вплив корупції на розвиток держави та громадянського суспільства, аналізується політика держави в сфері запобігання й протидії корупції, розглядаються положення вчених щодо визначення змісту правових заходів протидії корупції. Зважаючи на існуючу дискусію щодо доречності застосування понять «запобігання», «протидія», «боротьба» доводиться позиція про те, що державна антикорупційна політика повинна ґрунтуватися на превентивних заходах.

Ключові слова: корупція, запобігання корупції, заходи протидії корупції.

Резюме

Хабарова Т. В. Правовая природа противодействия коррупции в Украине.

В статье рассматривается проблема коррупции и исследуется правовая природа мер противодействия этому явлению. В частности, определяется негативное влияние коррупции на развитие государства и гражданского общества, анализируется политика государства в сфере предотвращения и противодействия коррупции, рассматриваются положения ученых по определению содержания правовых мер противодействия коррупции. Принимая во внимание существующую дискуссию относительно уместности применения понятий «предотвращение», «противодействие», «борьба», доказывается позиция о том, что государственная антикоррупционная политика должна основываться на превентивных мерах.

Ключевые слова: коррупция, предотвращение коррупции, меры противодействия коррупции.

Summary

Khabarova T. Legal nature of the corruption counteraction in Ukraine.

The article considers the problem of corruption and is explored the contents of the legal nature of measures to counter this phenomenon. In particular, are defined a negative influence of corruption on the development of the state and civil society, is analyzed the state policy in the sphere of preventing and combating corruption, is considered the provisions of the scientists to determine the content of the legal measures against corruption. Given the current discussion about the appropriateness of the application of definitions “prevention”, “counteraction”, “fight” is proved position the fact that the state anti-corruption policy must be based on preventive measures.

Key words: corruption, prevention of corruption, anti-corruption measures.

УДК 342.9 (4/9)

ЧАН ТХУИ ВАН

Чан Тхуи Ван, преподаватель Национальной академии государственного управления Вьетнама

СИСТЕМА МЕСТНЫХ ОРГАНОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ ВЬЕТНАМА В СФЕРЕ ТУРИЗМА

В течение более двух последних десятилетий во Вьетнаме создавалось и совершенствовалось туристическое законодательство. В соответствии с ним сформировалась система органов государственного управления туризмом, детально определены функции, задачи и структура каждого из этих органов, в том числе местных. Учитывая то, что сфера туризма во Вьетнаме быстро развивается, а поток туристов увеличивается с каждым годом, исследование системы органов исполнительной власти, занимающихся вопросами туризма

на местном уровне, и путей ее совершенствования является актуальным для развития туризма Вьетнама на данном этапе.

В научной литературе Вьетнама есть исследования, посвященные теме государственного управления туризмом. Некоторые из них содержат положения о местных органах исполнительной власти, осуществляющих управление туризмом. Например, докторская диссертация Чинь Данг Тхань «Государственное управление туристической деятельностью во Вьетнаме посредством законодательства на данном этапе» (2004 г.); монография Нгуен Ван Лыу «Вьетнам и ASEAN – слияние туризма» (2013 г.). Указанная диссертация была написана до принятия Закона Вьетнама «О туризме», в ней содержатся отдельные положения об органах управления туризмом. В монографии «Вьетнам и ASEAN – слияние туризма» есть общие положения о системе местных органов исполнительной власти, осуществляющих управление туризмом, но нет ее анализа. Таким образом, в научной литературе Вьетнама отсутствуют исследования, специально посвященные системе местных органов исполнительной власти, осуществляющих управление туризмом.

Целью статьи является охарактеризовать систему местных органах исполнительной власти Вьетнама, осуществляющих управление в сфере туризма и обосновать предложения по ее усовершенствованию.

Как указывает Нгуен Ван Лыу, между органами государственного управления туризмом разных уровней существует детальное распределение полномочий. Это усиливает самостоятельность каждого из них. Распределение полномочий, задач осуществляется путем конкретизации прав, обязанностей каждого из органов государственного управления туризмом¹. Согласно Конституции Вьетнама 2013 г.² его территория делится на области, область – на уезды, уезд – на села (ст. 110). Местная власть осуществляется в каждой области, уезде и селе и состоит из народного совета и народного комитета (ст. 111). Она организует и обеспечивает исполнение законодательства на местном уровне (ст. 112).

Народный совет избирается местным населением, осуществляет полномочия по управлению в соответствии с законодательством, контролирует исполнение законодательства и своих постановлений (ст. 113). Народный комитет избирается народным советом и является местным исполнительным органом. Народный комитет на местном уровне организует и обеспечивает исполнение законодательства, постановлений народного совета и задач по поручению вышестоящих органов (ст. 114).

Согласно ст. 20 Закона Вьетнама «О туризме»³ областной народный комитет разрабатывает генеральный план развития туризма в области и после согласования с Управлением по туризму представляет его областному народному совету на рассмотрение. Областной народный комитет после согласования с Управлением по туризму определяет конкретный план развития туризма в государственной туристической зоне, местной туристической зоне, государственном туристическом пункте.

В пределах своих полномочий и в соответствии с поручением Правительства он обязан осуществлять государственное управление туризмом в области; конкретизировать стратегию, планы, политику развития туризма в области; принимать меры для обеспечения безопасности, порядка, гигиены в туристических зонах, пунктах, линиях и городах (ст. 11 Закона Вьетнама «О туризме»).

Областной народный комитет по предложению отдела культуры, спорта и туризма уполномочен признавать местные туристические зоны, пункты, линии (ст. 27 Закона Вьетнама «О туризме»). Он разрабатывает планы, программы развития туризма для местного уровня; взаимодействует по этим вопросам с Управлением по туризму и народными комитетами других областей (ст. 81 Закона Вьетнама «О туризме»).

Народные комитеты должны принимать меры для защиты, восстановления и развития туризма в соответствии с условиями местности (ст. 11 Закона Вьетнама «О туризме»).

В соответствии с законодательством, прежде всего с Циркуляром Министерства культуры, спорта и туризма Вьетнама и Министерства внутренних дел Вьетнама № 43/2008/TTLT-BVHTTDL-BNV, отдел культуры, спорта и туризма областного народного комитета является специальным структурным подразделением областного народного комитета, выполняющим штабную функцию и осуществляющим государственное управление в сфере культуры, спорта, туризма, рекламы и семьи.

Функции, задачи, полномочия и организационная структура областного отдела культуры, спорта и туризма регулируются циркуляром Министерства культуры, спорта и туризма Вьетнама и Министерства внутренних дел Вьетнама «О функциях, задачах, полномочиях и организационной структуре отдела культуры, спорта и туризма областного народного комитета и отдела культуры и информатики уездного народного комитета», принятым 6 июня 2008 г. № 43/2008/TTLT-BVHTTDL-BNV⁴. Отдельные вопросы регулируются другими нормативными актами.

Отдел культуры, спорта и туризма является юридическим лицом. Он действует, с одной стороны, под руководством областного народного комитета по организационным вопросам, а с другой, – под руководством и контролем Министерства культуры, спорта и туризма Вьетнама по специальным вопросам.

В сфере туризма основными задачами и полномочиями отдела культуры, спорта и туризма являются:

- внесение областному народному комитету на рассмотрение проектов решений, приказов; проектов долгосрочных, пятилетних и годовых планов развития туризма; программ, мероприятий совершенствования государственного управления туризмом, привлечения капиталовложений для развития туризма в области;
- инструктаж, контроль, организация исполнения нормативных актов, утвержденных планов, программ; пропагандирование нормативных актов в сфере туризма;
- организация обнародования утвержденных планов развития туризма;
- инвентаризация, оценка, классификация, создание базы данных о туристических ресурсах области;

- осуществление мероприятий по охране, восстановлению, рациональному использованию и развитию туристических ресурсов, туристической среды, туристических зон, пунктов области;
- внесение предложений о признании и обнародование решения о признании областных туристических зон, пунктов, линий;
- выдача, отмена, изменение, дополнение решения о создании представительств иностранных туристических предприятий на территории области;
- рассмотрение предложения компетентного органа, выдача предприятиям лицензий на занятие деятельностью по организации международных путешествий;
- определение по разрядам одной звезды, двух звезд гостиниц, туристических деревень; признание отвечающим требованиям, установленным нормативными актами, туристических особняков, квартир, домов отдыха, других средств размещения туристов;
- принятие решения о выдаче вывески субъектам, занимающимся сервисным предпринимательством в туристических зонах, пунктах, городах;
- выдача, изменение, изъятие удостоверения туристических гидов; выдача, изъятие свидетельств туристических дикторов в соответствии с правилами Министерства культуры, спорта и туризма Вьетнама;
- разработка планов, программ развития туризма и организация исполнения программ развития туризма, туристических событий, ярмарок, конференций, выставок в области.

В соответствии с Циркуляром № 43/2008/ТТЛТ-BVHTTDL-BNV организационная структура областного отдела культуры, спорта и туризма включает подразделения, помогающие начальнику отдела осуществлять государственное управление, и учреждения, содействующие государственному управлению. К подразделениям, помогающим начальнику областного отдела культуры, спорта и туризма осуществлять государственное управление, относятся отделы: культуры, культурного быта и семьи, туризма, спорта, планов и финансов и другие. К учреждениям, содействующим государственному управлению, относятся музей, библиотека, центр культуры, киноцентр, центр охраны памятников культуры, центр спортивной тренировки, центр ускорения туризма и учебные подразделения.

Функции, задачи, полномочия и организационная структура уездного отдела культуры и информатики также регулируются Циркуляром № 43/2008/ТТЛТ-BVHTTDL-BNV. В соответствии с ним отдел культуры и информатики является специальным подразделением уездного народного комитета, выполняющим штабную функцию и осуществляющим государственное управление в области культуры, спорта, туризма и семьи. Циркуляром также предусмотрены задачи, полномочия уездного отдела культуры и информатики в сфере информатики и телекоммуникации.

Отдел культуры и информатики является юридическим лицом, действует, с одной стороны, под руководством уездного народного комитета по организационным вопросам, а с другой, – под руководством и контролем областного отдела культуры, спорта и туризма по специальным вопросам.

В сфере туризма к основным задачам и полномочиям отдела культуры и информатики относятся:

- внесение уездному народному комитету на рассмотрение проектов решений, приказов; проектов долгосрочных, пятилетних и годовых планов развития туризма; программ развития туризма, мероприятий по совершенствованию государственного управления туризмом, привлечению капиталовложений для развития туризма в области;
- организация исполнения нормативных актов, утвержденных планов, программ; пропагандирование нормативных актов в области туризма, установки на привлечение капиталовложений для развития туризма;
- подготовка инструкций об охране, рациональном использовании туристических ресурсов, туристической среды, туристических зон, пунктов уезда;
- подготовка инструкций, контроль деятельности туристических баз;
- руководство сельскими специалистами с целью осуществления задач;
- проверка исполнения нормативных актов в сфере туризма⁵.

Сельский (или районный) народный комитет насчитывает 21–25 государственных служащих, занимающихся решением проблем различных сфер общественной жизни. Эти государственные служащие делятся на семь категорий: 1) главный милиционер; 2) военный командующий, 3) государственный служащий по проблемам канцелярии-статистики; 4) государственный служащий по земельным, строительным, городским и экологическим проблемам (для района) или по земельным, аграрным, строительным и экологическим проблемам (для села); 5) государственный служащий по финансово-бухгалтерским проблемам; 6) государственный служащий по юридическим проблемам; 7) государственный служащий по социально-культурным проблемам.

Последний осуществляет штабную функцию, помогает сельскому (районному) народному комитету осуществлять управление в сфере туризма. В отличие от областного и уездного отделов, государственный служащий по социально-культурным проблемам не уполномочен принимать решения.

30 октября 2012 г. Министерство внутренних дел приняло Циркуляр № 06/2012/ТТ-BNV «О функциях, конкретных критериях, задачах и подборе государственных служащих сельского (районного) народного комитета»⁶. В соответствии с этим Циркуляром в сфере туризма государственные служащие сельского (районного) народного комитета помогают сельскому (районному) народному комитету выполнять поставленные задачи; непосредственно организуют, наблюдают и докладывают о социально-культурной деятельности, в частности туристической; информируют местное население о социально-культурной, в частности туристической, деятельности (ст. 9).

Условия, ресурсы для развития туризма в разных областях страны неодинаковы. В силу особого положения, богатства культурного наследия, большого потока туристов в городах Хошимин в 2014 г., Ханой в 2015 г., Хайфонг в 2016 г., Дананг в 2016 г. и в провинции Куангнинь в 2016 г. были созданы областные отделы туризма в отличие от других областей, где действуют областные отделы культуры, спорта и туризма.

По нашему мнению, в тех областях, где туризм развивается быстрее, где существуют более благоприятные условия и ресурсы для его развития, целесообразно расширить круг задач и полномочий областных органов власти в сфере туризма и увеличить штат их сотрудников. Как уже было сказано, недавно в городах Ханой, Хошимин, Хайфон, Дананг и провинции Куангнинь были созданы областные отделы туризма, которые занимаются только данными вопросами. Создание областного отдела туризма соответствует положениям постановления Правительства Вьетнама от 4 апреля 2014 г. № 24/2014/NĐ-CP «Об организации специальных подразделений областных народных комитетов и городов при центральной власти»⁷, так как п. 4 ст. 9 данного постановления предусматривает возможность создания в особых случаях специального подразделения областного народного комитета. Необходимо подумать о создании такого подразделения и в других областях, имеющих огромные туристические ресурсы, реорганизовав отдел культуры, спорта и туризма в отдел туризма и отдел культуры и спорта. Необходимо внести изменения в циркуляр Министерства культуры, спорта и туризма Вьетнама и Министерства внутренних дел Вьетнама от 6 июня 2008 г. № 43/2008/TTLT-BVHTTDL-BNV «О функциях, задачах, полномочиях и организационной структуре отдела культуры, спорта и туризма областного народного комитета и отдела культуры и информатики уездного народного комитета», а именно: дополнить название циркуляра после слов «спорта и туризма» словами «отдела туризма, отдела культуры и спорта», дополнить циркуляр нормами о функциях, задачах, полномочиях и организационной структуре областного отдела туризма, областного отдела культуры и спорта.

Таким образом, во Вьетнаме на местном уровне государственное управление сферой туризма осуществляют: отдел культуры, спорта и туризма областного народного комитета; отдел культуры и информатики уездного народного комитета; государственный служащий по социально-культурным проблемам сельского народного комитета. Предлагаем расширить круг задач и полномочий в сфере туризма с увеличением кадрового состава тех местных органов власти Вьетнама, которые управляют более перспективными областями для развития туризма, а также создать областной отдел по туризму и областной отдел культуры и спорта не только в Ханое, Хошимине, Хайфоне, Дананге и провинции Куангнинь, но и в других областях, имеющих значительные туристические ресурсы.

¹ Нгуен Ван Лыу. Вьетнам и ASEAN – слияние туризма. – Ханой: Культура и информация, 2013 – С. 229–235. (Nguyễn Văn Lưu, Du lịch Việt Nam hội nhập trong ASEAN, Nxb. Văn hoá Thông tin, Hà Nội 2013, 452 tr. (tr. 229–235).

² Конституция Вьетнама: принята Парламентом 28 ноября 2013 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.moj.gov.vn/vbpq/Lists/Vn%20bn%20php%20lut/View_Detail.aspx?ItemID=28814 – (Веб-сайт Министерства юстиции Вьетнама, Нормативные акты).

³ О туризме : Закон Вьетнама от 14 июня 2005 г. № 44/2005/QH11 (с изменениями 2009 г.): [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://moj.gov.vn/vbpq/Lists/Vn%20bn%20php%20lut/View_Detail.aspx?ItemID=18151 – (Веб-сайт Министерства юстиции Вьетнама, Нормативные акты).

⁴ О функциях, задачах, полномочиях и организационной структуре отдела культуры, спорта и туризма областного народного комитета и отдела культуры и информатики уездного народного комитета : циркуляр Министерства культуры, спорта и туризма Вьетнама и Министерства внутренних дел Вьетнама от 06 июня 2008 г. № 43/2008/TTLT-BVHTTDL-BNV: [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://moj.gov.vn/vbpq/Lists/Vn%20bn%20php%20lut/View_Detail.aspx?ItemID=25055 – (Веб-сайт Министерства юстиции Вьетнама, Нормативные акты).

⁵ Чан Ван Туи. Органы управления туризмом во Вьетнаме / Чан Ван Туи // Держава і право : зб. наук. праць. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2015. – Вип. 67. – С. 150–152. – (Серія «Юридичні науки»).

⁶ О функциях, конкретных критериях, задачах и подборе государственных служащих сельского (районного) народного комитета : циркуляр Министерства внутренних дел Вьетнама от 30 октября 2012 г. № 06/2012/TT-BNV : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://vanban.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/hethongvanban?class_id=1&mode=detail&document_id=165826 – (Веб-сайт Правительства Вьетнама).

⁷ Об организации специальных подразделений областных народных комитетов и городов при центральной власти : постановление Правительства Вьетнама от 4 апреля 2014 г. № 24/2014/NĐ-CP : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://moj.gov.vn/vbpq/Pages/View_Properties.aspx?ItemID=28945 – (Веб-сайт Министерства юстиции Вьетнама, Нормативные акты).

Резюме

Чан Т. В. Система местных органов исполнительной власти Вьетнама в сфере туризма.

Статья посвящена характеристике системы местных органов исполнительной власти, осуществляющих управление туризмом во Вьетнаме, и обоснованию предложений по ее усовершенствованию. Во Вьетнаме на местном уровне государственное управление сферой туризма осуществляют: отдел культуры, спорта и туризма областного народного комитета; отдел культуры и информатики уездного народного комитета; государственный служащий по социально-культурным проблемам сельского народного комитета. Предлагается расширить круг задач и полномочий в сфере туризма с увеличением кадрового состава тех местных органов власти Вьетнама, которые управляют более перспективными областями для развития туризма, а также создать областной отдел по туризму и областной отдел культуры и спорта не только в Ханое, Хошимине, Хайфоне, Дананге и провинции Куангнинь, но и в других областях, имеющих значительные туристические ресурсы.

Ключевые слова: местный орган исполнительной власти, областной отдел культуры, спорта и туризма, областной отдел туризма, уездный отдел культуры и информатики, государственный служащий по социально-культурным проблемам.

Резюме

Chan T. B. Система місцевих органів виконавчої влади В'єтнаму в сфері туризму.

Стаття присвячена характеристиці системи місцевих органів виконавчої влади, що здійснюють управління туризмом у В'єтнамі, та обґрунтуванню пропозицій щодо її вдосконалення. У В'єтнамі на місцевому рівні державне управління сферою туризму здійснюють: відділ культури, спорту і туризму обласного народного комітету; відділ культури і інформатики повітового народного комітету; державний службовець з соціально-культурних проблем сільського народного комітету. Пропонується розширити коло завдань і повноважень в сфері туризму зі збільшенням кадрового складу тих місцевих органів влади В'єтнаму, які здійснюють управління більш перспективними областями для розвитку туризму, а також створити обласний відділ з туризму і обласний відділ культури і спорту не тільки в Ханой, Хошиміні, Хайфоні, Дананзі і провінції Куангнінь, а й в інших областях, що мають значні туристичні ресурси.

Ключові слова: місцевий орган виконавчої влади, обласний відділ культури, спорту і туризму, обласний відділ туризму, повітовий відділ культури і інформатики, державний службовець із соціально-культурних проблем.

Summary

Chan T. The system of local executive bodies of Vietnam tourism.

The article is devoted to the system of local authorities engaged in management of tourism in Vietnam, and the justification of the proposals for improvement. In Vietnam, the local public administration sphere of tourism carried out by: Department of Culture, Sports and Tourism of the Regional People's Committee; Department of Culture and Information Science of the district People's Committee; a civil servant on the social and cultural problems of the rural people's committee. It is proposed to extend the range of tasks in the sphere of tourism authority to increase the staff of the local Vietnamese authorities, who manage more promising areas for tourism development, and to create the regional department of tourism and the regional department of culture and sport, not only in Hanoi, Ho Chi Minh City, Hai Phong, Da Nang and Quang Ninh province, but also in other areas with significant tourism resources.

Key words: local executive authority, the Regional Department of Culture, Sports and Tourism, the regional tourism department, the county Department of Culture and Information Science, a civil servant on socio-cultural issues.

УДК 347

І. В. ШТОДА

*Ірина Віталіївна Штода, магістр права, юрист
«МСБ Капітал»*

**АНАЛІЗ ВЗАЄМОДІЇ ОРГАНІВ ВЛАДИ ТА ВИМУШЕНО ПЕРЕСЕЛЕНИХ ОСІБ
З ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЙ ТА ЗОНИ ПРОВЕДЕННЯ АТО**

У результаті анексії Криму та військового конфлікту на Донбасі значного розвитку набуло явище внутрішньої та зовнішньої вимушеної міграції.

Воєнна агресія на території Донецької та Луганської областей спричинила гуманітарну кризу, подолання якої має стати сьогодні одним із пріоритетів державної соціальної та безпекової політики.

Після анексії Криму та початку бойових дій на території Донецької і Луганської областей до регіонів України, не охоплених конфліктом, вирушили тисячі біженців. У зв'язку з цим виникла необхідність у належних та комплексних заходах для практичної реалізації положень Розділу II Конституції України щодо прав і свобод осіб, які вимушені були покинути свої домівки. Наслідком стало прийняття Закону України від 20 жовтня 2014 р. № 1706-VII «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб».

Проте, незважаючи на всю важливість даної теми, норми національного законодавства у зазначеній сфері містять чимало колізій та прогалин, а тому безперечно потребують вдосконалення. Саме тому неабиякої актуальності набуває дослідження взаємодії органів влади та вимушено переселених осіб з окупованих територій та зони проведення АТО.

Окремі аспекти взаємодії органів влади та вимушено переселених осіб з окупованих територій та зони проведення АТО є об'єктом наукових досліджень. Проте вони мають обмежений характер, і нині все ще залишається багато дискусійних питань. Комплексні дослідження з даного питання відсутні, а отже є необхідність подальшого дослідження та переосмислення.

Метою даної наукової статті є аналіз взаємодії органів влади та вимушено переселених осіб з окупованих територій та зони проведення АТО, дослідження проблемних питань, узагальнення та формування теоретичних положень та практичних висновків, вироблення рекомендацій щодо вдосконалення правового регулювання.

Як відомо, кожен військовий конфлікт супроводжується гуманітарними кризами, появою внутрішньо переміщених осіб (далі – ВПО) та біженців¹. Внутрішньо переміщеною особою, на думку вітчизняного зако-

нодавця, є громадянин України, іноземець або особа без громадянства, яка перебуває на території України на законних підставах та має право на постійне проживання в Україні, яку змусили залишити або покинути своє місце проживання в результаті або з метою уникнення негативних наслідків збройного конфлікту, тимчасової окупації, повсюдних проявів насильства, порушень прав людини та надзвичайних ситуацій природного чи техногенного характеру².

За різними даними, від 1.3 до 1.8 млн громадян були вимушені виїхати з Донецької, Луганської областей та Криму: окуповані території, за оцінками, залишили близько третини жителів. Частина з них обрала для перебування Російську Федерацію, більшість – мирні території України³.

Станом на кінець лютого 2015 р в Україні нараховувалося 1 092 405 внутрішньо переміщених осіб. З них, за приблизними оцінками, 20 000 з Криму та понад 1 070 000 – зі Сходу України. Близько 60 % ВПО – це пенсіонер(к)и, 23.1 % – працездатні особи, 12.8 % – діти та 4.1 % – неповносправні особи⁴.

За інформацією Управління Верховного комісара ООН у справах біженців (УВКБ ООН), за період із серпня 2014 р. по січень 2015 р. кількість ВПО різко зросла – зі 155 800 осіб на 13 серпня 2014 р. до 633 523 на 9 січня 2015 року. Упродовж цього періоду ВПО залишали охоплені конфліктом райони Донецької та Луганської областей через посилення запеклих бойових дій та припинення роботи державних служб. Причинами, що викликають переміщення зі східних областей України, як повідомляють ВПО, є питання безпеки (обстріли, зокрема артилерійські) і (або) гуманітарні наслідки конфлікту (відсутність води, продуктів харчування, ліків). Станом на 9 січня 2015 р. сукупність зареєстрованих ВПО становила 31 % дітей; 19 % ВПО віднесені до категорії «літні люди або особи з інвалідністю»; 66 % дорослих ВПО – жінки⁵.

За даними УВКБ ООН, ВПО, географічно розташовані в районах, близьких до їхніх домівок, зокрема на тих територіях Донецької (90 061) та Луганської (80 123) областей, які перебувають під контролем уряду, як-от Маріуполь, Святогірськ, Красний Лиман і Сватове. Велика кількість ВПО переїхала до першої лінії областей, що оточують Донбас, – Харківської (121 154), Дніпропетровської (68 833), Запорізької (54 726) та інших – Полтавської (21 680), Одеської (21 409), Сумської (12 274), Кіровоградської (9 777), Чернігівської (9 502), а також міста Києва (39 047) та Київської області (29 418)⁶.

Проблема ВПО не є чимось новим у світовій історії. Навіть за новітніх часів Україна вже стикалася із вимушеною внутрішньою міграцією. Так, зокрема, Чорнобильська катастрофа 1986 р. супроводжувалася переміщенням понад 162 000 осіб із заражених територій. Але й нині в нас не накопичено достатньо досвіду для необхідних у такій ситуації дій: реєстрації ВПО, здійснення міжвідомчої координації, взаємодії з неурядовими та міжнародними організаціями, впровадження програмного підходу до вирішення наявних проблем⁷.

Значну кількість проблем, з якими стикаються ВПО, вони не здатні вирішити самостійно, без допомоги держави. До таких, перш за все, належать: забезпечення житлом, роботою, необхідними речами тривалого користування, соціальним захистом, доступом до соціальної інфраструктури, а також поновлення соціальних та політичних прав⁸. Основою передумовою для більшості цих проблем вважається відсутність єдиної державної стратегії як по окупованих територіях, так і по переселенцях⁹.

На нашу думку, вирішити зазначені проблеми не можливо без належної взаємодії органів влади та вимушено переселених осіб з окупованих територій та зони проведення АТО. При дослідженні даного питання слід розпочинати із законодавчо визначених форм та видів такої взаємодії. У цьому полі вдалося створити нормативну базу, було прийнято профільний закон – Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб, від якого потрібно відштовхуватися при виробленні політики щодо ВПО. Розробку політичних рішень та політичних програм, які мають розв'язати проблеми ВПО, закладено в ряді статей цього Закону. Було прийнято також нормативні акти для забезпечення базової матеріальної підтримки внутрішньо переміщених осіб: постанови КМУ № 505 від 1 жовтня 2014 р. та 535 від 1 жовтня 2014 року. Перша передбачає надання щомісячної адресної допомоги ВПО у розмірі 442 гривні для працездатної особи та 884 для непрацездатної особи для покриття витрат на житло та житлово-комунальні послуги. Другою ж було врегульовано використання коштів, що надходять від іноземних донорів.

Нині повноваження у сфері захисту прав внутрішньо переміщених осіб вітчизняним законодавцем надані далеко не єдиному органу державної влади. Але функції вироблення політики покладено на Кабінет Міністрів України.

Так, Кабінет Міністрів України: координує і контролює діяльність органів виконавчої влади щодо вжиття ними необхідних заходів із забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб; забезпечує проведення моніторингу внутрішнього переміщення осіб, спрямовує діяльність органів виконавчої влади на усунення обставин (умов), що сприяли внутрішньому переміщенню осіб, захист прав і свобод внутрішньо переміщених осіб, сприяння поверненню таких осіб до залишеного місця проживання та їх реінтеграції; затверджує комплексні державні цільові програми щодо підтримки та соціальної адаптації внутрішньо переміщених осіб із визначенням джерел та обсягів фінансування, контролює їх виконання; здійснює інші повноваження¹⁰.

Місцеві державні адміністрації в межах своїх повноважень забезпечують: прийом громадян та надання їм безоплатної первинної правової допомоги з питання взяття на облік внутрішньо переміщених осіб; взяття на облік внутрішньо переміщеної особи; надання інформації внутрішньо переміщеним особам про можливі місця і умови для їх тимчасового проживання/перебування з урахуванням пропозицій органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань, волонтерських, благодійних організацій, інших юридичних та фізичних осіб, про стан інфраструктури, довілля у таких місцях; надання в разі необхідності внутрішньо переміщеним особам медико-психологічної допомоги; безоплатне харчування відповідно до законодавства

внутрішньо переміщених осіб на період до отримання такими особами статусу безробітних або їх працевлаштування, але не більше одного місяця; надання в тимчасове користування внутрішньо переміщеним особам житлового приміщення або соціального житла, придатного для проживання, за умови оплати зазначеними особами відповідно до законодавства вартості житлово-комунальних послуг; внесення до Єдиної інформаційної бази даних про внутрішньо переміщених осіб структурним підрозділом місцевої державної адміністрації з питань соціального захисту населення відомостей про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи, у тому числі місце її фактичного перебування, та про надані такій особі послуги; набуття відповідно до законодавства внутрішньо переміщеними особами за місцем їх фактичного перебування прав на земельну ділянку із земель державної власності тощо¹¹.

Органи місцевого самоврядування в межах своїх повноважень: надають у тимчасове безоплатне користування внутрішньо переміщеним особам з комунальної власності житлові приміщення, придатні для проживання (за умови оплати особою відповідно до законодавства вартості комунальних послуг); вирішують питання щодо набуття відповідно до законодавства внутрішньо переміщеними особами за місцем їх фактичного перебування прав на земельну ділянку із земель комунальної власності; сприяють за клопотанням внутрішньо переміщеної особи у переміщенні її рухомого майна для повернення на залишене місце проживання; забезпечують надання медичної допомоги в комунальних закладах охорони здоров'я з урахуванням відомостей про внутрішньо переміщених осіб, які тимчасово проживають (перебувають) у відповідному населеному пункті; забезпечують влаштування дітей у дошкільні та загальноосвітні навчальні заклади комунальної форми власності тощо¹².

Дослідивши нормативно-правовий аспект, перейдемо до з'ясування практичних проблем у сфері взаємодії органів державної влади та переселених осіб. Протягом 2014 р. держава, громадянське суспільство та населення України зробили чимало для підтримки й захисту ВПО та осіб, що постраждали від бойових дій. Було принципово змінено і доповнено законодавство, прийнято Закони України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» (від 15 квітня 2014 р.), «Про створення вільної економічної зони «Крим» та про особливості здійснення економічної діяльності на тимчасово окупованій території України» (від 12 серпня 2014 р.) та «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» (від 20 жовтня 2014 р.). Кабінет Міністрів України прийняв низку постанов з різних аспектів допомоги внутрішньо переміщеним особам. Урядом створено Міжвідомчий координаційний штаб з питань, пов'язаних із соціальним забезпеченням громадян України, які переміщуються з тимчасово окупованої території та районів проведення Антитерористичної операції. У кожній області на базі територіальних підрозділів Державної служби України з надзвичайних ситуацій створено регіональні штаби¹³.

Відповідно до рішення РНБОУ від 4 листопада 2014 р. «Про невідкладні заходи щодо стабілізації соціально-економічної ситуації в Донецькій та Луганській областях», введеного в дію Указом Президента України від 14 листопада 2014 р. № 875, 30 січня 2015 р. Кабінетом Міністрів України затверджено Порядок надання гуманітарної та іншої допомоги населенню Донецької та Луганської областей. Він, однак, не роз'яснює, яким чином гуманітарна допомога може бути доставлена на відповідну територію. Запропонований Кабінетом Міністрів механізм щомісячної адресної допомоги внутрішньо переміщеним особам передбачає покриття витрат на проживання у розмірі 884 грн для непрацездатних осіб (пенсіонери, інваліди, діти) на одну особу (члена сім'ї) та для працездатних осіб – 442 грн на одну особу (члена сім'ї), але не більше 2 400 грн на сім'ю, чого недостатньо. Крім того, значна кількість ВПО цим механізмом не охоплені¹⁴.

ВПО стикаються з прямою і непрямю дискримінацією. Суб'єктами прямої дискримінації виступають фізичні та юридичні особи, а непрямі – переважно держава в особі органів влади та їх посадових осіб. Прикладами прямої дискримінації є відмова у прийомі на роботу та наймі житла, що найчастіше має місце щодо ВПО зі сходу України та Криму. Прикладом непрямой дискримінації слугують юридична недосконалість та суттєві розбіжності між законодавчими актами, які замість того, щоб належним чином регулювати питання ВПО, лише погіршують і ускладнюють вимушеним переселенцям життя. Так, у постанові Кабінету Міністрів України від 1 листопада 2014 р. № 509 визначено порядок реєстрації ВПО, видачі довідки про взяття на облік та внесення даних до Єдиної інформаційної бази. Постанова містить механізм видачі довідки про взяття на облік особи, яка переміщується, але органи соціального захисту населення, на які покладено виконання вказаної постанови, відмовляють у реєстрації та видачі довідки деяким ВПО, спираючись на перелік населених пунктів, на території яких здійснювалася антитерористична операція. У результаті цього зазнають дискримінації громадяни, які проживали в населених пунктах, сусідніх із тими, де проходили бойові дії, хоча люди хотіли лише себе захистити і тікали від війни. Такі переліки були затверджені Кабінетом Міністрів України пізніше за порядок реєстрації, що суперечить першочерговому законодавчому акту, яким є Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб», де чітко визначено причини, через які громадяни України полишають місце свого проживання: «у результаті або з метою уникнення негативних наслідків збройного конфлікту, тимчасової окупації, повсюдних проявів насильства, масових порушень прав людини та надзвичайних ситуацій природного чи техногенного характеру»¹⁵.

У липні 2014 р. було створено Державну службу України з питань Автономної Республіки Крим, міста Севастополя та тимчасово переміщених осіб. Але від моменту створення вона так і не запрацювала, не було обрано голову та не розроблено нормативну базу. Відповідною постановою від 22 жовтня 2014 р. його було перейменовано на Державну службу України з питань Автономної Республіки Крим, міста Севастополя. Дана структура знаходиться у прямому підпорядкуванні Кабінету міністрів України, і досі невідомо, чи буде

вона займатися питанням переміщених осіб. Іншим органом, що має працювати з ВПО та відповідає за відновлення інфраструктури, є Державне агентство з відновлення Донбасу. У агентства передбачена функція «сприяння в установленому законодавством порядку соціальному забезпеченню переміщених осіб». На жаль, діяльність даного відомства, яка б відповідала цьому завданню, також не спостерігається.

Наведемо кілька прикладів безпосередньої взаємодії органів влади та ВПО. Приклад 1. За даними ЗМІ, Національна асамблея інвалідів України та Рада громадських організацій людей з інвалідністю та їх родин – вимушених переселенців зі Сходу України 1–3 грудня 2015 р. в м. Києві провели Всеукраїнський Форум «Взаємодія державних і місцевих органів влади, соціальних структур та ГОІ у вирішенні нагальних проблем внутрішньо переміщених осіб з інвалідністю». Програма заходу передбачала обговорення актуальних проблем ВПО з інвалідністю та членів їх родин, надання інформаційної та консультаційної допомоги зазначеній категорії осіб, винайдення шляхів співпраці з державними та місцевими органами влади¹⁶. У заході взяли участь Уповноважений Президента України з прав людей з інвалідністю, представники Пенсійного фонду України, Міністерства освіти і науки України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства соціальної політики України, Фонду соціального захисту інвалідів, Державної служби зайнятості, міжнародних та всеукраїнських громадських та благодійних організацій¹⁷.

Приклад 2. 10 грудня 2014 р. у м. Херсон розпочав роботу Єдиний центр з надання консультаційно-роз'яснювальних послуг громадянам України, які перемістилися у Херсонську область з тимчасово окупованої території та районів проведення антитерористичної операції. На урядову телефонну гарячу лінію протягом доби надійшло 1059 звернень, що стосувалися проблемних питань жителів Донецької та Луганської областей. На 441 звернення надано роз'яснення та довідкову інформацію фахівцями Урядового контактного центру, 618 звернень направлено для розгляду та реагування органам виконавчої влади¹⁸.

Приклад 3. Спільно Міністерством соціальної політики України та Stabilization Support Services за підтримки уряду Великої Британії була запроваджена Програма «Посилення участі громадянського суспільства у роботі Міністерства соціальної політики України та процесі національного примирення» (далі – Програма). У рамках програми 29 радників з питань внутрішньо переміщених осіб, обрані шляхом прозорого конкурсу, працюють при Міністерстві соціальної політики України на центральному рівні і на рівні департаментів у Центральній, Східній, Південній і Західній Україні. Із них 27 радників працюють на обласному рівні та у м. Київ, а два – на центральному рівні. Радники разом із Міністерством соціальної політики України та органами місцевої влади займаються вирішенням проблемних питань ВПО у конкретних регіонах. Радники надають інформацію про значну кількість звернень щодо забезпечення ліками та надання гуманітарної допомоги, особливо у віддалених районах¹⁹. Як бачимо, державна влада використовує різноманітні форми та види взаємодії з ВПО в Україні.

Водночас відсутність комплексності у виробленні та впровадженні політики щодо ВПО є кричущою проблемою. Наразі немає інституції, яка б мала спроможність акумулювати всі ресурси для роботи в цьому полі чи, принаймні, координувати таку роботу. В умовах складної фінансової ситуації владі потрібно активізувати роботу над програмами, які не передбачатимуть великих витрат з бюджету, але сприятимуть економічній активності ВПО²⁰. Немає й спільних програм між волонтерськими організаціями та державними установами, що опікуються вимушеними переселенцями²¹.

Якщо проаналізувати інформацію щодо прав переселених осіб, яка міститься на сайтах органів влади, то можна дійти висновків про її деяку недостатність. Згідно з результатами опитування УЦСР 2015 р. обізнаність ВПО щодо програм допомоги є низькою. Про регіональні програми допомоги ВПО знають лише 13,7 % ВПО, серед організацій, які надають допомогу, ВПО найчастіше згадували «Червоний хрест». Лише 11,8 % опитаних переселенців знають про наявність органів самоорганізації ВПО, однак жоден із опитаних не зміг дати чіткої відповіді на питання про те, які проблеми ці організації вирішують. У цьому контексті надзвичайно важливою є співпраця з громадськими організаціями ВПО²².

Найбільш складною є для ВПО житлова проблема. Регіональними штабами спільно з місцевими органами виконавчої влади проводиться пошук приміщень для розміщення громадян, здійснюється їх перевірка на відповідність вимогам щодо тимчасового розміщення людей. Визначено 2261 об'єкт різних форм власності, в яких можливе розміщення 26 488 внутрішньо переміщених осіб²³. Проте цього недостатньо.

Так зокрема, для стимулювання розселення ВПО в сільській місцевості доцільно на державному рівні розглянути питання про виділення необхідних коштів для додаткової підтримки на облаштування переселенців. Також сім'ям, які погодилися на переселення до демографічно депресивних регіонів, слід надавати землю в довгострокову оренду з правом подальшого викупу та допомагати у започаткуванні ведення власного підсобного господарства (надання засобів обробітку землі, насіння тощо)²⁴.

Ми цілком погоджуємося з думкою О. В. Перепелюкової про те, що надання ефективної соціальної підтримки переміщеним і постраждалим особам потребує: узгодження Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» із Законом України «Про соціальні послуги» у спосіб внесення змін до останнього з метою надання ВПО статусу осіб, які опинилися в складних життєвих обставинах, забезпечення їм відповідного комплексу соціальних послуг за місцем нового проживання, зокрема соціального супроводу та психологічної допомоги; внесення змін до Бюджетного Кодексу України: щодо надання дозволу органам місцевого самоврядування призначати грошову допомогу ВПО із власних коштів територіальної громади та порядку звітування про використання коштів; щодо порядку фінансування програм із надання соціальних послуг на основі механізму соціального замовлення та запровадження оплати діяльності неуря-

дових організацій, волонтерських груп та приватних підприємств у сфері надання соціальних послуг ВПО; внесення змін до Податкового Кодексу України, які б уможливили надання податкових пільг приватним, комунальним та державним підприємствам (автоперевізникам, надавачам готельних послуг, постачальникам продуктів харчування та одягу, аптекам, лікувальним закладам тощо), які надають допомогу вимушеним переселенцям; затвердження Порядку функціонування прийомних сімей, дитячих будинків сімейного типу, які переселилися із зони АТО та окупованої території, виплати їм державної соціальної допомоги та грошового забезпечення; надання внутрішньо переміщеним особам соціальних та адміністративних послуг у соціальній сфері за принципом «єдиного вікна»; організації діяльності мобільних соціальних офісів у місцях компактного розселення ВПО²⁵.

Вважаємо цілком обґрунтованою і пропозицію в Кодексі України про адміністративні правопорушення передбачити відповідальність за відмову (ухилення) від реєстрації як ВПО, що надасть органам внутрішніх справ правові засоби впливу на таких осіб, дозволить зменшити кількість не облікованих ВПО²⁶. Територіальним органам Управління Державної міграційної служби та державної служби зайнятості необхідно збільшити пропускну спроможність, коригуючи графіки прийому громадян, перерозподіляючи обов'язки відповідальних держслужбовців та виділяючи додаткову необхідну оргтехніку²⁷.

На основі проведеного SWOT-аналізу науковцями пропонується: максимально спростити бюрократичні процедури щодо ВПО, зокрема, відмовитись від проходження громіздкої процедури визначення їх статусу, встановити для ВПО особливий режим відновлення втрачених чи залишених документів, доведення юридичних фактів у суді; забезпечити доступ ВПО до усіх послуг (соціальних, медичних, освітніх, судового захисту) у місці тимчасового перебування; розподілити повноваження та відповідальності між органами влади (у центрі, на місцях, та по лінії «центральна – місцева влада»); визначити зміст і розмір пакету допомоги (прямої та непрямої); розглянути можливості адресного пільгового кредитування ВПО, залучити до нього комерційні банки; запропонувати прозорі правила взаємодії між волонтерами і благодійниками та державою, залучення цих інституцій до експертизи при підготовці рішень; створити спеціальні фонди (джерелами мають бути місцеві бюджети та благодійні внески), залучити до вирішення проблем ВПО міжнародні організації, зокрема, УВКБ та ООН; активізувати боротьбу з маргіналізацією (одночасно із заходами щодо працевлаштування тимчасово переміщених осіб необхідно активізувати діяльність силових структур для забезпечення належного правопорядку на всій території України. Особливу увагу потрібно звернути на припинення незаконного розповсюдження зброї та боєприпасів із зони АТО, наркотичних засобів).

Вважаємо цілком слушним заходи, запропоновані О. А. Малиновською, яка пропонує:

1. Терміново налагодити облік та реєстрацію ВПО, визначити їхню реальну кількість, склад, місця перебування, нагальні потреби.

2. Забезпечити належне інформування ВПО про можливості надання допомоги за принципом «єдиного вікна», а також єдиного електронного довідкового ресурсу (а не кількох сайтів, як це є сьогодні), об'єднати при цьому зусилля різних відомств.

3. Організувати двоступеневу систему прийому ВПО: мобільні центри на кордоні небезпечних районів, центри тимчасового розміщення в інших регіонах країни.

4. Забезпечити фінансування тимчасового житла, харчування, надання медичних послуг, матеріальної допомоги ВПО з державного бюджету та інших законних джерел.

5. Забезпечити можливості для реалізації прав ВПО із соціального захисту (виплата пенсій, допомог, субсидій тощо).

6. Продовжити розробку нормативної бази щодо врегулювання проблем ВПО з урахуванням Керівних принципів ООН з питання переміщених осіб всередині країни.

7. Застосувати для вирішення проблем ВПО програмний підхід, розробити відповідну Державну програму, зміст якої визначити відповідно до потреб та прав ВПО, забезпечити її виконання необхідними ресурсами.

8. Забезпечити концентрацію необхідних ресурсів та скоординовані дії різних відомств та неурядових організацій. Підвищити з цією метою статус Міжвідомчого координаційного штабу з питань внутрішніх переміщених осіб, створеного в Державній службі з надзвичайних ситуацій. Сформуувати такий штаб при Кабінеті Міністрів України на чолі з одним із віце-прем'єрів.

9. При розбудові системи надання допомоги ВПО вивчити і врахувати досвід зарубіжних країн, яким довелося розв'язувати аналогічні проблеми.

10. Залучити до підготовки пропозицій з нормативно-правового врегулювання питань ВПО та розробки Державної програми розв'язання їхніх проблем неурядові організації, експертів, налагодити постійний контакт та обговорення з представниками ВПО.

11. Розробляючи заходи нагального реагування, паралельно відпрацьовувати сценарії пошуків довготривалих рішень, тобто повернення, місцевої інтеграції в місцях перебування або переселення чи облаштування в іншому регіоні країни²⁸.

Викладене вище дозволяє зробити висновок, що чинне національне законодавство щодо взаємодії органів влади та вимушено переселених осіб з окупованих територій та зони проведення АТО містить чимало колізій та прогалин, а тому потребує вдосконалення. Зокрема, вбачається за необхідне законодавчо визначити особливості такої взаємодії шляхом внесення доповнень до Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб». Пропонуємо внести такі доповнення окремою статтею «Взаємодія органів влади та вимушено переселених осіб», в якій чітко визначити її види та форми.

Вказані заходи сприятимуть підвищенню ефективності застосування національних норм щодо взаємодії органів влади та вимушено переселених осіб з окупованих територій та зони проведення АТО та захисту прав і інтересів таких осіб.

Насамкінець, слід зауважити, що правове регулювання взаємодії органів влади та вимушено переселених осіб з окупованих територій та зони проведення АТО потребує подальших наукових досліджень.

¹ Castles S. «Towards a Sociology of Forced Migration and Social Transformation» *Sociology* 37.1 (2003): 13–34.

² Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» 20.10.2014 року // Відомості Верховної Ради. – 2015. – № 1. – Ст. 1.

³ Перепелюкова О. В. Вирішення нагальних проблем внутрішньо переміщених осіб / О. В. Перепелюкова // Вісник Східноукраїнського національного ун-ту ім. В. Даля. – 2015. – № 6. – С. 111.

⁴ Солодько А. Вироблення політики щодо внутрішньо переміщених осіб в Україні / А. Солодько, Т. Доронюк. – К., 2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.irf.ua/content/files/dp-2015-7.pdf>

⁵ Управління Верховного комісара ООН у справах біженців: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unhcr.org.ua/>

⁶ Карта внутрішнього переселення // Управління Верховного комісара ООН у справах біженців: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://unhcr.org.ua/uk/novini/novyny/1232-litsa-peremeshchennye_vnutri-strany

⁷ Солодько А. Вказана праця.

⁸ Перепелюкова О. В. Вказана праця. – С. 111.

⁹ Європейський високопосадовець зверне увагу української влади на проблеми переселенців: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://gurt.org.ua/news/informator/30800/>

¹⁰ Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» 20. 10. 2014 року // Відомості Верховної Ради. – 2015. – № 1. – Ст. 1.

¹¹ Там само.

¹² Там само.

¹³ Перепелюкова О. В. Вказана праця. – С. 111.

¹⁴ Там само.

¹⁵ Дискримінація внутрішньо переміщених осіб як одна із детермінант зростання рівня злочинності проти власності: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.akademia.gp.gov.ua/userfiles/file/Academia2016/Akt_schema/2135235.pdf

¹⁶ Всеукраїнський Форум «Взаємодія державних і місцевих органів влади, соціальних структур та ГОІ у вирішенні нагальних проблем внутрішньо переміщених осіб з інвалідністю»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sos.naiu.org.ua/news/1-3-hrudnya-vseukrajinskyj-forum-vzajemodiya-derzhavnyh-i-mistsevyh-orhaniv-vlady-sotsialnyh-struktur-ta-hoi-u-vyrishenni-nahalnyh-problem-vnutrishno-peremishcheny-osib-z-invalidnistyu/>

¹⁷ Звіт про діяльність НАГУ в рамках реалізації Благодійної програми «Рятуймо разом!» за 2015 рік: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sos.naiu.org.ua/news/zvit-pro-diyalnist-naiu-v-ramkah-realizatsiyi-blagodijnoyi-programy-ryatujmo-gazom-za-2015-rik/>

¹⁸ Херсонська область: розпочав роботу Єдиний центр допомоги вимушеним переселенцям: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=247809989&cat_id=248446171

¹⁹ Узагальнений звіт по роботі позаштатних радників з питань внутрішньо переміщених осіб Міністерства соціальної політики України за період з 1 по 31 травня 2016 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.radnyk.org/uploads/7/6/6/5/76650087/monthlyreport_may_2016.docx__5_.pdf

²⁰ Солодько А. Вказана праця.

²¹ Акіліна О. Окремі аспекти сучасної соціальної політик: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.vidkryti-ochi.org.ua/2015/02/blog-post_16.html

²² Дослідження «Внутрішньо переміщені особи: соціальна та економічна інтеграція в приймаючих громадах» підготовлено в рамках діяльності проекту міжнародної технічної допомоги «Партнерство для розвитку міст» (Проект ПРОМІС), який впроваджує Федерація канадських муніципалітетів (ФКМ) за фінансової підтримки Міністерства міжнародних справ Канади. – К., 2016. – 52 с.

²³ Акіліна О. Вказана праця.

²⁴ Дослідження «Внутрішньо переміщені особи: соціальна та економічна інтеграція в приймаючих громадах» підготовлено в рамках діяльності проекту міжнародної технічної допомоги «Партнерство для розвитку міст» (Проект ПРОМІС), який впроваджує Федерація канадських муніципалітетів (ФКМ) за фінансової підтримки Міністерства міжнародних справ Канади. – К., 2016. – 54 с.

²⁵ Перепелюкова О. В. Вказана праця. – С. 112.

²⁶ Дискримінація внутрішньо переміщених осіб як одна із детермінант зростання рівня злочинності проти власності: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.akademia.gp.gov.ua/userfiles/file/Academia2016/Akt_schema/2135235.pdf

²⁷ Макарова О. В. Реінтеграції внутрішньо переміщених осіб до місцевих ринків праці та запровадження активних програм зайнятості / О. В. Макарова // Ринок праці та зайнятості населення. – 2015. – № 1. – С. 8.

²⁸ Малиновська О. А. Шляхи вирішення внутрішньо переміщених осіб: деякі уроки із зарубіжного досвіду: [Електронний ресурс] http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/migrac_prob1-a598d.pdf

Резюме

Штода І. В. Аналіз взаємодії органів влади та вимушено переселених осіб з окупованих територій та зони проведення АТО.

У статті дано аналіз взаємодії органів влади та вимушено переселених осіб з окупованих територій та зони проведення АТО. Здійснено правовий аналіз чинних нормативно-правових актів та науково-теоретичних джерел з даного питання. У результаті дослідження, на підставі комплексного, всебічного, наукового аналізу, виявлено ряд проблем теоретичного та практичного характеру та розглянуто комплекс рекомендацій щодо їх вирішення.

Ключові слова: вимушено переселені особи, окуповані території, зона АТО, взаємодія органів влади та переселених осіб, внутрішньо переміщені особи.

Резюме

Штода И. В. Анализ взаимодействия органов власти и вынужденно переселенных лиц с оккупированных территорий и зоны проведения АТО.

В статье дан анализ взаимодействия органов власти и вынужденно переселенных лиц из оккупированных территорий и зоны проведения АТО. Осуществлен правовой анализ действующих нормативно-правовых актов и научно-теоретических источников по данному вопросу. В результате исследования, на основании комплексного, всестороннего, научного анализа, выявлен ряд проблем теоретического и практического характера и рассмотрен комплекс рекомендаций относительно их решения.

Ключевые слова: вынужденно переселенные лица, оккупированные территории, зона АТО, взаимодействие органов власти и переселенных лиц, внутренне перемещенные лица.

Summary

Shtoda I. Analysis of interaction between authorities and internally displaced people from the occupied territories and areas of the ATO zone.

In this article an analysis of cooperation of state power and forcedly transmigrated persons from the occupied territories and zone of realization of ATO is carried out. An analysis of legislative acts and theoretical sources on these questions is realized. As a result of research they educed the problems of theoretical and practical character and the complex of recommendations is considered in relation to their decision.

Key words: the forcedly transmigrated persons, occupied territories, zone of ATO, cooperation of state power and forcedly transmigrated persons, inwardly transmigrated persons.

УДК 346.3:347.453

Р. А. ДЖАБРАІЛОВ, О. В. ОПАНАСЕНКО

Руслан Аятшахович Джабраїлов, доктор юридичних наук, доцент, заступник завідуючого відділом Інституту економіко-правових досліджень НАН України

Олена Володимирівна Опанасенко, кандидат юридичних наук, старший викладач Київської державної академії водного транспорту імені гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ОРЕНДИ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ

У грудні 2015 р. за ініціативою Міністерства юстиції України розпочалася робота з модернізації правового регулювання умов ведення бізнесу в Україні. На даний час ця робота зосередилася виключно навколо Господарського кодексу України (далі – ГК України)¹ і ведеться у двох протилежних напрямках: створена Мінюстом Робоча група² працює над скасуванням ГК України з перенесенням «корисної» частини його правових норм до інших законодавчих актів України; водночас представники науки господарського права, відстоюючи необхідність збереження ГК України, активізували роботу з кардинального удосконалення цього нормативного документа.

Зокрема, під час Круглого столу «Реформування господарського законодавства України», організованого 31 березня 2016 р. Вищим господарським судом України спільно з Київським національним університетом імені Тараса Шевченка та Інститутом економіко-правових досліджень НАН України³, відбулася презентація розробленого Всеукраїнським центром економічного права за підтримки науковців та суддів господарських судів проекту Закону України «Про внесення змін до Господарського кодексу України, Цивільного кодексу України та деяких інших законів (щодо узгодження положень законодавчих актів)» (далі – законопроект)⁴.

Зазначений законопроект є змістовним і продуманим документом, який, за однозначним висновком обох протиборчих сил, узгоджує між собою багато проблемних аспектів господарського та цивільного законодавства, а отже – знімає деякі питання, на яких нині сфокусована увага Робочої групи з підготовки Концепції Модернізації правового регулювання умов ведення бізнесу в Україні. Водночас законопроект більше зосереджений на господарсько-правових нормах загального характеру, а тому видається відкритим для подальших пропозицій «в деталях».

Адже для забезпечення концептуального реформування господарського законодавства, про що нині йдеться, слід піддавати детальному аналізу не лише основні, доктринальні положення, а й кожний окремих господарсько-правовий інститут. Лише в такому випадку можна сподіватися на економічно обґрунтоване, а не політичне підґрунтя вищевказаної Концепції модернізації.

Важливе місце серед інститутів господарського права та господарського законодавства відводиться оренді майна. На сучасному етапі цьому питанню приділяється значна увага представників юридичної науки. Зокрема, заслуговують на увагу наукові роботи О. А. Беяневич, О. П. Віхрова, О. В. Остапчука, Ю. О. Серебрякової, І. В. Сухоставець, Д. В. Шликова та інших вчених. Водночас попри істотний внесок згаданих науковців у вирішення низки питань функціонування правового інституту оренди майна, у світлі сучасних змін господарського законодавства України запропоновані науковою спільнотою у законопроекті напрями вдосконалення правової регламентації орендних відносин потребують додаткового аналізу.

Отже, **метою статті** є висвітлення сучасного стану правового регулювання відносин оренди майна та оцінка нових підходів до вдосконалення законодавства у цій сфері, що містяться у зазначеному вище законопроекті.

Очевидно, що оскільки оренда є надзвичайно поширеною формою господарювання, вона є зараз і має залишатися в подальшому предметом саме господарсько-правового регулювання. Проте в чинному ГК України власне оренді майна присвячено лише вісім статей, причому дві з них – оренді державного та комунального майна і одна – викупу (приватизації) об'єкта оренди, що не є складовою правовідносин оренди у їх «чистому» вигляді. У частині шостій ст. 283 ГК України учасників відповідних відносин у всіх нерегульованих зазначеними статтями питаннях спрямовано до положень глави 58 Цивільного кодексу України (ЦК України)⁵, в якій правовому регулюванню відносин найму (оренди) приділено 47 статей.

Що таке оренда у сфері господарювання? Незважаючи на часте використання цього терміна і науковцями, і практиками, над його значенням, як правило, не замислюються.

За змістом частини першої ст. 283 ГК України оренда – це договірні відносини, у яких одна сторона передає іншій стороні за плату майно у користування на певний строк. Але ж це цивілістичний підхід, запропонований у ст. 759 ЦК України і недостатньо продумано, як видається, запозичений ГК України.

Зокрема, якщо за структурою ЦК України договір найму є одним із видів договірних зобов'язань, що цілком логічно, то за структурою ГК України договір оренди має виступати формою здійснення певного виду господарсько-торгівельної діяльності (виходячи з назви глави 30 ГК України). Водночас, яку саме господарську діяльність опосередковує договір оренди, в ГК України не визначено.

У наукових розробках проблематики оренди державного та комунального майна підтримується визначення оренди, надане в частині першій ст. 2 Закону України «Про оренду державного та комунального майна»⁶, зокрема, оренда розуміється як строкове платне користування майном, здійснюване орендарем та засноване на відповідному договорі. Іншими словами, оренда розглядається як певна діяльність орендаря. Звідси – «передати майно в оренду», тобто передати майно у володіння і користування орендаря.

При цьому науковці не зупиняють своєї уваги на передумовах виникнення в законодавстві зазначеної дефініції «оренда», хоча і марно. Адже на рівні вітчизняних правових актів термін «оренда» вперше з'явився у період перебудови в Радянському Союзі^{7,8,9} з метою позначення нового виду відносин з передачі функцій управління державним майном приватним особам¹⁰. Тобто, оренді було надано правове значення засобу часткового роздержавлення власності. Зазначені суспільні відносини згодом зникли внаслідок закінчення відповідного історичного періоду, а термін «оренда» з тим, «старим» значенням фактично лишився в Законі України «Про оренду державного та комунального майна».

Водночас умовах сучасного правового регулювання вбачається правильним розуміти термін «оренда» подібно до поняття лізингу в ГК України, а саме, в якості виду господарської діяльності (зокрема, господарсько-торгівельної, як слідує зі змісту ст. 263 ГК), що спрямована на надання послуг з тимчасового платного користування майном виробничо-технічного призначення та здійснюється на підставі договору оренди.

Поняття та ознаки господарської діяльності з оренди вже досліджувались авторами¹¹. Зокрема, оренду було визначено як вид комерційної господарської діяльності (тобто, підприємницької діяльності), який полягає в наданні суб'єктом господарювання (орендодавцем) за договором оренди послуг юридичній особі або фізичній особі – підприємцю (орендарю) щодо користування засобами виробництва протягом визначеного строку на платній основі.

Подібно до інших видів господарської діяльності, оренда є суспільно корисною діяльністю щодо надання послуг за плату, яка ґрунтується на поєднанні приватних і публічних інтересів (зокрема, інтересу орендодавця щодо отримання прибутку; інтересів суспільства в особі господарюючих осіб-орендарів – в отриманні певних матеріальних благ; інтересів держави – у розвитку економіки та отриманні прибутку у вигляді податків; інтересів територіальної громади – у забезпеченні орендарем, в тому числі, за рахунок найнятого майна, зайнятості населення та задоволення потреб громадян у товарах, роботах і послугах) та характеризується певним рівнем державного регулювання, що має на меті вирішення подвійного завдання: з одного боку, – стимулювання господарської діяльності та забезпечення оптимальних умов для функціонування її суб'єктів, а з іншого, – захист як суспільства в цілому, так і безпосередніх контрагентів зокрема від зловживань підприємців, до яких вдаються останні з метою збільшення свого прибутку¹².

Крім того, як і будь-якій підприємницькій діяльності, оренді властиві такі ознаки, як самостійність, ініціативність, систематичність, здійснення на власний ризик суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку (ст. 42 ГК України).

Серед названих характеристик оренди певні дискусії викликає лише вимога щодо її систематичного здійснення. Адже у контексті цієї обов'язкової ознаки підприємництва слід визначити критерій поділу та на підставі нього відмежувати систематичні орендні операції від разових (а отже – непідприємницьких), що є складним з огляду на те, що сам критерій систематичності, незважаючи на його використання, в законодавстві не деталізований.

Систематичність господарської діяльності з оренди науковці визначають по-різному при тому, що належному правовому аналізу це питання ще не піддавалося. Під впливом діаметрально протилежних точок зору власна позиція авторів також змінювалась, але зрештою все ж вважаємо правильним визначати критерій систематичності, виходячи не з кількості укладених орендних угод (оскільки цілком можливим для підприємця є здійснення постійної господарської діяльності з оренди шляхом укладення лише одного договору на декілька років), а з систематичності отримання орендних платежів, адже метою підприємницької діяльності є саме отримання прибутку, укладення для цього одного чи кількох господарських договорів є лише засобом досягнення поставленої мети.

Якщо розглядати зазначене питання саме в такому контексті, то будь-яка господарська діяльність з оренди систематична, а отже, є підприємництвом, що вбачається правильним. При цьому слід враховувати, що суб'єктам господарювання дозволено одночасно здійснювати декілька різних видів господарської, і в тому числі підприємницької діяльності, певні види діяльності стають для підприємця основними, інші – допоміжними, другорядними, але всі вони здійснюються у сфері суспільного виробництва¹³.

Проте певні складнощі у визначенні оренди в якості виду господарської (підприємницької) діяльності не вичерпуються вищевикладеним. Найважливіший аспект даної проблеми полягає в тому, що діяльність з оренди, крім суб'єктів господарювання, також ведуть органи державної влади та місцевого самоврядування, які водночас не уповноважені законом здійснювати господарську діяльність. У зв'язку з цим передача такими органами майна в оренду розглядається виключно як реалізація спеціальної господарської компетенції, якою зазначені владні структури наділені для виконання покладених на них завдань і функцій з управління, відповідно, державним або комунальним майном.

Науковці обгрунтовано зауважують, що укладаючи господарський договір держава вступає в господарські відносини і бере на себе відповідні зобов'язання, а отже, держава в особі уповноважених органів влади, що діють від її імені, фактично виступає суб'єктом господарювання¹⁴, (тобто, здійснює господарську діяльність – прим. авт.). І так само, лише організаційно-правова форма суб'єкта господарювання здатна повною мірою забезпечити реалізацію територіальною громадою села, селища, міста своїх господарських повноважень^{15,16}. Проте до цього часу зазначений доктринальний підхід на законодавчому рівні не втілено.

Аналіз тексту законопроекту дає змогу припустити, що майбутнє реформування господарського законодавства змінить правові підстави участі органів державної влади та місцевого самоврядування у господарсько-виробничих відносинах. Разом з тим, виходячи з діючої редакції ст. 8 ГК України стає очевидним, що визначення оренди лише як виду господарської діяльності не повною мірою характеризуватиме відповідний господарсько-правовий інститут.

Вважаємо, що чинне законодавство дає підстави розглядати оренду у сфері господарювання як явище з дуалістичною правовою природою, що об'єднує оренду як вид підприємницької діяльності та оренду як форму реалізації спеціальної господарської компетенції. І якщо оренду у першому значенні доцільно визначати в якості одного з видів господарсько-торгівельної діяльності (як це фактично зроблено в структурі ГК України), то оренду у її другому значенні – аж ніяк (проте на підставі системного аналізу діючої редакції ст.ст. 263, 283 та 287 ГК України можна стверджувати, що Фонд державного майна України та його регіональні відділення, а так само – органи, уповноважені Верховною Радою Автономної Республіки Крим або місцевими радами управляти майном, яке належить Автономній Республіці Крим або є у комунальній власності, укладаючи договори оренди державного та комунального майна, здійснюють підприємницьку діяльність з оренди. Очевидно, що зазначений висновок, сформований в результаті формально-юридичного тлумачення норм чинного законодавства, не відповідає дійсності).

Наведене вище доводить необхідність внесення більш істотних змін у параграф 5 глави 30 ГК України, ніж запропоновано у законопроекті. При цьому формулювання таких змін потребує попереднього ґрунтовного дослідження особливостей правового регулювання оренди у сфері господарювання порівняно із вміщеними у главі 58 ЦК України правилами укладання договорів найму (оренди). В іншому випадку ця робота не буде мати позитивного результату.

На перший погляд здається, що зазначена пропозиція є неактуальною, оскільки особливості правового регулювання оренди майна вже досліджені і сформульовані у згаданих п'яти статтях ГК України. Проте більш детальний аналіз положень цих статей показує, що визначена в них специфіка господарсько-правової регламентації оренди є розпливчатою, незрозумілою і, як наслідок, – непопулярною серед суб'єктів відповідних правовідносин, що очевидно з кількох конкретних прикладів.

Так, далеко не завжди під час укладання орендної угоди контрагенти враховують, що відповідно до частини першої ст. 283 ГК України договір оренди є реальним, а отже, він не має юридичної сили до моменту підписання сторонами акта приймання майна орендарем; натомість поширене формулювання «за договором оренди орендодавець зобов'язується передати орендарю майно протягом певного терміну з моменту укладення договору» є неправильним, тому що воно враховує загальні правові норми (зокрема, ст. 6 та 759 ЦК України), але не враховує спеціальну (ст. 283 ГК України).

І, напевне, взагалі не варто намагатися поєднати спеціальну норму ст. 283 ГК України щодо реального характеру договору оренди (коли укладення договору пов'язується з моментом передачі майна) із спеціальними нормами ст.ст. 793 та 794 ЦК України щодо обов'язкового нотаріального посвідчення договорів найму будівлі та іншої капітальної споруди, а також державної реєстрації відповідного права оренди (коли договір є укладеним, а відповідне право виникає саме з моменту нотаріального посвідчення та державної реєстрації), тому що спроби юридично правильно виконати всі ці законодавчі вимоги приводять у глухий кут¹⁷.

Крім того, далеко не у всіх договорах оренди є доцільним погоджувати всі істотні умови, визначені у частині першій ст. 284 ГК України. Зокрема, для незначних орендних угод цілком достатнім є досягнення сторонами згоди щодо загальних умов господарського договору, наведених у частині третій ст. 180 ГК України, а саме: предмета, ціни та строку дії договору. До речі, саме таким чином запропоновано звузити коло істотних умов договору оренди у законопроекті, що заслуговує на підтримку.

Окреме питання виникає щодо частини першої ст. 285 ГК України: «Орендар має переважне право перед іншими суб'єктами господарювання на продовження строку дії договору оренди». Передусім тут, очевидно,

наявна логічна помилка, оскільки «інші суб'єкти господарювання» не мають права продовжувати договір оренди, стороною якого вони не є, а отже, незрозуміло, про яке переважне право йдеться. Напевне, мається на увазі переважне право на укладення договору оренди на новий строк, яке достатньо чітко регламентоване у ст. 777 ЦК України «Наймач, який належно виконує свої обов'язки за договором найму, після спливу строку договору має переважне право перед іншими особами на укладення договору найму на новий строк». Але в такому випадку подібне дублювання правових положень, тим паче, недосконало сформульоване, є зайвим.

У судовій практиці мали місце спроби застосовувати ще одну особливість правового регулювання оренди, а саме заборону односторонньої відмови від орендного договору, передбачену частиною першою ст. 291 ГК України, проте вони не мали успіху. Зокрема, всупереч зазначеному положенню ГК України господарські суди визнали можливість погодження сторонами у договорі оренди права на односторонню відмову від нього, і в такому випадку умови договору підлягають пріоритетному застосуванню перед нормою закону, тобто, фактично діє правило частини третьої ст. 6 ЦК України¹⁸.

Цей перелік можна продовжувати, оскільки детальний аналіз здатен виявити ті чи інші недоліки форми або змісту практично у кожній правовій нормі ГК України про оренду. Але працювати над конкретними недоліками варто лише після вибору «загального вектору» розвитку господарського законодавства про оренду, на чому варто зупинитися далі.

Зокрема, незважаючи на те, що параграфом 5 глави 30 ГК України здійснюється правове регулювання «всієї» оренди у сфері господарювання, увага науковців зосереджується, головним чином, на оренді державного та комунального майна^{19,20,21}. Нормативна регламентація цих відносин дійсно потребує ґрунтовного наукового аналізу, що обумовлено присутністю в них публічного суб'єкта і публічного інтересу та як наслідок – наявністю об'ємної законодавчої бази зі значною кількістю імперативних приписів та норм організаційно-господарського характеру.

Водночас існування спеціального правового регулювання «іншої» оренди не знаходить однозначної підтримки ані у наукових колах, ані у правозастосовній практиці. Поширеною є правова позиція з цього питання, сформульована О. В. Остапчуком: «Якщо нормативне регулювання оренди державного та комунального майна потребує більшої імперативності, то оренда приватного майна має ґрунтуватися на основі принципів свободи договору та свободи підприємницької діяльності»²².

Відносини оренди були і залишатимуться господарськими за своїм характером та правовою природою. Причому на цей факт жодним чином не може вплинути ані кількість статей ГК про оренду у сфері господарювання, ані назви таких статей. Так само однозначним є те, що відносини оренди потребують спеціального господарсько-правового регулювання, метою якого є забезпечення зростання ділової активності суб'єктів господарювання і розвиток підприємництва шляхом захисту прав та законних інтересів добросовісної сторони в договірних відносинах, в тому числі в умовах існування нерівних економічних можливостей та зумовлених цим договірних диспропорцій, що можуть існувати на всіх стадіях розвитку договірного правовідношення²³.

Але при цьому наведені вище приклади з практики застосування норм параграфу 5 глави 30 ГК України свідчать про те, що ця мета господарсько-правового регулювання на даний час переважно досягається шляхом застосування до відносин оренди загальних положень ГК України про господарські договори, виконання і припинення господарських зобов'язань, відповідальність за правопорушення у сфері господарювання тощо, які своєрідним «трафаретом» накладаються на положення ЦК України про найм (оренду). Водночас, враховуючи досить детальне правове регулювання договору найму (оренди) в ЦК України, спеціальні положення про оренду в ГК України потребують ґрунтовного перегляду і фокусування виключно на особливостях правового регулювання оренди (і лише за умови, що такі особливості не відображені в загальній частині ГК України), без жодного дублювання з ЦК України.

Як слушно відзначає О. А. Беяневич, загалом перед господарським законодавством не повинно стояти завдання детального регулювання окремих видів договорів. Достатньо «рамкових» обмежень та заборон, які містяться в ЦК України, ГК України та в спеціальних законах²⁴. Слід погодитися з думкою науковця про те, що варто розробляти загальні положення про господарські договори в рамках загальної частини господарського договірної права, приділяючи основну увагу тим договорам, «що мають соціально-публічну спрямованість і практично не регулюються цивільним законодавством»²⁵.

Враховуючи наведене, пропонуємо більш детально, ніж запропоновано у законопроекті, переглянути норми про оренду, вміщені у параграфі 5 глави 30 ГК України з метою: 1) більш чіткого визначення особливостей правового регулювання оренди у сфері господарювання (у тому числі визначення оренди в якості виду господарської діяльності); 2) усунення дублювань з положеннями глави 58 ЦК України; 3) розвитку правового забезпечення оренди державного та комунального майна в ГК України за рахунок перегляду положень Закону України «Про оренду державного та комунального майна»²⁶.

¹ Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.

² Про утворення Робочої групи з підготовки концепції Модернізації правового регулювання умов ведення бізнесу в Україні : наказ Міністерства юстиції України від 14 березня 2016 р. № 82/7 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://minjust.gov.ua/ua/news/48151>

³ Провідні науковці-правники обговорили реформування господарського законодавства України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.arbitr.gov.ua/news/2235/>

⁴ Проект Закону України «Про внесення змін до Господарського кодексу України, Цивільного кодексу України та деяких інших законів (щодо узгодження положень законодавчих актів)»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://economiclaw.com.ua/uk/proekt-zakonu-pro-vnesennya-zmin-do-gk-ck-ta-deyakix-inshix-zakoniv-shhodo-uzgodzhennya-polozen-zakonodavchix-aktiv/>

⁵ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

⁶ Про оренду державного та комунального майна: Закон України від 10 квітня 1992 р. № 2269-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 30. – Ст. 416.

⁷ Об экономических и организационных основах арендных отношений в СССР: постановление Совета Министров СССР от 7 апреля 1989 г. № 294: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravo.levonevsky.org/baza/soviet/sss1328.htm>

⁸ Об аренде и арендных отношениях в СССР: указ Президиума Верховного Совета СССР от 7 апреля 1989 г. № 10277-XI: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.businessuchet.ru/pravo/DocumShow_DocumID_1735.html.

⁹ Основы законодательства Союза ССР и союзных республик об аренде: Закон Верховного Совета СССР от 23 ноября 1989 г. № 810-1: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.libussr.ru/doc_ussr/usr_16039.htm

¹⁰ Усенко Я. Б. Методологічні та економіко-правові проблеми оренди і лізингу майна / Я. Б. Усенко. – К.: Критика, 2001. – 240 с. – С. 27.

¹¹ Опанасенко О. В. Поняття та ознаки оренди у сфері господарювання / О. В. Опанасенко // Порівняльно-аналітичне право: електронне наукове фахове видання. – 2014. – № 7/8. – С. 92–95: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pap.in.ua/index.php/arhiv-vidannja>

¹² Вінник О. М. Господарське право: навч. посіб. / О. М. Вінник. – 2-ге вид., змінене та доп. – К.: Правова єдність, 2009. – 766 с. – С. 9–10.

¹³ Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / [Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.]; за заг. ред. В. К. Мамутова. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 688 с. – С. 12.

¹⁴ Безух О. В. Щодо предмета господарського права та характеристики господарських правовідносин / О. В. Безух // Підприємство, господарство і право. – 2011. – № 8, ч. 1. – С. 34–37. – С. 36.

¹⁵ Устименко В. А. Власність територіальної громади міста (господарсько-правові аспекти): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / Устименко Володимир Анатолійович. – Донецьк, 2007. – 36 с.

¹⁶ Джабраїлов Р. А. Господарська правосуб'єктність міста: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец.: 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / Джабраїлов Руслан Аятшахович. – Донецьк, 2011. – 31 с.

¹⁷ Опанасенко О. В. До питання про момент укладення господарського договору оренди / О. В. Опанасенко // Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія». – 2014. – № 1. – С. 102–114.

¹⁸ Опанасенко О. В. Проблеми забезпечення єдності судової практики у вирішенні господарських спорів, що виникають із відносин оренди / О. В. Опанасенко // Європейські стандарти захисту прав у цивільному судочинстві: випробування часом: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 26 вересня 2014 р.) / за заг. ред. О. С. Захарової, І. О. Ізарової; Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К.: ВД «Дакор», 2014. – С. 258–262.

¹⁹ Шликов Д. В. Правова природа оренди майна як форми державно-приватного партнерства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / Шликов Дмитро Володимирович. – Х., 2010. – 20 с.

²⁰ Серебрякова Ю. О. Договір оренди державного та комунального нерухомого майна: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / Ю. О. Серебрякова. – Донецьк, 2008. – 19 с.

²¹ Сухоставець І. В. Правове регулювання оренди державного майна: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 / Сухоставець Інна Василівна; НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. – К., 2015. – 20 с.

²² Остапчук О. В. Співвідношення положень Господарського та Цивільного кодексів України при регулюванні відносин оренди нерухомого майна // 10 років застосування Господарського кодексу України: сучасний стан та перспективи вдосконалення кодифікації: зб. доповідей наук.-практ. конф. (м. Київ, 14 листопада 2014 р.) / голова ред. кол. О. П. Подцерковний. – Одеса: Юридична література, 2014. – 400 с. – С. 272–276. – С. 275–276.

²³ Беляневич О. А. Про проблему диспропорцій в господарських договірних відносинах та шляхи її вирішення // 10 років застосування Господарського кодексу України: сучасний стан та перспективи вдосконалення кодифікації: зб. доповідей наук.-практ. конф. (14 листоп. 2014 р., м. Київ) / голова ред. кол. О. П. Подцерковний. – Одеса: Юридична література, 2014. – 400 с. – С. 159–165. – С. 159–160.

²⁴ Беляневич О. А. Теоретичні проблеми господарського договірного права / О. А. Беляневич // Актуальні проблеми господарського права: навч. посіб. / за ред. В. С. Щербини. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 348–410. – С. 366.

²⁵ Там само. – С. 367.

²⁶ Про оренду державного та комунального майна: Закон України від 10 квітня 1992 р. № 2269-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 30. – Ст. 416.

Резюме

Джабраїлов Р. А., Опанасенко О. В. Господарсько-правове регулювання відносин оренди: сучасний стан та напрями вдосконалення.

Стаття присвячена огляду сучасного стану законодавчої регламентації відносин оренди майна в світлі розробки концепції Модернізації правового регулювання умов ведення бізнесу в Україні, а також оцінці нових підходів до вдосконалення господарського законодавства про оренду, що містяться у проекті Закону України «Про внесення змін до Господарського кодексу України, Цивільного кодексу України та деяких інших законів (щодо узгодження положень законодавчих актів)».

Ключові слова: господарська діяльність з оренди, правове регулювання відносин оренди майна, концепція Модернізації правового регулювання умов ведення бізнесу в Україні, законопроект про внесення змін до Господарського кодексу України.

Резюме

Джабраїлов Р. А., Опанасенко О. В. Хозяйственно-правовое регулирование отношений аренды: современное состояние и направления совершенствования.

Статья посвящена обзору современного состояния законодательной регламентации отношений аренды имущества в свете разработки концепции Модернизации правового регулирования условий ведения бизнеса в Украине, а также оценке

новых подходов к совершенствованию законодательства об аренде, изложенных в проекте Закона Украины «О внесении изменений в Хозяйственный кодекс Украины, Гражданский кодекс Украины и некоторые другие законы (относительно согласования положений законодательных актов)».

Ключевые слова: хозяйственная деятельность по аренде, правовое регулирование отношений аренды имущества, концепция Модернизации правового регулирования условий ведения бизнеса в Украине, законопроект о внесении изменений в Хозяйственный кодекс Украины.

Summary

Dzhabrailov R., Opanasenko O. Economic and legal regulation of the lease relations: current state and improvement.

The article deals with current state of legal regulation of the lease of property relations which are connected with Modernization concept of legal regulation of business transaction in Ukraine. Also attention is drawn to evaluation of new approaches for improvement of economic legislation of the lease relations, which included in the bill for introduction of changes to the Economic Code of Ukraine, Civil Code of Ukraine and other laws (in relation to the concordance of positions of legislative acts).

Key words: economic leasing activities, legal regulation of the lease of property relations, Modernization concept of legal regulation of business transaction in Ukraine, the bill for introduction of changes to the Economic Code of Ukraine.

УДК 346.9:336.763.2

О. В. КОЛОГОЙДА

Олександра В'ячеславівна Кологойда, доктор юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

КОРПОРАТИВНИЙ ПОЗОВ В АКЦІОНЕРНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Захист прав і законних інтересів учасників корпоративних правовідносин є однією із найбільш актуальних проблем сьогодення. Незважаючи на дискусійність питання про зміст суб'єктивного права на захист, безспірним і загально визнаним у літературі є положення про те, що наділяючи ту чи іншу особу певними суб'єктивними правами та обов'язками, законодавство надає уповноваженій особі і право на їх захист.

Дослідженню права на захист суб'єктивного права та законного інтересу, його способів та засобів присвячено праці О. А. Беляневич, В. В. Бутнева, В. В. Вітрянського, В. П. Грибанова, С. Н. Братуся, Д. І. Мейера та інших.

Метою статті є дослідження засобів захисту прав і законних інтересів учасників акціонерних правовідносин, що здійснюється в рамках конструкції охоронного правовідношення, де особа реалізує своє право на захист, обираючи один зі способів захисту, встановлених законом та/або договором.

Кожний учасник господарських відносин має право на захист своїх прав і законних інтересів у разі їх порушення, невизнання або оспорювання (ч. 1 ст. 15 Цивільного кодексу України¹ (далі – ЦК України), ст. 20 Господарського кодексу України² (далі – ГК України), що дає підстави кваліфікувати право на захист як одну із правомочностей суб'єктивного юридичного права особи.

Право на захист – це надана уповноваженій особі можливість застосувати дозволені або санкціоновані законом юридичні засоби впливу на порушника самостійно або звернутися до відповідного юрисдикційного органу з метою відновлення порушеного чи оспорюваного права або законного інтересу та притягнення порушника до відповідальності у спосіб та формах, визначених законом (ч. 2 ст. 20 ГК України, ч. 2 ст. 16 ЦК України) та/або договором.

Захист прав учасників фондового ринку здійснюється в рамках конструкції охоронного правовідношення, де особа реалізує своє право на захист, обираючи один зі способів, встановлених законом та/або договором.

Основним процесуальним засобом захисту прав та інтересів учасників фондових правовідносин є **позов** – пред'явлена до суду або іншого юрисдикційного органу для розгляду і вирішення у певному процесуальному порядку матеріально-правова вимога однієї особи до іншої, яка впливає із спірного матеріально-правового відношення і заснована на певних юридичних фактах³. У сучасній науці процесуального права сформульовано **концепцію універсальності позову** як правового інструмента, в основу якої покладено тезу про публічно-правову природу позову (вимоги до суду про захист суб'єктивного права або законного інтересу)^{4,5}. Обов'язковою ознакою, яка відрізняє позовну форму від інших форм захисту права, є наявність спору про право (інтерес)⁶.

У системі судових засобів захисту прав учасників фондових правовідносин крім традиційних – речово-правових та зобов'язально-правових доцільно виділити також корпоративні (корпоративні позови) та адміністративні (адміністративний позов) засоби захисту.

Термін «корпоративний позов» запропоновано Г. Л. Осокіною для позначення вимог, пов'язаних із захистом прав АТ⁷. Проте, на нашу думку, це звужене розуміння терміна «*корпоративний позов*», який про-

понується розуміти як *судовий засіб захисту прав та законних інтересів учасників корпоративних правовідносин – АТ (в особі органів управління і посадових осіб АТ) та акціонерів*.

Права акціонерів та їх законні інтереси можуть порушуватися самим АТ в особі його органів, посадовими особами органів АТ, акціонером, який здійснює вирішальний вплив на АТ, третіми особами⁸. В юридичній науці серед судових засобів захисту прав акціонерів визначають: прямі позови в інтересах окремих акціонерів у разі порушення їх прав і законних інтересів; непрямі позови – в інтересах АТ; колективні позови в інтересах усіх акціонерів, права яких було порушено⁹. Всі вони становлять групу корпоративних позовів, серед яких можна виділити:

1. Позов акціонера ПрАТ про переведення на нього прав та обов'язків покупця акцій у випадку порушення його переважного права на придбання акцій, що відчужуються акціонером на користь третьої особи (ч. 5 ст. 7 Закону України від 18 вересня 2008 р. «Про акціонерні товариства»¹⁰ (далі – «Про АТ»)).

Незважаючи на наявність у досліджуваних правовідносинах підстав, визначених ч. 1 ст. 215, ч. 1 ст. 203 ЦК України, для визнання договору купівлі-продажу акцій недійсним і реституції цей спосіб захисту є неефективним, оскільки не захищає та не відновлює порушеного переважного права акціонера на придбання акцій. Неналежним способом захисту є позов про визнання за акціонером права власності на спірні акції. Таке право не може бути захищено шляхом його визнання за акціонером судом, оскільки воно визнано (встановлено) безпосередньо в самому законі або у статуті товариства. З позовом про визнання права власності може звернутися лише акціонер – власник спірних акцій, якщо його право власності оспорується або не визнається іншими особами¹¹.

Порушене переважне право акціонера на придбання акцій може бути захищено «комбінованим» способом за умови, якщо акціонером правильно обрано (поєднано) відповідні способи захисту порушеного права, зокрема позов про визнання договору купівлі-продажу акцій недійсним у частині визначення особи відповідача, який придбав акції, покупцем акцій; визнання акціонера-позивача покупцем акцій з переведенням на нього усіх прав та обов'язків покупця; зміну правовідношення (п. 6 ч. 2 ст. 16 ЦК України) в частині заміни особи-покупця за договором особою-акціонером¹² та переведення на акціонера-позивача прав покупця акцій. Однак закон не передбачає такого способу захисту порушеного права, як «визнання покупцем акцій», а якщо суд визнає договір недійсним у частині визначення особи покупця акцій, то в зазначеній частині договір не може застосовуватися. Із цього питання склалася неоднакова судова практика: в одних випадках суди задовольняли такі позови у частині переведення прав та обов'язків покупця і визнання права власності позивача на спірні цінні папери¹³, в інших визнали частково недійсними договори купівлі-продажу цінних паперів у частині визначення відповідача покупцем акцій, визнають позивача покупцем за договорами купівлі-продажу акцій з переведенням на нього прав та обов'язків покупця¹⁴.

Законом України «Про АТ» визначено спеціальний спосіб захисту в досліджуваних правовідносинах, проте не деталізовано механізм його здійснення¹⁵. На практиці складність виникає у застосуванні принципу пропорційності, передбаченого ч. 3 ст. 7 Закону «Про АТ». Поширеною є позиція, відповідно до якої цей принцип діє лише тоді, коли до суду звернулися кілька акціонерів; якщо до суду звернувся лише один акціонер, він вправі претендувати на всю кількість проданих акцій¹⁶. К. К. Лебедев вважає, що і в цьому випадку акціонер вправі вимагати викупу лише тієї частини акцій, яка пропорційна кількості належних йому акцій, за винятком випадків, визначених статутом¹⁷. Такий підхід може призвести до дроблення частки (акцій), яка була відчужена третій особі, що суперечить меті існування переважних прав – збереження обсягу участі та обмежує акціонерів у праві викупити всю запропоновану третій особі частку (акції) і в такий спосіб не допустити її входження до товариства¹⁸. ВГСУ рекомендує господарським судам під час вирішення спору, пов'язаного з порушенням переважного права акціонерів ЗАТ, залучати до участі у справі усіх акціонерів ЗАТ (п. 3.12)¹⁹.

Укладаючи удавані правочини, акціонери відчужують акції третім особам, намагаючись таким чином надати законності правочину щодо відчуження акцій. У цих випадках висувуються вимоги про визнання угод недійсними як удаваних правочинів, які приховують дійсні правочини купівлі-продажу акцій, поєднані з вимогами про визнання переважного права; про переведення прав і обов'язків покупця тощо. Найскладнішим є процес доведення удаваності правочину (дарування; позики з переданням акцій у заставу тощо), за укладенням якого насправді приховано продаж акцій з порушенням переважного права інших акціонерів на придбання акцій. ВГСУ зазначає, що суб'єкт, який вимагає визнання правочину недійсним як укладеного з метою приховати інший правочин, повинен довести, що правочин укладено саме з цією метою. Удаваний правочин не має іншої мети, ніж приховання іншого правочину; в результаті його вчинення не можуть настати інші правові наслідки²⁰.

Акціонер ПрАТ може вільно обирати покупця акцій із числа осіб, які мають таке переважне право; власники акцій ПрАТ мають однакові права, які виникають у зв'язку з обігом акцій, а відтак переважним правом один перед одним не наділені, що обґрунтовано в ряді постанов ВСУ^{21,22} та ВГСУ²³. Переважним правом на придбання акцій, які продаються іншими акціонерами товариства, наділені виключно акціонери цього товариства. АТ переважним правом купівлі акцій власного випуску, що продаються іншими акціонерами товариства, не користується²⁴.

Із метою удосконалення механізму захисту переважного права В. М. Кравчук пропонує суду після порушення провадження у справі зобов'язати позивача повідомити усіх акціонерів про пред'явлення позову; позивача і третіх осіб, які заявили самостійні вимоги на предмет спору, – внести на депозит суду кошти від-

повідно до вартості акцій, щодо яких вони позиваються. У разі задоволення позову в рішенні суду зазначається про переведення прав покупця на кожного із позивачів пропорційно до належної кожному із них кількості акцій, та сума з депозитного рахунка, яку слід виплатити (повернути) покупцеві²⁵.

2. Позов про визнання недійсним рішення загальних зборів акціонерів (ч. 2 ст. 20 ГК України, ст. 50 Закону «Про АТ») із метою захисту прав акціонерів, зокрема в процесі емісії цінних паперів, у т.ч. переважного права акціонерів при додатковій емісії акцій на придбання акцій, що передбачені до розміщення (ст. 27 Закону «Про АТ»). Так, постановою Окружного адміністративного суду м. Києва від 16 квітня 2013 р. у справі № 2а-2077/09/2670 судом визнано факт порушення переважного права позивача як акціонера ВАТ «Київоздоббуд» на придбання акцій додаткового випуску. Необхідною умовою забезпечення реалізації акціонером цього права є строк, оптимальний з огляду на загальні умови та особливості проведення процедури розміщення акцій і водночас достатній для виконання акціонерами необхідних дій²⁶.

Стаття 29 Другої Директиви 77/91/ЄЕС містить не імplementоване наразі у законодавство України положення про те, що переважне право купівлі акцій у разі збільшення статутного капіталу шляхом грошових внесків може бути обмежено або скасовано за рішенням загальних зборів або іншого уповноваженого органу управління товариства з наданням загальним зборам письмового звіту із поясненням причин обмеження чи скасування та обґрунтуванням запропонованої ціни. Таке обмеження переважних прав не застосовується до банків та інших фінансових установ²⁷.

Спiрним у науцi та правозастосовнiй практицi є право акціонера на збереження частки у статутному капіталі товариства, яка припадає на належні акціонерів акції, що обстоюється позивачем при розгляді судами спорів про визнання недійсними рішень органів управління товариства про проведення додаткової емісії акцій, і призвело до втрати або зменшення обсягу належних акціонерів прав (наприклад, у випадку зменшення частки у 10 % акцій (втрати права на скликання позачергових зборів тощо), 50 % або 25 % (втрати контрольного чи «блокуючого» пакета акцій, зменшення частки представників в органах управління тощо) внаслідок «розмивання» пакета акцій. Однак суди такого права акціонерів не визнають. У разі дотримання процедур додаткової емісії, реалізації переважних прав акціонера право акціонера не вважається порушеним. Зокрема, Київський апеляційний господарський суд у постанові від 28 листопада 2006 р., залишеній без змін постановою ВГСУ від 29 березня 2007 р., у справі № 39/217 про визнання недійсним рішення загальних зборів акціонерів і визнання недійсними договорів зазначив, що права позивача встановленим порядком проведення 7 червня 2006 р. загальних зборів акціонерів ВАТ «Запорізький металургійний комбінат «Запоріжсталь» (у двох залах із забезпеченням у глядацькому залі повної прямої телевізійної трансляції зборів, присутності членів лічильної комісії для ведення підрахунку голосів, збору та передачі письмових запитань акціонерів) порушено не було²⁸.

3. Позов про здійснення обов'язкового викупу голосуючих акцій АТ (ч. 3 ст. 68 Закону «Про АТ») **на вимогу акціонера**, який зареєструвався для участі у загальних зборах і голосував проти прийняття загальними зборами рішень, визначених ч. 1 ст. 68 Закону «Про АТ»²⁹. Акціонери, які не з'явилися на збори, або не голосували «проти» (голосували «за» або утрималися від голосування) такого права не набувають³⁰.

Відповідно до ч. 3 ст. 69 Закону «Про АТ» протягом 30 днів після отримання вимоги акціонера про обов'язковий викуп акцій товариство здійснює оплату вартості акцій за ціною викупу, зазначеною у повідомленні про право вимоги обов'язкового викупу акцій, що належать акціонеру, а відповідний акціонер повинен вчинити усі дії, необхідні для набуття АТ права власності на акції, обов'язкового викупу яких він вимагає. Договір між АТ та акціонером про обов'язковий викуп товариством належних йому акцій укладається в письмовій формі (ч. 1 ст. 69 Закону України «Про АТ»).

Частиною 1 ст. 69 Закону «Про АТ» передбачено, що ціна викупу акцій не може бути меншою, ніж їх ринкова вартість, визначена відповідно до ст. 8 Закону «Про АТ»³¹. Згідно з п. 9 розд. 1 Положення про порядок збільшення (зменшення) статутного капіталу публічного або приватного акціонерного товариства, затвердженого рішенням НКЦПФР від 14 травня 2013 р. № 822³², викуп акцій здійснюється за ціною, що дорівнює ринковій вартості акцій, якщо вища ціна викупу не затверджена рішенням загальних зборів акціонерів або наглядової ради. Ціна викупу акцій розраховується станом на день, що передує дню опублікування повідомлення про скликання загальних зборів, на яких було прийнято рішення, що стало підставою для вимоги обов'язкового викупу акцій. Вимагати обов'язкового викупу акцій у порядку, передбаченому ст. 68 Закону «Про АТ», – право акціонера; ціна викупу акцій є істотною умовою договору про обов'язковий викуп АТ належних йому акцій, недосягнення згоди за якою має наслідком неукладення договору викупу акцій³³.

Інші підстави, у т.ч. скасування АТ рішення, що стало підставою для вимоги обов'язкового викупу акцій, не можуть припинити зобов'язання АТ щодо обов'язкового викупу акцій на вимогу акціонера (п. 12 розд. 1 Положення про порядок збільшення (зменшення) статутного капіталу публічного або приватного АТ).

Відповідно до ч. 3 ст. 70 Закону «Про АТ» якщо на дату проведення загальних зборів неможливо визначити, які значні правочини вчинятимуться АТ у ході поточної господарської діяльності, загальні збори можуть прийняти рішення про попереднє схвалення значних правочинів, які можуть вчинятися товариством протягом не більш як одного року з дати прийняття такого рішення, із зазначенням характеру правочинів та їх граничної сукупної вартості. Отже, законодавець розмежує поняття «рішення про надання згоди на вчинення значного правочину» та «рішення про попереднє схвалення значних правочинів». Прийняттю загальними зборами акціонерів рішення про надання згоди на вчинення значного правочину кореспондує обов'язок виконавчого органу вчинити конкретний значний правочин, а рішення про попереднє схвалення

значних правочинів, які можуть вчинитися протягом року, означає лише згоду на можливість вчинення значних правочинів у майбутньому. Це не має наслідком реального настання юридичного факту, з яким закон пов'язує виникнення в АТ обов'язку здійснити викуп акцій акціонера. Така позиція вбачається слушною, проте знаходить як підтвердження, так і спростування в судовій практиці. ВГСУ у постанові від 24 травня 2012 р. у справі № 7/5005/13431/2011³⁴ і ВСУ у постанові від 21 травня 2013 р. у справі № 07/5026/796/2012³⁵ визначають, що рішення про попереднє схвалення значних правочинів відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 68 Закону «Про АТ» не є підставою для здійснення обов'язкового викупу належних акціонерів акцій, якщо він голосував проти прийняття загальними зборами відповідного рішення. Водночас, на думку колегії ВГСУ, яку викладено у постанові від 23 січня 2013 р. у справі № 07/5026/796/2012³⁶, прийняття рішень про вчинення АТ або попереднє схвалення значного правочину в обох випадках не зобов'язує вчинити значний правочин, а лише надає дозвіл виконавчому органу АТ на його вчинення, що й зумовлює однакові правові наслідки для акціонерів, не згодних із таким рішенням.

4. Позов про захист прав і законних інтересів акціонера. До цієї категорії справ можна віднести позови про оскарження дій органів управління АТ, рішень емітента, позов про спонукання до виконання АТ дій з надання інформації про діяльність АТ (ст. 116 ЦК України, ч. 1 ст. 88 ГК України, ст. 78 Закону «Про АТ»), регулярної та особливої інформації про емітента (ст.ст. 40, 41 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок»); визнання недійсними правочинів, укладених виконавчим органом товариства.

Документи, які надаються акціонерам, і документи, з якими акціонери можуть ознайомитися під час підготовки до загальних зборів, визначаються ст. 36 Закону «Про АТ». АТ забезпечує кожному акціонеру доступ до документів, передбачених п.п. 1–3, 5–11, 13, 14, 16 і 17 ч. 1 ст. 77 Закону «Про АТ». За змістом ст. 9 Закону України «Про інформацію»³⁷ суди не вправі зобов'язати товариство надати інші документи про діяльність товариства, оскільки це є незаконним втручанням у внутрішню господарську діяльність товариства. Учасник (акціонер) товариства може вимагати надання інформації про діяльність товариства з дати, коли він набув статусу учасника (акціонера). У разі, якщо товариством визначено порядок доступу до інформації про діяльність товариства відповідно до ст.ст. 33, 35 Закону «Про інформацію», акціонер може реалізувати своє право на отримання інформації в установленому порядку (п.п. 36, 37 постанови Пленуму Верховного Суду України № 13)³⁸.

Право скликання позачергових загальних зборів наглядовою радою на вимогу акціонерів (акціонера), які на день подання вимоги сукупно є власниками 10 і більше відсотків простих акцій товариства, передбачено п. 4 ч. 1 ст. 47 Закону «Про АТ». Не підлягають задоволенню позови акціонерів про зобов'язання скликати позачергові загальні збори, оскільки закон надає акціонерам, які володіють більш як 10 % голосів, право самостійно скликати позачергові загальні збори у разі, якщо правління не виконує їх вимоги. До компетенції судів не належить вирішення спорів про включення акціонера до складу наглядової ради чи його виключення. Це є виключною компетенцією загальних зборів товариства (п.п. 23, 39 постанови Пленуму ВСУ № 13).

5. Позов про стягнення заборгованості з оголошених дивідендів. Господарські суди вправі приймати рішення щодо виплати акціонерів (учаснику) частки прибутку (дивідендів) лише у разі невиплати товариством дивідендів на підставі рішення загальних зборів або їх виплати в меншому розмірі, ніж передбачено відповідним рішенням. У разі, якщо загальні збори прийняли рішення не розподіляти прибуток товариства, господарський суд не може підняти вищий орган управління товариства.

Законом України від 19 березня 2015 р. внесено зміни до Закону «Про АТ»³⁹ і впроваджено позасудовий спосіб захисту права акціонера у разі невиплати АТ оголошених дивідендів – шляхом вчинення виконавчого напису нотаріуса. Гарантії та способи захисту права акціонера на отримання дивідендів в Україні були предметом окремих досліджень автора.

6. Позов про визнання недійсним правочину, щодо якого є заінтересованість, як такого, що порушує інтереси товариства (ст. 71 Закону «Про АТ»). У п. 2 резолютивної частини Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень ч. 1 ст. 4 ЦПК України (справа про охоронюваний законом інтерес) зазначено, що акціонер може захищати свої права та охоронювані законом інтереси шляхом звернення до суду у випадку їх порушення, оспорування чи невизнання самим АТ, учасником якого він є, органами чи іншими акціонерами цього АТ ... Права та охоронювані законом інтереси АТ не тотожні простій сукупності індивідуальних охоронюваних законом інтересів його акціонерів. Законом не передбачено право акціонера (учасника) звертатися до суду за захистом прав чи охоронюваних законом інтересів АТ поза відносинами представництва (п.п. 11, 51 Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004).

Однак дедалі частіше у науковій літературі та у судовій практиці висловлюють думку, що такий позов може бути подано як самим АТ, так і будь-ким із його акціонерів⁴⁰. Акціонер товариства є заінтересованою особою у розумінні ст. 215 ЦК України, а отже, може пред'явити позов про визнання недійсним правочину, щодо вчинення якого є заінтересованість, у разі порушення передбаченої законом процедури його укладення⁴¹. У ЦК України не наведено визначення поняття «заінтересована особа», тому коло заінтересованих осіб слід з'ясувати у кожному конкретному випадку залежно від обставин справи та правових норм, які підлягають застосуванню до спірних правовідносин⁴². ВСУ визнає заінтересованою особою, права якої було порушено на момент звернення до суду⁴³. У контексті визнання значних правочинів недійсними такими заінтересованими особами цілком можна вважати акціонерів (учасників) товариства⁴⁴. Адже знецінення акцій внаслідок вчинення значного правочину є очевидним⁴⁵.

7. Непрямий (похідний) позов про відшкодування збитків, завданих господарському товариству його посадовою особою. Конструкція непрямого (похідного) позову нещодавно знайшла втілення у законодавстві України⁴⁶. Передумови для реалізації конструкції непрямого позову було закладено у ч. 3 ст. 92 ЦК України, яка передбачає солідарну відповідальність членів органу юридичної особи та інших осіб, які відповідно до закону чи установчих документів виступають від імені юридичної особи, за збитки, завдані ними юридичній особі, та ч. 2 ст. 63 Закону «Про АТ», якою закріплено відповідальність посадових осіб органів АТ перед товариством за збитки, завдані товариству їх діями (бездіяльністю).

Правом на похідний позов наділений учасник (акціонер) цього товариства, якому сукупно належить 10 і більше відсотків статутного капіталу (простих акцій) товариства (ст. 28 ГПК України). Процесуальним законодавством не передбачено можливості подання спільного похідного позову кількома учасниками (акціонерами), кожному з яких належить менш як 10 % статутного капіталу (простих акцій) товариства. У Російській Федерації згідно з п. 5 ст. 71 Закону РФ від 26 грудня 1995 р. «Про акціонерні товариства» правом на непрямої позов володіють акціонери (група акціонерів), які є власниками не менше 1 % голосів товариства. Такий само розмір частки у статутному капіталі необхідно мати для пред'явлення позову до органів управління компанії у Німеччині. У Чехії, Італії, Іспанії, Словаччині зазначений ценз становить 5 %; в Австрії, Болгарії, Угорщині, Словенії, Швеції – 10 %⁴⁷.

Частина 1 ст. 84 Федерального закону РФ «Про акціонерні товариства»⁴⁸ прямо закріплює можливість визнання недійсним правочину, щодо вчинення якого є заінтересованість, за позовом акціонера або товариства. З метою уникнення зловживання акціонером правом на позов законодавець визначає підстави для відмови у задоволенні вимог про визнання недійсним правочину, щодо вчинення якого є заінтересованість: 1) голосування акціонера – позивача не могло вплинути на результати голосування; 2) не доведено, що укладення цього правочину спричинило або може спричинити заподіяння збитків товариству або акціонеру, який звернувся з позовом, або виникнення інших несприятливих наслідків для них; 3) на момент розгляду справи в суді надано докази наступного схвалення цього правочину; 4) при розгляді справи в суді доведено, що інша сторона за цим правочином не знала і не повинна була знати про його укладення з порушенням передбачених Федеральним законом вимог до нього.

8. Позов про встановлення факту втрати системи реєстру власників іменних цінних паперів певного випуску з метою відновлення емітентом на підставі рішення суду інформації про власників іменних цінних паперів (реєстру власників іменних цінних паперів) у порядку, визначеному НКЦПФР⁴⁹. Ця категорія справ належить до позовів про встановлення фактів, що мають юридичне значення (ст.ст. 256–259 ЦПК України). Наприклад, рішенням Святошинського районного суду м. Києва від 26 квітня 2010 р. у справі № 2-1029-1/10 встановлено факт втрати системи реєстру акціонерів АТЗТ «Капітал-транс» без можливості її відновлення власними силами реєстроутримувача⁵⁰.

Таким чином, корпоративний позов є ефективним засобом захисту прав і законних інтересів учасників корпоративних правовідносин в акціонерному товаристві. Подальші дослідження будуть присвячені субсидіарній відповідальності в корпоративних правовідносинах.

¹ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // ВВР. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

² Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // ВВР. – 2003. – № 18. – Ст. 144.

³ Зельдіна О. Р. Судовий захист прав суб'єктів підприємництва: теоретичні та практичні аспекти : моногр. / О. Р. Зельдіна, О. Г. Хрмілі; НАН України, Інститут економіко-правових досліджень. – К. : Юрінком Інтер, 2015. – 176 с. – С. 31.

⁴ Осокіна Г. Л. Иск (теория и практика) / Г. Л. Осокіна. – М. : Городец, 2000. – 192 с. – С. 31–62.

⁵ Абова Т. Е. Иск – универсальное средство защиты права / Т. Е. Абова // Избранные труды. Гражданский и арбитражный процесс. Гражданское и хозяйственное право. – М. : Статут, 2007. – С. 192–200.

⁶ Осокіна Г. Л. Вказана праця. – С. 15.

⁷ Там само. – С. 78.

⁸ Вінник О. М., Щербина В. С. Акціонерне право : навч. посіб. для вищих навч. закл. / О. М. Вінник, В. С. Щербина ; Київський національний ун-т ім. Т. Шевченка. – К. : Атіка, 2000. – 543 с. – С. 118.

⁹ Там само. – С. 120.

¹⁰ Про акціонерні товариства : Закон України від 17 вересня 2008 р. № 514-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 50–51. – Ст. 384.

¹¹ Вінник О. М., Щербина В. С. – С. 120.

¹² Судебная практика защиты права на приобретение акций // Юридичний журнал. – 2009. – № 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kisilandpartners.com/ru/publications/articles/sudova_praktika_zakhistu_prava_na_pridbannu_aktisy

¹³ Рішення Господарського суду м. Києва від 1 липня 2010 р. у справі № 32/574-6/681 за позовом про переведення прав та обов'язків покупця за договором, визнання недійсними договорів та зобов'язання вчинити дії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://jurportal.org/writ/10602364>

¹⁴ Ухвала ВСУ від 28 березня 2007 р. у справі за позовом Т. в інтересах восьми осіб та ЗАТ «Пусконаладка» // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 8.

¹⁵ Оприсько М. В. Захист переважного права акціонерів на придбання акцій приватного акціонерного товариства / М. В. Оприсько // Проблеми охорони прав суб'єктів корпоративних правовідносин : Матеріали науково-практичної конференції. – Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет ім. В. Стефаніка, 2012. – С. 117–119. – С. 119.

¹⁶ Кравчук В. М. Проблеми реалізації та захисту переважного права на придбання акцій за Законом України «Про акціонерні товариства» / В. М. Кравчук // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 6. – С. 83–88. – С. 85–86.

¹⁷ Лебедев К. К. Защита прав обладателей бездокументарных ценных бумаг (материально- и процессуально-правовые аспекты разрешения споров, связанных с отчуждением бездокументарных ценных бумаг) / К. К. Лебедев. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 167 с. – С. 37.

¹⁸ Томчишен С. В. Особливості здійснення, охорона та захист переважних прав на придбання часток (акцій) у статутному капіталі господарських товариств : проблеми теорії та практики / С. В. Томчишен // Науково-практичний журнал «Актуальні питання цивільного та господарського права». – 2010. – № 3 (22). – С. 35–48. – С. 45.

¹⁹ Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин : Рекомендації президії ВГСУ від 28 грудня 2007 р. № 04-5/14 // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 1. – С. 22.

²⁰ Постанова ВГСУ від 3 червня 2008 р. (залишена без змін постановою Судової палати у господарських справах ВСУ від 23 вересня 2008 р.) у справі № 25/220-07 за позовом ЗАТ «Феріт» до Ткачука М. Л., Бузіян Г. Я. про визнання недійсним договору, переведення прав та обов'язків покупця : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://uazakon.com/documents/date_3v/pg_gnnwoy.htm

²¹ Постанова ВСУ від 20 квітня 2010 р. у справі № 5020-3/118-12/539-5/02 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua>

²² Постанова ВСУ від 26 березня 2012 р. за заявою про перегляд ВСУ постанови ВГСУ від 4 жовтня 2011 р. у справі № 9/170-46/68 за позовом Шпака В. А. про переведення прав та обов'язків покупця на акції товариства : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.scourt.gov.ua/clients/vs.../3-11rc12.doc

²³ Постанова ВГСУ від 13 грудня 2010 р. у справі № 5020-3/123-12/544-5/032 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua>

²⁴ Постанова ВГСУ від 4 червня 2013 р. у справі № 5002-35/4532-2012 за позовом ПрАТ «Кримтаксосервіс» до Горькового В. В. про переведення прав покупця за договорами купівлі-продажу акцій : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_4211335.html

²⁵ Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / В. М. Кравчук. – Х., 2010. – 35 с. – С. 13.

²⁶ Постанова Окружного адміністративного суду м. Києва від 16 квітня 2013 р. у справі № 2а-2077/09/2670 за позовом ПрАТ «Сучасне будівництво» до НКЦПФР, Центрального ТД НКЦПФР про визнання бездіяльності протиправною та зобов'язання вчинити певні дії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravoscope.com/act-postanova-2a-2077-09-2670-kostenko-d-a-16-04-2013-derzhavnogo-regulyuvannya-rinkiv-finansovix-poslug-s>

²⁷ Про затвердження Плану імплементації Другої Директиви Ради ЄС 77/91/ЄЕС, Директиви Європейського Парламенту та Ради 2007/36/ЄС, Рекомендацій Європейської Комісії 2005/162/ЄС, 2004/913/ЄС та принципів ОЕСР щодо впровадження стандартів у сфері корпоративного управління та діяльності акціонерних товариств : рішення НКЦПФР від 28 жовтня 2014 р. № 1459 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.nssmc.gov.ua/partners/international/euro

²⁸ Постанова Київського апеляційного господарського суду від 28 листопада 2006 р. у справі № 39/217 за позовом Renaissance Securities (CYPRUS) Limited (Республіка Кіпр) до ТОВ «Торговий дім «Запоріжсталь», підприємства з іноземними інвестиціями ТОВ «Стіл Трек», ТОВ «Торговий будинок вогнетривів», ТОВ «Виробничо-торгівельне підприємство Запоріжсталь – Інвест Торгпро», ТОВ «Центросталь», ВАТ «Запорізький металургійний комбінат «Запоріжсталь» про визнання недійсним рішення загальних зборів акціонерів і визнання недійсними договорів : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravoscope.com/act-postanova-39-217-zelenin-v-o-28-11-2006-ne-viznacheno-s>

²⁹ Постанова ВГСУ від 18 січня 2011 р. у справі № 16/81 за позовом ТОВ «Берегиня» до ПАТ «Автокразбанк» про зобов'язання здійснити обов'язковий викуп акцій : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_3098309.html

³⁰ Кравчук В. М. Вказана праця. – С. 14.

³¹ Про порядок застосування розділу XII Закону України «Про акціонерні товариства» щодо здійснення обов'язкового викупу акціонерним товариством розміщених ним акцій : роз'яснення ДКЦПФР від 10 серпня 2010 р. № 7 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nssmc.gov.ua/activities/corpmanagement>

³² Про затвердження Положення про порядок збільшення (зменшення) розміру статутного капіталу публічного або приватного акціонерного товариства : рішення НКЦПФР від 14 травня 2013 р. № 822 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 43. – Ст. 1552.

³³ Постанова ВГСУ від 19 червня 2012 р. у справі № 57/355 за позовом ТОВ «Бауман Трейд» до ПАТ «Всеукраїнський Акціонерний Банк» про визнання договору укладеним і стягнення 333 080 224,80 грн : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravoscope.com/act-postanova-57-355-motornij-o-a-24-04-2012-majnovi-spori-s>

³⁴ Постанова ВГСУ від 24 травня 2012 р. у справі № 7/5005/13431/2011 за позовом ПАТ «ЗНКІФ «Преміум-фонд» до ПАТ «Нікопольський завод феросплавів» про визнання права вимагати здійснення обов'язкового викупу акцій : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://document.ua/pro-zdiisnennja-obovjazkovogo-vikupu-akcii-doc144315.html>

³⁵ Постанова ВСУ від 21 травня 2013 р. у справі № 07/5026/796/2012 за позовом ТОВ «Фортекс» до ПАТ «Смілянське автотранспортне підприємство 17128» про зобов'язання вчинити дії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS130186.html

³⁶ Там само.

³⁷ Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2657-ХІІ // ВВР. – 1992. – № 48. – Ст. 650.

³⁸ Про практику розгляду судами корпоративних спорів : постанова Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2008 р. № 13 // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 11.

³⁹ Про внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства» : Закон України від 19 березня 2015 р. № 272-VIII // Офіційний вісник України. – 2015. – № 25. – Ст. 726.

⁴⁰ Боднар Т. В. Правочини акціонерних товариств, щодо вчинення яких є заінтересованість / Т. В. Боднар // Юридична Україна. – 2009. – № 2. – С. 36–40. – С. 39.

⁴¹ Капеліст М. М. Захист інтересів суб'єктів вітчизняної економіки при укладанні правочинів, щодо вчинення яких є заінтересованість, з юридичними особами Російської Федерації / М. М. Капеліст // Международная научно-практическая интернет-конференция «Экономико-правовые исследования в XXI веке» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.hozpravo.com.ua/conferences/arhiv/uchastnik.php?ELEMENT_ID=566&ID=593

⁴² Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України : лист ВГСУ від 7 квітня 2008 р. № 01-8/211 // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 3.

⁴³ Практика розгляду судами цивільних справ про визнання правочинів недійсними : лист ВСУ від 24 листопада 2008 р. // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 1.

⁴⁴ Белкин М. Как акционеру защититься от совершения мажоритарием невыгодных для АО значительных сделок? / М. Белкин, Л. Белкин // Акционерный вестник. – 2009. – № 6 (11). – С. 56–59. – С. 56.

⁴⁵ Ковалишин О. Р. Судовий захист корпоративних прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / О. Р. Ковалишин; НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України. – К., 2013. – 202 с. – С. 56.

⁴⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів : Закон України від 7 квітня 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=2259&skl=9

⁴⁷ Островська Л. А. Непрямі (похідні) позови: міжнародний досвід та законодавство України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Л. А. Островська. – Одеса, 2008. – 187 с. – С. 117.

⁴⁸ Об акционерных обществах : Федеральный Закон Российской Федерации от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.consultant.ru/popular/stock-comp>

⁴⁹ Про затвердження Порядку забезпечення інтересів власників іменних цінних паперів у разі відсутності документів системи реєстру власників іменних цінних паперів певного випуску : рішення НКЦПФР від 24 червня 2014 р. № 805 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 71. – Ст. 1999.

⁵⁰ Рішення Святошинського районного суду м. Києва від 26 квітня 2010 р. у справі № 2-1029-1/10 за позовом фізичних осіб – акціонерів до АТЗТ «Капітал-транс» про встановлення факту втрати реєстру та зобов'язання вчинити дії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravoscope.com/act-rishennya-2-1029-1-10-kirilyuk-galina-mikola-vna-26-04-2010-ne-viznacheno-s>

Резюме

Кологойда О. В. Корпоративний позов в акціонерних правовідносинах.

У статті визначено поняття та види корпоративних позовів. Серед них позови: 1) акціонера ПрАТ про переведення на нього прав та обов'язків покупця акцій; 2) про визнання недійсним рішення загальних зборів акціонерів; 3) про обов'язковий викуп акцій; 4) про захист прав і законних інтересів акціонера; 5) про стягнення заборгованості з оголошених дивідендів; 6) про визнання недійсним правочину із заінтересованістю; 7) непрямий (похідний) позов про відшкодування збитків, завданих господарсько-му товариству його посадовою особою; 8) про встановлення факту втрати системи реєстру власників іменних цінних паперів.

Ключові слова: корпоративний позов, акціонер, корпорація, корпоративні відносини, права акціонерів.

Резюме

Кологойда О. В. Корпоративный иск в акционерных правоотношениях.

В статье определено понятие и виды корпоративных исков. Среди них иски: 1) акционера ЗАО о переводе на него прав и обязанностей покупателя акций; 2) о признании недействительным решения общего собрания акционеров; 3) об обязательном выкупе акций; 4) о защите прав и законных интересов акционера; 5) о взыскании оглашенных дивидендов; 6) о признании недействительной сделки с заинтересованностью; 7) косвенный (производный) иск о возмещении убытков, причиненных хозяйственному обществу его должностным лицом; 8) об установлении факта потери системы реестра владельцев именных ценных бумаг.

Ключевые слова: корпоративный иск, корпорация, акционер, корпоративные отношения, права акционеров.

Summary

Kologoida O. The corporate litigation in stock legal relations.

The concept and types of the corporate litigation are defined in the article. These include claims: 1) the shareholders of the shares' buyer rights and obligations transfer; 2) the invalidation of the shareholders general meeting decisions; 3) the mandatory redemption of shares; 4) to protect the shareholder's rights and legitimate interests; 5) shareholder's litigation for the declared dividends' debt; 6) the invalidation of the party transactions; 7) indirect claim for the damages' compensation caused to the partnership its official; 8) shareholder's litigation for the acceptance of the securities holders system registry loss.

Key words: corporate litigation, corporation, shareholder, corporate relations, shareholder's rights.

УДК: 347.961

М. В. БОНДАРЄВА

Марія Володимирівна Бондарєва, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СПАДЩИНА ЯК ЮРИДИЧНА КАТЕГОРІЯ: ПОНЯТТЯ, СКЛАД, ОЗНАКИ (Ч. 1)

Об'єктом спадкового правовідношення, тобто тим, з приводу чого воно виникає і на що воно спрямоване у своєму розвитку¹, на що впливають суб'єктивні права та обов'язки його суб'єктів² є спадщина (спадкове майно, спадкова маса). «Спадкове правовідношення завжди виникає з приводу спадщини»³.

Розкриття змісту поняття «спадщина» передбачає, як відомо, розуміння того, що саме переходить до спадкоємців і як переходить⁴. Слід зазначити, що не зважаючи на достатньо повне дослідження в цивілістичній літературі спадщини як об'єкта цивільних прав і об'єкта цивільного правовідношення, існує ряд питань, обговорення яких слід продовжити в силу відсутності єдиного підходу вчених і практиків. Це стосується

передусім проблеми розуміння таких понять, як «спадщина» та її ознаки, «склад спадщини», межі цілісності і стабільності (незмінності) спадщини як комплексу прав та обов'язків.

Традиційно в поняття спадщини⁵ і доктриною, і законодавством вкладається майновий зміст, який різними авторами визначається по-різному: як сукупність юридичних відносин, що переходять до спадкоємця, мають значний інтерес і пережили припинення цивільної діяльності спадкодавця (Д. І. Мейер)⁶; як майно в ідеальному значенні, сукупність всіх прав та обов'язків, які належать особі щодо всіх предметів, які входять в коло юридичної особи, юридичної влади (К. П. Победоносцев)⁷; як сукупність майнових прав, що переходять після смерті громадянина до його спадкоємців: права особистої власності, зобов'язальні права та майнові права автора і винахідника (В. І. Серебровський, К. Анненков)^{8,9}; як майно, що належало померлому на праві власності, майнові права, в тому числі права на авторську винагороду при використанні твору і право вимоги, що походять з зобов'язань (М. В. Гордон)¹⁰; як майно, зокрема майнові права і майнові обов'язки (Б. С. Антімонов)¹¹, не самі речі, а права та обов'язки, в тому числі й право власності на речі (О. А. Красавчиков, В. А. Рясенцев)¹², певна частина цивільних прав і обов'язків (В. К. Дроніков)¹³, не єдиний об'єкт спадкування, а сукупність об'єктів, що переходять до спадкоємців (П. С. Нікітук)¹⁴. Необхідно зазначити, що наведені наукові погляди сформувалися і були засновані на чинних у відповідний історичний період нормах законодавства, чим визначаються їх специфіка і зміст, хоча і сьогодні вони не викликають особливих заперечень серед вчених-цивілістів.

Сучасним тенденціям розуміння спадщини повною мірою відповідає підхід Е. Б. Ейдінової, на думку якої спадщина – це «майнові та деякі немайнові права і обов'язки спадкодавця, які не припиняються з його смертю, а як єдине ціле переходять до спадкоємців на підставі норм спадкового права»¹⁵.

Значний інтерес являє собою позиція В. Л. Інцаса, який зазначає, що спадщина як об'єкт спадкових правовідносин є майном, що являє собою сукупність майнових і особистих немайнових, пов'язаних з майновими, суб'єктивних прав і обов'язків спадкодавця, які не завжди збігаються з правами та обов'язками, що переходять у спадок¹⁶.

Якщо проаналізувати сучасну вітчизняну і зарубіжну цивілістичну літературу, то стає очевидною спрямованість наукових розробок з питання визначення сутності категорії «спадщина». Чинний ЦК України не містить формалізованої дефініції спадщини. Тому цивілісти основну увагу приділяють формулюванню ст. 1218 ЦК України «Склад спадщини», а категорія «спадщина» традиційно досліджується крізь призму елементів її складу. Подібний підхід певною мірою є виправданим, оскільки будь-яке визначення має базуватися на істотних ознаках того поняття, про яке йдеться. Водночас і термінологічне оформлення категорії «спадщини» являє собою значний як науковий, так і практичний інтерес, насамперед у діяльності нотаріусів при вчиненні відповідних нотаріальних проваджень. У даному випадку слід погодитися з думкою С. Я. Фурси, яка вважає, що «як в нормах матеріального права, так і процесуального мають застосовуватись певні терміни, які мають відповідати умовам єдності понятійного апарату як у законодавстві і практиці його застосування, так і бути самодостатніми при їх використанні в науковій роботі»¹⁷.

Аналіз положень ст.ст. 1216, 1218 ЦК України дає змогу зробити висновок про законодавче розуміння спадщини як певного комплексу «прав та обов'язків», склад якого утворює єдність тих з них, які «належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті».

Спадщина, як об'єкт спадкового наступництва, на думку Є. О. Рябокони, є усією сукупністю прав та обов'язків спадкодавця, в яких він перебував на момент своєї смерті, за умови, що вони за своєю правовою природою не є невіддільними від особи їх носія і здатні перейти до інших осіб¹⁸. Аналогічної позиції дотримуються І. В. Жилінкова¹⁹, Т. П. Коваленко²⁰, Є. О. Харитонов²¹.

Здатність спадщини до переходу в порядку спадкування як її ознака неодноразово відмічалася цивілістами. Так, А. А. Башмаков описує спадкування через «всю сукупність тих правових змін, які відображуються на майні, внаслідок смерті особи, що наділена такими правами»²². Н. І. Остапук вважає спадщину «всією сукупністю майнових прав і обов'язків спадкодавця, перехід яких в порядку спадкування допускається законом»²³. А. О. Гелич визнає правову характеристику «здатності переходити у спадщину» такою, що має самостійне значення, «адже саме ця характеристика надає змогу виділити серед масиву прав і обов'язків, які належали спадкодавцеві, ті, які перейдуть до його правонаступників-спадкоємців»²⁴.

І. М. Кучеренко вважає, що поняттям «спадщина» охоплюються всі права та обов'язки, тобто їх комплекс, які належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини. При цьому спадщина як юридична категорія характеризується дослідницею також через її склад. «Для спадкування єдиним показником входження до складу спадщини є наявність прав на це майно»²⁵. А те, що ЦК України визначає склад спадщини лише як сукупність права та обов'язків виключає з її складу речі, як такі. Належність спадщини спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і правомірність такої належності відмічаються І. М. Кучеренко як характеристики категорії «спадщина».

Окрім названих характеристик спадщини більшість дослідників звертають увагу на таку характеристику спадщини, як її обмеженість. Йдеться, головним чином, про межі відповідальності спадкоємців, зокрема про «ту грошову суму, в яку спадщина оцінюється на момент відкриття»²⁶. Вчені зазначають «неможливість перевищення обов'язками розміру прав»²⁷; те, що не збігаються межі майна особи за життя і спадкового майна²⁸; погашення всіх боргів спадкодавця при перевищенні спадкового пасиву над спадковим активом²⁹; «необхідність врахування таких характеристик спадщини, як її обсяг і межі»³⁰; обмеженість прав спадкодавця, а також конкретного спадкового майна тими обов'язками спадкодавця, які можуть бути задоволені за рахунок успадкованого майна³¹.

Як слушно зазначають І. П. Орлов та О. Є. Кухарев, спадщина є базовою для спадкового права категорію, зміст якої розкривається через поняття «склад спадщини» як сукупність майнових та деяких особистих немайнових прав спадкодавця та його обов'язків, останні з яких не можуть перевищувати розміру прав спадкодавця³².

Аналогічною є точка зору Є. І. Фурси, на думку якого спадщина – це сукупність майнових та деяких особистих немайнових прав спадкодавця та його обов'язків, останні з яких не можуть перевищувати розміру прав спадкодавця³³.

У цивілістичній літературі існує значний корпус вчених, які відмічають *майнову складову спадщини*. Так, Ю. О. Заїка пише про спадщину як майно, що переходить у порядку спадкування³⁴, межі якого «не завжди збігаються з майном, яке перебувало у володінні чи навіть власності спадкодавця»³⁵, і звертає увагу на необхідності точного визначення меж спадкової маси.

Із синонімічності термінологічних формулювань «спадкова маса», «спадщина», «спадкове майно» виходять А. С. Довгерг і Н. С. Кузнецова³⁶.

Аналізуючи особливості правового регулювання об'єкта спадкування ЦК УРСР 1963 р. і ЦК України, І. В. Спасибо-Фатєєва вважає, що «узагальнюючи обидва підходи, можна твердити, що так чи інакше, як у ЦК УРСР, так і у ЦК України йдеться про майно, яке становить склад спадщини. І цим майном передусім є майнові права та майнові обов'язки»³⁷.

З цього приводу І. В. Жилінкова зазначає, що законодавче визначення складу спадщини важко визнати вдалим, оскільки поняття «майно» є найбільш широким у цивільному праві, а права і обов'язки є лише складовими частинами майна (у контексті визначення майна за ч. 1 ст. 190 ЦК України) і не вичерпують його змісту³⁸.

С. Я. Фурса вважає, що спадщина складається з прав спадкодавця, а також конкретного спадкового майна та тих обов'язків спадкодавця, які можуть бути задоволені за рахунок успадкованого майна³⁹. Вчена обґрунтовує необхідність існування двох понять: «спадкові права» та «спадкове майно», що, на її думку, дасть змогу конкретизувати в нотаріальному процесі відповідні провадження за характером і змістом.

В. В. Васильченко, аналізуючи сутність категорії «спадщина», в цілому також притримується загальноприйнятого підходу і розглядає її як «органічний зв'язок активу і пасиву, який виражається в тому, що при перевищенні пасиву над активом погашається не якийсь конкретний обов'язок спадкодавця, а всі обов'язки»⁴⁰.

В. Ю. Чуйкова пише про спадкову масу (спадок, спадщину) як про сукупність майнових прав та обов'язків, а у певному обсязі і сукупність особистих правомочностей, і розглядає особливості спадкування цих прав і обов'язків, залежно від того, чи є вони речовими, зобов'язальними або особистими⁴¹.

Наведені думки, а також позиції інших вчених, що притримуються аналогічної позиції, свідчать про наявність своєрідної тенденції дослідження сутності спадщини крізь призму її складових – елементів та певних її характеристик (ознак, меж) як категорії.

Проте в літературі висловлюються й інші точки зору.

Так, Р. О. Стефанчук пропонує склад спадщини вважати об'єктом спадкового правовідношення⁴². Не погоджуємося з таким підходом, адже неможливо ототожнювати поняття «спадщина» і «склад спадщини» як неможливо ототожнювати певний об'єкт (систему) і його структуру як сукупність певних елементів. «Структура визначається як відносно стійкий спосіб зв'язку елементів системи»⁴³. Що стосується спадщини, то стійкість елементів її складу залежить від такої її характеристики, як обмеженість.

В доктрині пропонується розуміти спадщину як єдиний об'єкт спадкування⁴⁴; об'єкт, в складі якого структуруються елементи майнового і немайнового характеру⁴⁵; об'єкт (як категорію об'єктивного) правонаступництва⁴⁶, не єдиний об'єкт спадкових правовідносин, об'єкт правовідносин із спадкування, який позначає єдність прав та обов'язків, які переходять до спадкоємців⁴⁷.

Хоча в цілому з необхідністю розмежування категорій «спадкове правовідношення» і « правонаступництво» слід погодитися, в іншому більш коректним вбачається такий підхід. Смерть кожного суб'єкта означає відкриття *однієї* спадщини. При цьому спадкування означає перехід не кожного окремого права і обов'язку, а спадщини в цілому, як єдності. Результатом успадкування декількома спадкоємцями є набуття ними цілісного утворення (спадщини, єдності, спільної власності) на праві спільної власності, з визначеною *часткою кожного з них у цій єдності-спадщині*, а не окремого об'єкта, речі, права.

Е. А. Лисицина пропонує розуміти спадщину як особливий майновий комплекс⁴⁸, а саме сукупність різнорідних майнових об'єктів, кожний з яких може виступати в обігу як самостійний об'єкт цивільних прав. Розуміння спадщини як єдиного майнового комплексу обґрунтовується вченою, яка сприймає, в свою чергу, точку зору В. А. Белова⁴⁹, за допомогою особливого майнового режиму існування елементів спадщини, зокрема єдності юридичної долі таких елементів і єдності елементів складу спадщини.

Деякі автори пропонують оцінювати спадщину як майновий конгломерат⁵⁰.

Як бачимо, питання сутності спадщини як юридичної категорії не є предметом жорсткої полеміки в цивілістичній науці. На думку автора, той факт, що вчені-цивілісти не зосереджують увагу на формулюванні дефініції спадщини не означає, що для цього існують якісь серйозні причини, що виходять за межі їх наукових уявлень з означеного питання. Більшість дослідників окреслюють юридичну категорію «спадщина», сприйнявши підхід законодавця, і буквально відтворюють положення ст. 1218 ЦК України, визначають елементний склад спадщини двома складовими: майновими правами та майновими обов'язками спадкодавця, із

зазначенням тої чи іншої істотної на їх погляд ознаки спадщини. У цілому такий підхід видається правильним, адже правова сутність елементів спадщини розкривається за допомогою їх якісної характеристики і передбачає дослідження спадщини в статичній формі. В свою чергу, зв'язок елементів спадщини є відображенням динаміки спадкового правовідношення, яке проявляється при його здійсненні. Тому слід враховувати, що суть спадщини як певної системи елементів «... може визначатися в більшому ступені тим, як зв'язані між собою елементи, а не тим, з яких елементів складається система»⁵¹.

Правова оцінка спадщини впливає з розуміння процесу спадкування як *переходу* прав та обов'язків від спадкодавця до спадкоємців, специфічного процесу, динаміка якого передбачає певний розвиток, рух, зміни, припинення стану його об'єкта (сукупності прав в обов'язків, належних фізичній особі за її життя; в момент відкриття спадщини – з'явлення «спадщини» як категорії; в період до прийняття спадщини спадкоємцем знаходження її у специфічному стані «лежачості»; перетворення спадщини на власність спадкоємця після процедури її державної реєстрації). Іншими словами, динаміка спадкування як процесу, а спадщини як його специфічного об'єкта, реалізується не хаотично, а послідовно, узгоджено із динамікою спадкового правовідношення і «закінчується певним результатом»⁵². Відповідно, динаміка процесу при вчиненні провадження щодо видачі свідоцтва про право на спадщину (метою якого є оформлення спадкових прав спадкоємців), передбачає зміну стану об'єкта такого процесу⁵³. Але це не означає, що відбувається заміна об'єкта спадкування, чи таких об'єктів декілька.

Підсумовуючи викладене, представляється логічним та правильним з юридичної точки зору визначити основні характеристики спадщини як категорії.

На нашу думку, основними з тих, що необхідно враховувати при дослідженні суті категорії спадщини, є дві її характеристики: *правова сутність прав та обов'язків як елементів складу спадщини (належність їх спадкодавцеві у часі – носій за життя, належність на момент смерті; якісна належність – на певному правовому титулі; здатність до «переходу» в порядку спадкового правонаступництва, неприпинення у зв'язку зі смертю спадкодавця), і особливий характер зв'язку елементів, що входять до складу спадщини (єдність (цілісність) спадщини, залежність спадщини від балансу «активу» і «пасиву» у її складі, а також межі спадщини)*.

Підсумовуючи викладене, пропонуємо ключовими у розумінні правової сутності спадщини вважати наступні її ознаки:

- спадщина є об'єктом цивільних прав і, відповідно, об'єктом цивільного (спадкового) правовідношення;
- єдність, цілісність спадщини, розуміння якої пропонується здійснювати з урахуванням визначених законодавством і сутністю об'єкту, що успадковується, меж;
- спадщина є об'єктом локального характеру;
- спадщина здатна перебувати у стані «невизначеності» її належності певним суб'єктам («лежача» спадщина), а права та обов'язки спадкоємців, закликаних до спадкування, є потенційними;
- спадщина є об'єктом, характеристики якого визначають особливості процесуальної діяльності уповноважених органів та осіб з реалізації прав та інтересів носіїв таких прав.

(продовження в наступному номері)

¹ Йоффе О. С. Советское гражданское право: курс лекций / О. С. Йоффе. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. – Ч. 3. – 347 с. – С. 95.

² Спиридонов Л. И. Теория государства и права / Л. И. Спиридонов. – М., 1995. – 304 с. – С. 195–196.

³ Толстой Ю. К. Наследственное право / Ю. К. Толстой. – М. : Изд-во «Проспект», 1999. – 255 с. – С. 33.

⁴ Толстой Ю. К. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ. Часть третья (постатейный) / Ю. К. Толстой ; под ред. А. П. Сергеева. 2-е изд. перераб. и доп. – М. : Проспект, 2005. – 384 с. – С. 9.

⁵ Цікаво, що Руська правда називає спадщину «статком» або «задницею», в тому смислі, що вона є тим, що залишає після себе людина (Российское законодательство X–XX вв.) – М. : Юрид. лит., 1984. – Т. 1: Законодательство Древней Руси / отв. ред. тома В. Л. Янин ; под общ. ред. О. И. Чистякова. – 423 с. – С. 70.

⁶ Мейер Д. И. Русское гражданское право: в 2 ч. – Часть 1: по испр. и доп. 8-му изд. 1902 / Д. И. Мейер. – М. : Статут, 2000. – 781 с. – С. 779–780.

⁷ Пободоносцев К. П. Курс гражданского права. Часть II «Права семейные, наследственные, завещательные» / К. П. Пободоносцев. – М. : Статут, 2003. – 639 с. – С. 259.

⁸ Советское гражданское право : в 2 т. – Т. I / под ред. С. Н. Братуся. – М. : Госюриздат, 1951. – 496 с. – С. 438–439.

⁹ Анненков К. Система русского гражданского права : в 6 т. – Т. 4: Право наследования / К. Анненков : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://rutracker.org/forum/viewtopic.php?t=1485647>

¹⁰ Гордон М. В. Лекции по советскому гражданскому праву : часть вторая / М. В. Гордон. –Х. : Изд-во Харьков. гос. ун-та им. А. М. Горького, 1960. – 346 с. – С. 316.

¹¹ Научно-практический комментарий к Основам гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик / под ред. С. Н. Братуся и Е. А. Флейшиц. – М. : Госюриздат, 1962. – 419 с. – С. 389.

¹² Советское гражданское право / под ред. О. А. Красавчикова ; 3-е изд. – М. : Высшая школа, 1985. – Т. 2. – 520 с. – С. 513.

¹³ Дроников В. К. Наследственное право Украинской ССР / В. К. Дроников. – К. : Вища школа, 1974. – 159 с. – С. 16.

¹⁴ Никитюк П. С. Наследственное право и наследственный процесс / П. С. Никитюк. – Кишинев : Штица, 1973. – 258 с. – С. 28.

¹⁵ Эйдинова Э. Б. Наследование по закону и завещанию / Э. Б. Эйдинова. – М. : Юрид. лит., 1985. – 112 с. – С. 6.

¹⁶ Инцас В. Л. Наследование как особый вид правопреемства в советском гражданском праве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / В. Л. Инцас ; Ленинградский государственный университет им. А. А. Жданова. Юридический факультет. – Л., 1973. – 15 с. – С. 3.

- ¹⁷ Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук.-практ. посіб. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Кліменко, С. Я. Рабовська, О. О. Кармаза та ін.; за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2007. – 1216 с. – С. 4.
- ¹⁸ *Заїка Ю. О.* Спадкове право: навч. посіб. / Ю. О. Заїка, Є. О. Рябокони. – К. : ЮрінкомІнтер, 2009. – 352 с. – С. 11.
- ¹⁹ Цивільне право України : академічний курс : [підручник] : у 2-х т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – 2-ге вид., доп. і перероб. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. – Т. 1. Загальна частина. – 696 с. – С. 509–510.
- ²⁰ Цивільне право України : [підручник] : у 2-х кн. / [Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – Кн. 2. – 864 с. – С. 719.
- ²¹ Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К. : Істина, 2004. – 928 с. – С. 816.
- ²² Свод законов Российской империи. Т. X. Ч. 1: Законы гражданские. [Электронный ресурс]. – СПб., 1914. – Режим доступа: <http://civil.consultant.ru/code/>
- ²³ *Остатюк Н. И.* Нотариальная защита прав граждан на имущество, переходящее в порядке наследования / Н. И. Остатюк. – М. : Из-во «Юрлитинформ», 2006. – 256 с. – С. 41.
- ²⁴ *Гелич А. О.* Об'єкти спадкування за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / А. О. Гелич. – К., 2011. – 217 с. – С. 80.
- ²⁵ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використання позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) / за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Х. : ФО-П Колісник А. А., 2009. – Т. 12: Спадкове право. – 544 с. – С. 17. – (Серія «Коментарі та аналітика»).
- ²⁶ *Антимонов Б. С.* Советское наследственное право / Б. С. Антимонов, К. А. Граве. – М. : Государственное издательство юридической литературы, 1955. – 264 с. – С. 250.
- ²⁷ *Орлов И. П.* Правочины в сфере спадкового права : моногр. / И. П. Орлов, О. Є. Кухарев. – К. : Алерта, 2013. – 270 с. – С. 15.
- ²⁸ *Заїка Ю. О.* Спадкове право України : навч. посіб. / Ю. О. Заїка. – К. : Істина, 2006. – 216 с. – С. 38.
- ²⁹ *Васильченко В. В.* Коментар та постатейні матеріали до законодавства України про спадкування / В. В. Васильченко. – Х. : Одісей, 2007. – 480 с. – С. 9.
- ³⁰ Цивільне право України: підруч. : у 2 кн. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – Кн. 1. – 864 с. – С. 780.
- ³¹ Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук.-практ. посіб. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Кліменко, С. Я. Рабовська, О. О. Кармаза та ін.; за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2007. – 1216 с. – С. 10–11.
- ³² *Орлов И. П.* Вказана праця.
- ³³ *Фурса Є. І.* Спадкові правовідносини у нотаріальній та судовій практиці : автореф. дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Є. І. Фурса ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2004. – 20 с. – С. 7.
- ³⁴ *Заїка Ю. О.* Становлення і розвиток спадкового права в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Ю. О. Заїка ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2007. – 33 с. – С. 12.
- ³⁵ *Заїка Ю. О.* Спадкове право України : навч. посіб. / Ю. О. Заїка. – К. : Істина, 2006. – 216 с. – С. 38.
- ³⁶ Цивільний кодекс України. Постатейний коментар у двох частинах. / кер. авт. колективу та відповідальні ред.: проф. А. С. Довгерт, проф. Н. С. Кузнєцова. – К. : Юстиніан, 2006. – Ч. 2. – 1008 с. – С. 18.
- ³⁷ *Спасибо-Фатеева И.* Оборозоздатність об'єктів цивільних прав / І. Спасибо-Фатєєва // Право України. – 2005. – № 6. – С. 34–37.
- ³⁸ *Жилінкова І. В.* Актуальні питання спадкового права України / І. В. Жилінкова // Матеріали до семінару. – Х. : Ксилон, 2009. – С. 1–3.
- ³⁹ Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук.-практ. посіб. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Кліменко, С. Я. Рабовська, О. О. Кармаза та ін.; за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2007. – 1216 с. – С. 10–11.
- ⁴⁰ *Васильченко В. В.* Коментар та постатейні матеріали до законодавства України про спадкування / В. В. Васильченко. – Х. : Одісей, 2007. – 480 с. – С. 9.
- ⁴¹ *Чуйкова В. Ю.* Правові питання спадкування за заповітом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / В. Ю. Чуйкова ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 1999. – 19 с. – С. 15.
- ⁴² Цивільне право: навч. посіб. / за заг. ред. Р. О. Стефанчука. – К., 2004 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://uristinfo.net/2010-12-27-04-58-59/113-ro-stefanchuk-tsvivilne-pravo-ukrayini.html>
- ⁴³ Введение в философию : учеб. для вузов : в 2 ч. / под общ. ред. И. Т. Фролова. – М. : Политиздат, 1989. – 639 с. – С. 125.
- ⁴⁴ *Антимонов Б. С.* Советское наследственное право / Б. С. Антимонов, К. А. Граве. – М. : Государственное изд-во юридической литературы, 1955. – 264 с. – С. 63.
- ⁴⁵ Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К. : Істина, 2004. – 928 с. – С. 802.
- ⁴⁶ *Гелич А. О.* Об'єкти спадкування за цивільним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. О. Гелич. – К., 2011. – 217 с. – С. 35.
- ⁴⁷ Там само. – С. 82.
- ⁴⁸ *Лисицина Е. А.* Наследственная масса как особый имущественный комплекс / Е. А. Лисицина // Вестник ЮУрГУ. – 2012. – № 29. – С. 34.
- ⁴⁹ *Белов В. А.* Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота : содержание и соотношение понятий / В. А. Белов // Объекты гражданского оборота : сб. статей / отв. ред. М. А. Рожкова. – М. : Статут, 2007. – С. 6–77.
- ⁵⁰ Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. – М. : Юристъ, 2002. – С. 51 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://knigi.link/pravo-grajdanskoe/kommentariy-chasti-tretej-grajdanskogo-kodeksa.html>
- ⁵¹ *Коннор Д. О., Мак-Дермотт Ян.* Искусство системного мышления: Творческий подход к решению проблем и его основные стратегии / Д. О. Коннор, Ян Мак-Дермотт ; пер. с. англ. – К., 2001. – 126 с. – С. 23.
- ⁵² *Суходольский Г. В.* Основы психологической теории деятельности / Г. В. Суходольский. – Л., 1988. – 168 с. – С. 118.
- ⁵³ *Малешин Д. Я.* Методология гражданского процессуального права / Д. Я. Малешин. – М. : Статут, 2010. – 208 с. – С. 56.

Резюме

Бондарева М. В. Спадщина як юридична категорія: поняття, склад, ознаки (ч. 1).

Стаття присвячена проблемі термінологічного оформлення категорії «спадщина». На підставі аналізу доктринальних положень, чинного законодавства автор досліджує категорію «спадщина» крізь призму її ознак, розглядає склад спадщини, межі цілісності й стабільності (незмінності) спадщини як комплексу прав та обов'язків.

Пропонується розглядати дві характеристики спадщини: правова сутність прав та обов'язків як елементів складу спадщини (часові характеристики належності їх особі у часі; якісні характеристики належності – на певному правовому титулі; здатність до «переходу» в порядку спадкового правонаступництва, неприпинення у зв'язку зі смертю спадкодавця), і особливий характер зв'язку елементів, що входять до складу спадщини (єдність (цілісність) спадщини, залежність її від балансу «активу» і «пасиву» у її складі, а також обмеженість спадщини).

Ключові слова: спадщина, склад спадщини, спадкове правонаступництво, ознаки спадщини.

Резюме

Бондарева М. В. Наследство как юридическая категория: понятие, состав, признаки (ч. 1).

Статья посвящена проблемам терминологического оформления категории «наследство». На основании анализа доктринальных положений, действующего законодательства автор исследует категорию «наследство» через призму ее признаков, рассматривает состав наследства, пределы целостности и стабильности (неизменности) наследства как комплекса прав и обязанностей.

Предлагается рассматривать две характеристики наследства: правовая сущность прав и обязанностей как элементов состава наследства (принадлежность их носителю во времени; качественная характеристика принадлежности – на определенном правовом титуле; способность к «переходу» в порядке наследственного правопреемства, не прекращение в связи со смертью наследодателя), особый характер связи элементов, которые входят в состав наследства (целостность) наследства, зависимость его от баланса «актива» и «пассива» в его составе, а также ограниченность наследства).

Ключевые слова: наследство, состав наследства, наследственное правопреемство, признаки наследства.

Summary

Bondareva M. Inheritance as a legal category: definition, composition, characteristics (p. 1).

The article is devoted to the problem of terminological determination of the category “inheritance”. On the basis of doctrine and current legislation the author examines the category of “inheritance” through its characteristics, analyzes the legacy, limits of integrity and stability of inheritance as a complex of rights and obligations.

Proceeding from the foregoing, we believe that there are two main characteristics of inheritance to consider while researching the nature of this category: the legal nature of rights and obligations as the elements of the legacy (their affiliation in time – affiliation during lifetime, affiliation at the moment of death; the qualitative affiliation – depending on the legal title; the ability of “transition” in accordance with the hereditary succession, continuation due to the death of the legator) and the unique character of the liaison of elements that are incorporated into the legacy (integrity of inheritance, dependence of the inheritance’s integrity on the balance of “asset” and “liability” in its composition, also timeframes of the inheritance).

Key words: inheritance, hereditary succession, characteristics of inheritance.

УДК 342.2

Г. О. ГАРО

Ганна Олександрівна Гаро, кандидат юридичних наук, адвокат, медіатор

ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ ІНОЗЕМНИХ СУДОВИХ РІШЕНЬ У СІМЕЙНИХ СПРАВАХ НА ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ ТА НІМЕЧЧИНИ (ЧАСТИНА ПЕРША: ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ)

Сьогодні Україна впевнено крокує до Європейської спільноти. Найчастіше у повсякденному житті українцям та громадянам Європи доводиться зустрічатись з процедурою визнання та виконання іноземних судових рішень на території України та навпаки.

Метою статті є загальна характеристика визнання та виконання іноземних судових рішень у сімейних справах на території України та Федеративної Республіки Німеччина, зокрема в цій частині загальних положень визнання та виконання рішень.

Питання визнання та виконання рішень іноземних судів у цивільних справах на території України досліджували українські вчені С. Я. Фурса, О. І. Євтушенко¹, Ю. Д. Притика². А детальне регулювання процедури визнання і виконання двох видів рішень іноземних судів в Україні, а саме тих, що підлягають примусовому виконанню, та тих, що не підлягають примусовому виконанню, закріплене у VIII розділі Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)³.

© Г. О. Гаро, 2016

Загалом як Україні, так і в Федеративній Республіці Німеччини (далі – ФРН), дія судового рішення, ухваленого (прийнятого) на території держави як акт публічної влади, поширюється виключно на її територію та в межах її юрисдикції. У ФРН порядок визнання та виконання іноземних судових рішень охоплює декілька рівнів. Насамперед це питання регулюється національним законодавством ФРН, зокрема положеннями Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК ФРН). Другий рівень становить система міжнародних договорів, які переважно передбачають більш спрощені процедури визнання та виконання судових рішень на території ФРН. Останню лінію системи являють собою норми права Європейського союзу, які визначають спеціальну систему взаємного визнання та виконання судових рішень країн членів союзу. Одним із найважливіших нормативно-правових актів у цій сфері є Регламент Ради ЄС № 44/2001 від 22 грудня 2000 р. про юрисдикцію, визнання та виконання рішень з цивільних та торгових (комерційних) справах⁴.

В Україні систему визнання та виконання іноземних судових рішень становлять норми національного законодавства та відповідні міжнародні договори. Відповідно до ст. 81 Закону України «Про міжнародне приватне право» в нашій країні можуть бути визнані та виконані рішення іноземних судів у справах, які виникають з цивільних, трудових, сімейних та господарських правовідносин, вироки іноземних судів у кримінальних справах у частині, що стосується відшкодування шкоди та заподіяних збитків, а також рішення іноземних арбітражів та інших органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних і господарських справ, що набрали законної сили⁵.

Відповідно до ст. 390 ЦПК України (умови визнання та виконання рішення іноземного суду, що підлягають примусовому виконанню):

– рішення іноземного суду (суду іноземної держави; інших компетентних органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних чи господарських справ; іноземних чи міжнародних арбітражів) визнаються та виконуються в Україні, якщо їх визнання та виконання передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності;

– у разі якщо визнання та виконання рішення іноземного суду залежить від принципу взаємності, вважається, що він існує, оскільки не доведено інше⁶.

Згідно зі ст. 391 ЦПК України рішення іноземного суду може бути пред'явлено до примусового виконання в Україні протягом трьох років з дня набрання ним законної сили, за винятком рішення про стягнення періодичних платежів, яке може бути пред'явлено до примусового виконання протягом усього строку проведення стягнення з погашенням заборгованості за останні три роки⁷.

Відповідно до ч. 2 ст. 396 ЦПК України, якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, такі випадки не передбачено, у задоволенні клопотання може бути відмовлено:

1) якщо рішення іноземного суду за законодавством держави, на території якої воно постановлено, не набрало законної сили;

2) якщо сторона, стосовно якої постановлено рішення іноземного суду, була позбавлена можливості взяти участь у судовому процесі через те, що їй не було належним чином повідомлено про розгляд справи;

3) якщо рішення ухвалене у справі, розгляд якої належить виключно до компетенції суду або іншого уповноваженого відповідно до закону органу України;

4) якщо ухвалене рішення суду України у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета і на тих же підставах, що набрало законної сили, або якщо у провадженні суду України є справа у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета і на тих же підставах до часу відкриття провадження у справі в іноземному суді;

5) якщо пропущено встановлений міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та цим Законом строк пред'явлення рішення іноземного суду до примусового виконання в Україні;

6) якщо предмет спору за законами України не підлягає судовому розгляду;

7) якщо виконання рішення загрожувало б інтересам України;

8) в інших випадках, встановлених законами України⁸.

Суд розглядає у визначених ними межах і не може входити в обговорення правильності цих рішень по суті, вносити до останніх будь-які зміни (п. 12 Постанови Пленуму Верховного суду України № 12 від 24 грудня 1999 р. «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України»)⁹.

Умови визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, майже ідентичні для рішення іноземного суду, що підлягає примусовому виконанню, якщо його визнання передбачено міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності (ч. 1 ст. 399 ЦПК України). Проте трирічного строку на протигагу для примусового виконання в Україні, для визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, не передбачено.

На сьогоднішній день між Україною та ФРН не підписано відповідних угод щодо двостороннього визнання та виконання рішень загальних судів. У зв'язку з цим рішення німецьких судів в Україні або українських на території ФРН визнаються та виконуються тільки за принципом взаємності, що значно ускладнює процес врегулювання спірних відносин.

Німецьке законодавство визнається у світі таким, що сприяє та в цілому заохочує виконання іноземних судових рішень на своїй території. При цьому законодавство Німеччини керується положеннями Регламенту

№ 44/2001 Ради ЄС про юрисдикцію, визнання і виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах, підписаного у Брюсселі 22 грудня 2000 р.¹⁰ та своїм Цивільним процесуальним кодексом (далі – ЦПК ФРН), де зазначені правові норми відображаються у параграфах 328, 722 та 723 ЦПК ФРН¹¹. Зазначені параграфи визначають умови визнання, підсудність справ щодо виконання та визнання, а також умови допуску до визнання й виконання іноземних судових рішень у ФРН:

«Section 328 Recognition of foreign judgments

(1) Recognition of a judgment handed down by a foreign court shall be ruled out if:

1. The courts of the state to which the foreign court belongs do not have jurisdiction according to German law;¹²»

Це означає, що судові рішення іноземної держави повинно мати достатньо підстав, щоб бути вирішеним саме вказаним судом іноземної держави, рішення якого надано до процедури визнання та виконання на території ФРН.

«2. The defendant, who has not entered an appearance in the proceedings and who takes recourse to this fact, has not duly been served the document by which the proceedings were initiated, or not in such time to allow him to defend himself;¹³»

Іншими словами, визнання рішення іноземного суду не допускається у випадках, коли відповідачу не було вчасно доставлено повідомлення про відкриття судової справи або в такі строки, які б дозволяли йому підготуватись належним чином до захисту своїх прав.

«3. The judgment is incompatible with a judgment delivered in Germany, or with an earlier judgment handed down abroad that is to be recognised, or if the proceedings on which such judgment is based are incompatible with proceedings that have become pending earlier in Germany;¹⁴»

Відповідно, судові рішення не повинно суперечити подібному рішення німецького суду у справі між тими ж сторонами, з того ж самого предмета або ж рішення іншого іноземного суду, які були раніше прийняті у цій самій справі та набрали законної сили.

«4. The recognition of the judgment would lead to a result that is obviously incompatible with essential principles of German law, and in particular if the recognition is not compatible with fundamental rights;¹⁵»

Дану норму слід розуміти так, що судові рішення не повинно суперечити основним принципам німецького законодавства. Які саме рішення розглядаються такими, що явно порушують основні положення німецького права, вирішується окремо в кожному конкретному випадку. Німецьке законодавство не містить спеціальних норм, які визначають певні критерії «невідповідності».

«5. Reciprocity has not been granted¹⁶».

«Section 723 Judgment for enforcement

(1) The judgment for enforcement is to be delivered without a review being performed of the decision's legality.

(2) The judgment for enforcement is to be delivered only once the judgment handed down by the foreign court has attained legal validity pursuant to the laws applicable to that court. The judgment for enforcement is not to be delivered if the recognition of the judgment is ruled out pursuant to section 328¹⁷».

Ця норма тлумачиться так, що ст. 723 ЦПК ФРН визначає, що судові рішення про допущення до виконання на території Німеччини не може бути прийнято, якщо згідно зі ст. 328 ЦПК ФРН визнання цього рішення не допускається (не виконано умови визнання).

Загалом основні моменти для визнання та виконання рішень іноземних судів в ФРН виглядають так:

– Судові рішення повинно набрати законної сили в країні його прийняття.

– Іноземне судові рішення для визнання його на території ФРН має бути прийнято уповноваженим іноземним судом в незалежному та справедливому процесі без перевірки рішення німецькою юстицією по суті.

– Немає строку для пред'явлення рішення до виконання.

Перелік документів до клопотання майже такий самий, як і в українському законодавстві. При цьому легалізація документів не вимагається, оскільки 22 грудня 2003 р. для України набула чинності Конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів, яку вчинено в Гаазі 5 жовтня 1961 року¹⁸. До переліку держав-учасниць цієї конвенції входить Федеративна Республіка Німеччина. Єдиною формальною процедурою є проставлення передбаченого ст. 4 апостилю компетентним органом держави, в якій документ був складений.

Як визначено у статті Андрія Навроцького, «визнання іноземних рішень у Німеччині у формі відокремленої цивільно-процесуальної процедури не передбачено німецьким законодавством. Визнання іноземного судового рішення в Німеччині вирішується як попереднє питання відповідною державною установою ФРН, що в свою чергу полегшує загальний обіг виконання судових рішень. Виключення з цього правила становить лише так звана «процедура підтвердження», завдяки якій кожна сторона іноземного судового процесу, має можливість підтвердити «здатність» або «нездатність» відповідного рішення іноземного суду бути визнаним на території Німеччини. Завдяки цій процедурі сторона у справі запобігає виникненню ситуації, що одне і те саме рішення німецькими судами може бути по різному розтлумачено, а також по різному вирішено питання визнання чи не визнання рішення на території Німеччини¹⁹».

Аналізуючи правові норми інститутів визнання та виконання іноземних судових рішень в обох країнах можна впевнено сказати про їхню спільну спорідненість. Порівняно з німецьким законодавством у сфері визнання та виконання іноземних судових рішень у відповідному українському законодавстві існують певні відмінності.

¹ Фурса С. Я. Цивільний процес: Проблеми і перспективи / С. Я. Фурса, О. І. Євтушенко. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2006. – С. 178.

² Притика Ю. Д. Визнання та виконання рішень іноземних судів та арбітражів в Україні / Ю. Д. Притика // Міжнародний цивільний процес України : навч. посіб. Практикум / за ред. доктора юрид. наук, професора С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2010. – С. 240.

³ Цивільний процесуальний кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua

⁴ Про підсудність та визнання й виконання рішень в цивільних та господарських справах : постанова ЄС від 22 грудня 2000 р. № 44/2001 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua

⁵ Про міжнародне приватне право: Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua

⁶ Цивільний процесуальний кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua

⁷ Там само.

⁸ Там само.

⁹ Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» : постанова Пленуму Верховного суду України № 12 від 24 грудня 1999 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua

¹⁰ Регламент № 44/2001 Ради ЄС про юрисдикцію, визнання і виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах, підписаного у Брюсселі 22 грудня 2000 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua

¹¹ Цивільний процесуальний кодекс Федеративної республіки Німеччини / Zivilprozessordnung : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html

¹² Там само.

¹³ Там само.

¹⁴ Там само.

¹⁵ Там само.

¹⁶ Там само.

¹⁷ Там само.

¹⁸ Конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів, яку вчинено в Гаазі 5 жовтня 1961 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua

¹⁹ Навроцький А. Основні засади визнання та виконання іноземних судових рішень у Федеративній Республіці Німеччина / Андрій Навроцький // Юридичний журнал. – 2007. – № 1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2522>

Резюме

Гаро Г. О. Визнання та виконання іноземних судових рішень у сімейних справах на території України та Федеративної Республіки Німеччина (частина 1: загальні положення визнання та виконання рішень).

У даній статті здійснено характеристику правового регулювання процедури визнання і виконання двох видів рішень іноземних судів в Україні, а саме тих, що підлягають примусовому виконанню, та тих, що не підлягають примусовому виконанню. Визначено специфіку системи правового регулювання визнання та виконання іноземних судових рішень у Федеративній Республіці Німеччина. Зроблено висновок про спільну спорідненість порядку визнання та виконання іноземних судових рішень в обох країнах, при цьому підкреслено наявність певних відмінностей.

Ключові слова: визнання і виконання рішень іноземних судів в Україні, що підлягають примусовому виконанню, не підлягають примусовому виконанню, Цивільний процесуальний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс Федеративної Республіки Німеччина.

Резюме

Гаро А. А. Признание и исполнение иностранных судебных решений по семейным делам на территории Украины и Федеративной Республики Германия (часть 1: общие положения признания и исполнения решений).

В данной статье осуществлена характеристика правового регулирования процедуры признания и исполнения двух видов решений иностранных судов в Украине, а именно: подлежащих принудительному исполнению, и тех, которые не подлежат принудительному исполнению. Определена специфика системы правового регулирования признания и исполнения иностранных судебных решений в Федеративной Республике Германия. Сделан вывод о совместной схожести порядка признания и исполнения иностранных судебных решений в обеих странах, при этом подчеркнута наличие определенных различий.

Ключевые слова: признание и исполнение решений иностранных судов в Украине, подлежащие принудительному исполнению, не подлежащие принудительному исполнению, Гражданский процессуальный кодекс Украины, Гражданский процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия.

Summary

Garó H. Recognition and enforcement of foreign judgments on family affairs in Ukraine and Germany (part 1: general provisions for recognition and enforcement of judgements).

In this article legal regulation of the procedure for recognition and enforcement of two types of foreign court judgments in Ukraine, namely those subject to compulsory enforcement and those not subject to enforcement, is outlined. The specificity of the system of legal regulation of recognition and enforcement of foreign judgments in the Federal Republic of Germany has been determined. The conclusion on correlations between the procedures for the recognition and enforcement of foreign judgements in both countries has been drawn. It has been also stressed that there are certain differences.

Key words: recognition and enforcement of foreign court judgments in Ukraine, subject to enforcement, not subject to enforcement, the Civil Procedural Code of Ukraine, the Civil Procedural Code of the Federal Republic of Germany.

Х. А. ДЖАВАДОВ

Хикмет Аловсат оглы Джавадов, кандидат юридических наук, научный сотрудник Института государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины

ЗНАЧЕНИЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ РЕСУРСОВ ДЛЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Эффективность гражданского судопроизводства находится в центре внимания отечественных и зарубежных ученых. В частности, вопросы эффективности исследуются в трудах таких авторов как М. А. Плюхина, С. Ф. Демченко, С. А. Жинкин, С. А. Короед, А. В. Цихоцкий и многих других. Вместе с тем, не все аспекты этой проблемы получили достаточное освещение в науке. В частности, целью этой статьи является исследование значения ресурсов, используемых в гражданском судопроизводстве, для его эффективности.

Л. Н. Москвич замечает, что оптимальной является судебная система, в которой, среди прочего, придерживается разумность материальных и временных затрат для вынесения справедливого решения¹. Весьма справедливой и обоснованной представляется позиция С. В. Бажанова, отстаивающего точку зрения о том, что нельзя отрывать вопрос эффективности правовой нормы, представляющей собой меру должного поведения, от тех затрат, которые связаны с ее поддержанием, с достижением предусмотренного ею результата (имеются в виду не только материальные затраты, но и траты человеческой энергии, времени, всевозможные моральные и идейно-политические издержки)². Оставив в стороне спорность оценки непосредственно нормы либо ее реализации, обратим внимание на то, что проблемы ресурсоемкости судопроизводства являются не менее актуальными для общества, чем проблемы его справедливости. По замечанию ученых современное гражданское судопроизводство не должно сосредотачиваться только на точных и законных решениях, но должно также учитывать время и затраты, необходимые для решения дела³. С. А. Курочкиным обосновывается целесообразность использования экономической эффективности, представляющей собой соотношение результата и затрат на его получение. При этом основными факторами экономического характера, определяющими выбор той или иной формы защиты права, являются размер спорного требования (цель – предполагаемый результат) и расходы, которые сторонам необходимо понести для разрешения дела (затраты на получение результата)⁴.

Ресурсы поглощаются процессуальной деятельностью, воплощаются в ней, становятся ее имманентной составляющей. Процессуальная деятельность и ее результат содержат в себе использованные ресурсы, и, соответственно, могут быть оценены в контексте своей ресурсоемкости, т.е. объема поглощенных ресурсов. Таким образом, ресурсы, используемые в гражданском судопроизводстве, представляют собой фактор, оказывающий существенное воздействие на его эффективность и поэтому заслуживающий отдельного внимания. Непосредственную связь процессуальных ресурсов и эффективности отмечают В. Б. Вершинин, С. А. Жинкин, И. Л. Петрухин, А. В. Цихоцкий. Поддерживая такой подход, заметим, что ресурсоемкость судопроизводства – оборотная сторона его качества. Усовершенствование деятельности по отправлению правосудия не может не принимать во внимание цену оптимизации. Однако, исследованию собственно ресурсоемкости судопроизводства уделяется явно недостаточно внимания. При наличии научных работ, посвященных судебным расходам, срокам, материально-техническому и кадровому обеспечению судебной власти, доступности судопроизводства и иным аспектам, связанным с его ресурсоемкостью, работ, содержащих системный анализ взаимосвязи общественной стоимости судопроизводства с поставленными целями и достигнутыми результатами немного. В том числе заслуживают более пристального внимания и проблемы эффективности судопроизводства, связанные с его ресурсоемкостью.

В толковом словаре слово «ресурс» раскрывается как: 1. Запасы, источники чего-нибудь. 2. Средство, к которому обращаются в необходимом случае⁵.

Исследователи гражданского процесса упоминают о ресурсах, необходимых для судопроизводства, однако, достаточной мерой не раскрывают этого понятия.

Анализ научной литературы свидетельствует о том, что понятие «ресурс» при исследовании гражданского судопроизводства используется в различных контекстах.

Так, например, современные ученые, полемизируя о справедливом и правильном распределении ресурсов суда, полагают, что система должна снизить общую стоимость и время судопроизводства⁶.

И. Л. Петрухин подчеркивает значение материальных ресурсов, объем которых должен покрывать издержки судебной системы⁷.

Немецкие процессуалисты указывают на разумное использование человеческих ресурсов при выборе особого порядка рассмотрения некоторых споров⁸.

А. В. Цихоцкий упоминает о материальных ресурсах, рассматривая их довольно широко (люди, средства, здания, техника и др.), а также о трудовых (кадровых) ресурсах. Отдельно отмечает автор судейскую способность – особой вид человеческого ресурса судьи, составляющий ядро судейского потенциала⁹.

С. А. Жинкин, обращаясь к утилитарному аспекту эффективности права, говорит о наступлении предписываемых правовых последствий, изменений в социальной, экономической, политической жизни с наименьшими потерями времени, материальных и организационных ресурсов¹⁰.

В. Б. Вершинин анализирует роль финансовых, организационных, информационных, временных, человеческих и иных ресурсов, связанных с разбирательством юридических дел в суде и исполнением судебных актов¹¹.

Е. Сыздыков приводит следующий перечень процессуальных ресурсов: время, усилия, материальные средства суда¹².

И. В. Харламова упоминает о временных, материальных и процессуальных ресурсах как о факторах, характеризующих деятельность по собиранию доказательств¹³.

В. С. Анохин, оценивая введение в гражданский процесс института досудебного урегулирования разногласий или института досудебного раскрытия всех доказательств, в качестве преимуществ указывает, что не потребуются дополнительные финансовые, материальные или кадровые ресурсы¹⁴.

Исследование электронной формы подачи документов в суд проводится И. В. Решетняком в контексте использования человеческих, трудовых и финансовых ресурсов¹⁵.

Е. Ю. Догадайло обосновывает тезис об ограниченности временных ресурсов в юридическом процессе¹⁶.

Обобщая представленные позиции, мы приходим к выводу о том, что использование понятия процессуальных ресурсов обусловлено объективной необходимостью отображения в науке гражданского процесса самостоятельного и качественно своеобразного явления процессуальной действительности – активов (источников, запасов, средств), которые используются судопроизводством для непосредственного обеспечения реализации нормативных предписаний в процессуальной деятельности.

Некоторые высказанные в науке суждения могут быть истолкованы в русле отождествления процессуальных ресурсов и процессуальных средств. Например, А. В. Юдин приходит к выводу, что непредставление доказательств заинтересованным лицом, неявка в судебное заседание, оформление процессуальных документов ненадлежащим образом влечет неэкономичное расходование процессуальных ресурсов, т. к. суд оказывается вынужденным в силу закона восполнять упущения в поведении такой стороны, например, путем активизации собственных усилий в доказательственной деятельности (разумеется, в установленных законом пределах), путем отложения судебных заседаний с повторением извещения заинтересованного лица и др.¹⁷. В другой работе С. Ю. Давидян и А. В. Юдин непосредственно используют понятие процессуальных ресурсов в качестве синонима процессуальных средств¹⁸.

Такую позицию мы поддержать не можем. По нашему мнению имеет существенное значение то, что изначально ресурсы являются внешними для судопроизводства явлениями. Называя явление процессуальным ресурсом, мы указываем на то, что те или иные активы используются, исполняют роль ресурса, т.е. в системе процессуальной деятельности квалифицируются как ресурс. В этом содержится существенное отличие процессуальных ресурсов от процессуальных средств, так как процессуальные средства – категория сугубо внутренних, реализующаяся исключительно в судопроизводстве.

Таким образом, мы предлагаем определять процессуальные ресурсы как какие-либо активы, используемые для реализации нормативных предписаний в процессуальной деятельности по рассмотрению и разрешению гражданских дел судом.

Заметим, что в науке уголовного процесса представлено довольно широкое толкование рассматриваемого нами понятия. Например, И. Е. Адаменко относит к ресурсам уголовного судопроизводства человеческие ресурсы, культурно-историческое и духовно-нравственное наследие¹⁹, а В. И. Паньшин – надындивидуальные свойства уголовного судопроизводства, например, его нравственность²⁰. Подобное направление научной мысли заслуживает всесторонней поддержки, а выводы могут быть применены также и в сфере гражданского процесса. Поэтому следует признать, что гражданское судопроизводство использует довольно широкий круг самых разнообразных и качественно разнородных ресурсов. Как процессуальный ресурс может быть квалифицирован любой вид активов, используемый в гражданском судопроизводстве. Прежде всего, к процессуальным ресурсам должны быть отнесены финансовые средства и материальные ценности; время; усилия, знания, профессиональные навыки и работа и т.д.

Процессуальные ресурсы подлежат регулированию нормами гражданского процессуального права в том объеме, в котором используются в гражданском судопроизводстве. Так, весьма своеобразно урегулирован человеческий ресурс. Гражданское процессуальное законодательство регулирует усилия, знания, работу, профессиональные навыки, производительность труда достаточно опосредованно. Представляется, что значительную роль в этом имеет влияние законодательства о судостроительстве, об адвокатуре, трудовое законодательство и т.д., создающего достаточную нормативную базу правовой деятельности. Поэтому гражданское процессуальное право лишь незначительно корректирует нормативные правила использования человеческого ресурса. Например, можно указать на характерные нормы относительно единоличного и коллегиального рассмотрения дел, состава суда, представительства. Во то же время человеческий ресурс является весьма специфическим ввиду значительных сложностей в измерении, описании, стандартизации. Поэтому как регулирование, так и изучение его роли в эффективности судопроизводства весьма фрагментарно и вряд ли целесообразно в рамках науки гражданского процессуального права. Представляется, что по большей части проблемы исследования влияния использования человеческого ресурса на эффективность судопроизводства составляют предмет других правовых отраслей и смежных неправовых наук.

Однако, такие ресурсы как время и денежные средства урегулированы гражданским процессуальным законодательством более полно. Правовое регулирование использования времени отображается в институте процессуальных сроков, а денежных средств – в институте судебных расходов. Полагаем, что материальные средства (деньги) и время, необходимые для судебного разбирательства, являются основными ресурсами гражданского судопроизводства. При этом, несмотря на различие в природе этих двух названных ресурсов, по нашему мнению, их роль в гражданском судопроизводстве сходна.

Таким образом, ресурсоемкость представляет собой отношение затраченного количества того или иного ресурса к оптимальному его объему. Значительное потребление ресурсов (времени, средств) способно стать непреодолимым препятствием в достижении цели, обесценить результат, даже если он формально соответствует поставленной цели. Так, чрезмерная длительность судебного рассмотрения либо его излишне высокая стоимость способны уничтожить интерес к достижению цели. Ресурсы (деньги, время) имплементируются в цели и результаты судопроизводства, формируя соответствующие аспекты их содержания, поэтому соразмерность затраченных ресурсов представляет собой условие эффективности в понимании соответствия результата поставленной цели. Однако, влияние затраченного времени и судебных расходов на эффективность судопроизводства подлежит самостоятельному изучению.

¹ Москвич Л. Н. Основы концепции оценки эффективности функционирования судебной системы / Юридическая наука. – 2013. – № 2. – С. 18–22. – С. 22.

² Бажанов С. В. Стоимость уголовного процесса : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09 / Бажанов Станислав Васильевич. – Нижний Новгород, 2002. – 58 с. – С. 29.

³ Гражданский процесс в межкультурном диалоге: Евразийский контекст: Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права, 18–21 сентября 2012 г., Москва, Россия: Сборник докладов / Под ред. д.ю.н. Д. Я. Малешина; Международная ассоциация процессуального права. – М.: Статут, 2012. – 720 с. – С. 150.

⁴ Курочкин С. А. Об условиях эффективного действия норм гражданского процессуального права / Арбитражный и гражданский процесс. – 2012. – № 9. – С. 41–46.

⁵ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В. В. Виноградова. – 4-е изд., дополненное – М.: ООО «ИТИ Технологии», 2007. – 944 с. – С. 667.

⁶ Гражданский процесс в межкультурном диалоге: Евразийский контекст: Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права, 18–21 сентября 2012 г., Москва, Россия: Сборник докладов / Под ред. д.ю.н. Д. Я. Малешина; Международная ассоциация процессуального права. – М.: Статут, 2012. – 720 с. – С. 150.

⁷ Петрухин И. Л., Батуров Г. П., Морщакова Т. Г. Теоретические основы эффективности правосудия. – М.: Наука, 1979. – 392 с. – С. 192–194.

⁸ Арехфельд В. Упрощенное производство в гражданском праве ФРГ / пер. Г. А. Борисов // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2014. – № 1. – С. 96–111. – С. 96.

⁹ Цихоцкий А. В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Цихоцкий Анатолий Викторович ; Сибирский университет потребительской кооперации. – Новосибирск, 1998. – 612 с. – С. 226–229, 289–290.

¹⁰ Жинкин С. А. Эффективность права : антропологическое и ценностное измерение : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. / Жинкин Сергей Алексеевич; Кубанский государственный университет. – Краснодар, 2009. – 401 с. – С. 88.

¹¹ Вершинин В. Б. Судебная защита как комплексный институт российского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Вершинин Вадим Борисович ; СГАП. – Саратов, 2011. – 33 с. – С. 13.

¹² Сыздыков Е. Баланс процессуальных интересов / <http://all-docs.ru/index.php?page=7&vi1=35709459.000>

¹³ Харламова И. В. Цели судопроизводства и условия их достижения арбитражным судом кассационной инстанции : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Харламова Ирина Вячеславовна ; МГЮА. – Москва, 2005. – 206 с. – С. 87.

¹⁴ Анохин В. С. Концептуальные вопросы общей части нового гражданского процессуального кодекса Российской Федерации / Вестник ВГУ. Серия: Право. – 2015. – № 3. – С. 52–66. – С. 57.

¹⁵ Решетняк И. В. Электронная форма подачи документов в суд (опыт зарубежного гражданского судопроизводства) / Адвокат. – 2013. – № 4. – С. 62–70.

¹⁶ Догадайло Е. Ю. Модернизация временных параметров правоприменительной деятельности в российской федерации: влияние европейской практики / Вестник Волгоградского государственного университета. – 2013. – № 2 (19). – С. 61–66. – С. 61.

¹⁷ Юдин А. В. Широкое и узкое понимание категорий «добросовестность» и «злоупотребление правом» в гражданском судопроизводстве / Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право». – 2014. – № 1 (13) – С. 39–44. – С. 41.

¹⁸ Давидян С. Ю., Юдин А. В. Ускоренное судебное разбирательство как средство противодействия злоупотреблению процессуальными правами / Правоведение. – 2007. – № 1. – С. 129–135. – С. 134.

¹⁹ Адаменко И. Е. К вопросу о ресурсах уголовного судопроизводства / Теория и практика общественного развития. – 2015. – Выпуск № 18 / <http://teoria-practica.ru/vipusk-18-2015/>

²⁰ Паньшин В. И. К вопросу о ресурсах отечественного уголовного судопроизводства как компоненте организационно-правового механизма обеспечения национальной безопасности / Пробелы российского законодательства. – 2013. – № 2. – С. 184–187. – С. 185.

Резюме

Джавадов Х. А. Значения процессуальных ресурсов для эффективности гражданского судопроизводства.

Статья посвящена исследованию процессуальных ресурсов и их значения для эффективности гражданского судопроизводства. Автор анализирует различные подходы к определению понятия процессуальных ресурсов, представленные в научной литературе. Обосновано

вугється об'єктивна необхідність використання категорії процесуальних ресурсів у науці цивільного процесу. Розкривається зміст процесуальних ресурсів і розглядаються основні їх види. Доводиться, що співмірність витрачених ресурсів є умова ефективності в розумінні відповідності результату поставленої мети.

Ключові слова: громадянське судочинство, процесуальні ресурси, ефективність, судові витрати, процесуальні строки.

Резюме

Джавадов Х. А. Значение процессуальных ресурсов для эффективности гражданского судопроизводства.

Статья посвящена исследованию процессуальных ресурсов и их значения для эффективности гражданского судопроизводства. Автор анализирует различные подходы к определению понятия процессуальных ресурсов, представленные в научной литературе. Обосновывается объективная необходимость использования категории процессуальных ресурсов в науке гражданского процесса. Раскрывается содержание процессуальных ресурсов и рассматриваются основные их виды. Доказывается, что соразмерность затраченных ресурсов представляет собой условие эффективности в понимании соответствия результата поставленной цели.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, процессуальные ресурсы, эффективность, судебные расходы, процессуальные сроки.

Summary

Javadov H. Value of procedural resources for efficiency of civil legal proceedings.

Article is devoted to research of procedural resources and their values for efficiency of civil legal proceedings. The author analyzes various approaches to definition of concept of procedural resources presented in scientific literature. Objective need of use of category of procedural resources for science of civil process locates. The maintenance of procedural resources reveals and their main types are considered. It is proved that harmony of the spent resources represents an efficiency condition in understanding of compliance of result of a goal.

Key words: civil legal proceedings, procedural resources, efficiency, court costs, procedural terms.

УДК 346.2:347.2:35.073

А. М. ЗАХАРЧЕНКО

Андрій Миколайович Захарченко, кандидат юридичних наук, доцент Донецького національного університету

ЩОДО ПЕРЕДАЧІ В ОРЕНДУ ЦІЛІСНИХ МАЙНОВИХ КОМПЛЕКСІВ ДЕРЖАВНИХ ПІДПРИЄМСТВ ТА ЇХ СТРУКТУРНИХ ПІДРОЗДІЛІВ

Однією з важливих складових управління об'єктами державної власності є забезпечення господарсько-використання таких об'єктів шляхом передачі їх в оренду суб'єктам господарювання. До числа об'єктів, що передаються в оренду, належать і цілісні майнові комплекси (далі – ЦМК) державних підприємств та їх структурних підрозділів. Станом на 1 січня 2016 р. серед чинних договорів оренди, укладених органами Фонду державного майна України, обліковуються 91 договір оренди ЦМК державних підприємств та 31 договір оренди ЦМК структурних підрозділів таких підприємств¹. Разом із тим при передачі в оренду цієї категорії об'єктів державної власності на практиці виникає низка проблем, що зачіпають як інтереси держави-власника, так і суб'єктів господарювання – орендарів.

Правова основа передачі в оренду ЦМК державних підприємств і їх структурних підрозділів загалом є сформованою, але не позбавленою прогалин і протиріч. Зокрема, це стосується положень законодавства щодо умов та порядку передачі ЦМК в оренду господарським товариствам, створеним членами трудових колективів державних підприємств.

Правові питання передачі в оренду ЦМК державних підприємств та їх структурних підрозділів раніше розглядалися багатьма науковцями. Зокрема, ці питання охоплювались предметом дисертаційних досліджень М. В. Мороза², В. В. Мусієнка³, Ю. О. Серебрякової⁴, І. В. Сухоставець⁵ та ін. Між тим низка проблемних аспектів залишилась поза увагою науковців, а окремі положення потребують перегляду й уточнення, з урахуванням останніх змін у законодавстві та практики його застосування.

Вищевикладене свідчить про актуальність зазначених питань та доцільність їх додаткового дослідження.

Метою цієї статті є обґрунтування пропозицій щодо уточнення умов і порядку передачі в оренду ЦМК державних підприємств та їх структурних підрозділів.

Від часу прийняття Закону України «Про оренду державного та комунального майна» (далі – Закон про оренду)⁶, який передбачив можливість передачі в оренду різних об'єктів державної власності, державою набуто як позитивний, так і негативний досвід такої передачі. При цьому, якщо доцільність передачі в оренду окремих нерухомих об'єктів (будівель, споруд, приміщень), які з різних причин не використовуються державними підприємствами (установами, організаціями), сумнівів не викликає, то питання щодо того, яких

результатів прагне досягти держава, передаючи в оренду ЦМК державних підприємств і їх структурних підрозділів, однозначної відповіді не має. При пошуку відповіді на це питання вбачається, що одержання державою бюджетних надходжень від орендної плати за використання цієї категорії об'єктів навряд чи можна вважати основним із таких результатів. Адже розмір доходу, що одержується орендарем внаслідок використання ЦМК, за нормальних умов господарювання перевищує розмір орендної плати, яка надходить державі (в іншому випадку взяття ЦМК в оренду було б для орендаря економічно не вигідним). А відтак, можна припустити, що у разі належної організації та здійснення господарської діяльності такий же дохід може бути одержаний самим державним підприємством і без передачі в оренду його ЦМК, з подальшим спрямуванням частини чистого прибутку (доходу) до Державного бюджету.

Практична значущість порушеного питання посилюється тим, що у ряді випадків, уклавши договори оренди певних ЦМК, органи державної влади через деякий час визнають, що така форма використання цих об'єктів для держави виявилась не вигідною, а обсяг надходжень від орендної плати є нерозмірно меншим порівняно з прибутками, що одержуються орендарем. Зокрема, така ситуація мала місце при оцінці на державному рівні наслідків передачі в оренду ЦМК Іршанського і Вільногірського гірничо-збагачувальних комбінатів⁷.

З урахуванням цього з'являються підстави стверджувати, що передача в оренду ЦМК є доцільною для держави лише у тих випадках, якщо в ході виконання договорів оренди досягається позитивний економічний і соціальний ефект, який не можна одержати у разі продовження використання ЦМК без передачі їх в оренду. Такий ефект може проявлятися, зокрема, у погашенні значної кредиторської заборгованості підприємства, ЦМК якого передано в оренду, забезпеченні технічного розвитку, переоснащення та відновлення ЦМК, модернізації й розширення виробництва, створення нових робочих місць внаслідок взяття та виконання орендарем інвестиційних зобов'язань у разі, якщо відповідні заходи не можуть бути здійснені самим державним підприємством через нестачу фінансових ресурсів та інші чинники.

Можливість взяття орендарем додаткових інвестиційних зобов'язань передбачено окремими нормативно-правовими актами з питань оренди державного майна (п. 5 Порядку проведення конкурсу на право оренди державного майна⁸; п. 3 Порядку надання Кабінетом Міністрів України згоди на передачу в оренду цілісних майнових комплексів державних підприємств⁹ та ін.), і певний досвід укладення договорів оренди з інвестиційними зобов'язаннями вже напрацьовано. Наприклад, умови передачі в оренду ЦМК державного підприємства «Добропіллявугілля» передбачали здійснення орендарем капітальних вкладень в оновлення і реконструкцію основних фондів у розмірі не менше 2 млрд грн тощо¹⁰.

Разом з тим нині взяття орендарями інвестиційних зобов'язань за договорами оренди ЦМК державних підприємств (їх структурних підрозділів) є не загальнообов'язковим, що створює передумови для укладення договорів, відповідно до яких орендарі лише експлуатують такі об'єкти, відновлюючи основні фонди виключно в межах амортизаційних відрахувань.

У зв'язку з вищевказаним доцільно встановити загальне правило, згідно з яким ЦМК державних підприємств (їх структурних підрозділів) можуть передаватися в оренду лише за умови взяття орендарями відповідних інвестиційних зобов'язань, зміст яких повинен визначатися уповноваженими органами, у сфері управління яких перебувають ЦМК, на етапі прийняття рішень про передачу таких об'єктів в оренду, та враховуватися в умовах договорів оренди.

Окрему увагу необхідно приділити питанням передачі ЦМК державних підприємств в оренду господарським товариствам, створеним членами трудових колективів таких підприємств, оскільки за чинним законодавством відповідне господарське товариство, у статутному (складеному) капіталі якого частка внесків членів трудового колективу становитиме понад 50 відсотків, має переважне перед іншими фізичними та юридичними особами право на укладення договору оренди ЦМК підприємства (його структурного підрозділу), де створене це товариство (ч. 2, 3 ст. 7, ч. 4 ст. 8 Закону про оренду).

Надання зазначеним господарським товариствам такого права загалом заслуговує підтримки, оскільки це сприяє реалізації конституційних положень щодо забезпечення державою соціальної спрямованості економіки, створює умови для підвищення заінтересованості працівників у результативній господарській діяльності на базі орендованого майна і є своєрідною компенсацією працівникам за їх трудовий внесок у розвиток підприємства. Однак багато аспектів стосовно участі трудових колективів у відносинах оренди таких об'єктів державної власності є проблемними, що проявляється в наступному.

Раніше чинною редакцією Закону про оренду чітко визначалось, що укладення договору оренди майна державного підприємства (його структурного підрозділу) з іншими фізичними та юридичними особами здійснюється за умови відсутності заяви господарського товариства, створеного трудовим колективом підприємства (його структурного підрозділу) про намір орендувати ЦМК підприємства (структурного підрозділу). У разі відсутності такої заяви господарського товариства орендар визначається орендодавцем на конкурсних засадах. Проте у квітні 2011 р. ці положення Закону зазнали змін. Нині, закріплюючи переважне право зазначених господарських товариств на укладення договору оренди ЦМК, Закон не дає прямої відповіді на питання стосовно того, чи зобов'язаний орендар оголошувати та проводити конкурс на право оренди у випадку подання господарським товариством вищевказаної заяви (натомість лише передбачено, що заява господарського товариства про намір скористатися переважним правом на укладення договору оренди подається орендодавцю до проведення конкурсу на право оренди цього майна) (ч. 4 ст. 8). Разом із тим чинною постановою Кабінету Міністрів України від 2 квітня 2008 р. № 313 «Про заходи щодо удосконалення управ-

ліній об'єктами державної власності» встановлено, що суб'єкти управління об'єктами державної власності можуть приймати рішення про укладення нових договорів оренди ЦМК державних підприємств з визначенням орендаря виключно на конкурсних засадах¹¹.

Як наслідок, застосування наведених положень законодавства супроводжується виникненням спорів між суб'єктами управління-орендодавцями та господарськими товариствами, створеними членами трудових колективів державних підприємств, а судова практика вирішення цих спорів є неоднозначною. В одних випадках суди визнають, що такі господарські товариства мають переважне право перед іншими фізичними та юридичними особами на укладення договору оренди ЦМК без проведення конкурсу¹², а в других виходять з того, що проведення конкурсу все ж є обов'язковим¹³.

При зіставленні таких правових позицій вбачається, що проведення конкурсу на право оренди ЦМК у разі попереднього подання заяви про оренду господарськими товариствами, спеціально створеними трудовими колективами для набуття в оренду цих об'єктів, концептуально не узгоджується з самою ідеєю про надання таким товариствам переважного права на укладення договору оренди, оскільки при проведенні конкурсів ці господарські товариства можуть взяти у них участь лише на загальних засадах, конкуруючи з іншими потенційними орендарями.

З урахуванням цього, для забезпечення можливості безперешкодної реалізації цими господарськими товариствами наданого їм переважного права, варто поновити дію раніше закріпленого законодавством правила щодо позаконкурсного укладення договорів оренди ЦМК із вказаними господарськими товариствами.

Водночас необхідно звернути увагу, що згідно з чинними законоположеннями рішення трудового колективу підприємства (його структурного підрозділу) про оренду ЦМК вважається прийнятим, якщо за нього проголосувало більше половини членів трудового колективу підприємства (його структурного підрозділу). Однак вимог щодо мінімальної кількості працівників підприємства, які повинні виступити учасниками створюваного господарського товариства, а також щодо розподілу між учасниками часток у статутному капіталі законодавство не містить. Передбачено лише, що частка внесків членів трудового колективу має становити відповідно до статуту товариства більш як 50 відсотків (ч. 1, 2, 4 ст. 8 Закону про оренду). У результаті на практиці мають місце випадки, коли переважна частина у статутному капіталі товариства належить невеликому колу осіб (як правило, колишнім керівникам відповідного державного підприємства та пов'язаним з ними особам, заздалегідь введеним до складу працівників), які повністю контролюють діяльність заснованого товариства і можуть приймати управлінські рішення всупереч інтересам трудового колективу¹⁴.

Обмежень стосовно входження до складу учасників заснованого господарського товариства інших фізичних осіб та господарських організацій законодавством не передбачено. Внаслідок цього через деякий час після створення товариства право вирішального контролю над його діяльністю можуть набувати особи, які не є членами трудового колективу. Так, у 2008 р. працівниками ВП «Шахта «Білозерська» ДП «Добропіллявугілля» для укладення відповідного договору оренди було створено Товариство з додатковою відповідальністю «Шахта «Білозерська». А вже у 2011 р. 89,03 % статутного капіталу вказаного товариства належало ТОВ «Екойл»¹⁵.

Така практика хоч і не суперечить законодавству, проте навряд чи відповідає цілям, які початково ставились органом законодавчої влади при закріпленні переважного права господарських товариств, створених членами трудових колективів державних підприємств, на набуття в оренду ЦМК у позаконкурсному порядку.

Частковому зниженню ризиків, пов'язаних з можливістю порушення інтересів держави та членів трудових колективів державних підприємств, ЦМК яких передаються в оренду у вказаний спосіб, може сприяти встановлення правил, згідно з якими: 1) засновники господарського товариства зобов'язані бути держателями належних їм акцій (часток) у статутному капіталі товариства не менш як два роки після укладення договору оренди; 2) у разі якщо до складу учасників створеного господарського товариства-орендаря увійшло менше половини працівників трудового колективу державного підприємства (його структурного підрозділу), рішення вищого органу товариства з окремих найбільш важливих питань його діяльності (визначення основних напрямів діяльності, внесення змін до статуту, розподіл прибутку і збитків, вчинення значних правочинів) мають погоджуватись з уповноваженим виборним органом трудового колективу.

Ще одним проблемним аспектом передачі в оренду ЦМК господарським товариствам, створеним членами трудових колективів державних підприємств, є недосконалий порядок прийняття рішень про таку передачу суб'єктами управління об'єктами державної власності. А саме, існуючий порядок не виключає виникнення випадків, коли після прийняття членами трудового колективу державного підприємства рішення про оренду ЦМК та заснування ними для цього господарського товариства орган, уповноважений управляти державним майном, відмовляє такому товариству в укладенні договору оренди. Правомірність такої відмови підтверджено судовою практикою¹⁶.

З одного боку, надання органам, уповноваженим управляти об'єктами державної власності, права на відмову в укладенні договору оренди (ч. 3–4 ст. 9 Закону про оренду), є обґрунтованим, оскільки саме ці органи як представники власника повинні прогнозувати можливі позитивні та негативні наслідки здійснення певних операцій з державним майном і забезпечити його ефективне використання у найбільш оптимальний спосіб відповідно до завдань галузі. З іншого боку, прийняття цими органами рішень про відмову у наданні згоди на укладення договору оренди після створення членами трудового колективу господарського товариства призводить до порушення інтересів останніх, оскільки всі їх дії щодо заснування вказаного товариства виявляються такими, що не мали сенсу, і новостворене товариство не в змозі розпочати господарську діяльність.

Вищезазначене свідчить про доцільність уточнення існуючого порядку вирішення питань про надання в оренду ЦМК за участю членів трудових колективів на основі збалансування їх інтересів з інтересами держави як власника. Виходячи з цього, можна запропонувати таку послідовність вирішення цих питань:

- 1) прийняття трудовим колективом державного підприємства (структурного підрозділу) рішення про оренду ЦМК та подання цього рішення уповноваженому органу управління державним майном;
- 2) прийняття уповноваженим органом попереднього рішення щодо можливості передачі ЦМК в оренду та умов такої передачі (у тому числі розміру статутного капіталу господарського товариства-орендаря);
- 3) створення комісії з передачі в оренду майна державного підприємства у складі представників трудового колективу підприємства, органу, уповноваженого управляти державним майном, ФДМУ, Антимонопольного комітету України та за необхідності – інших органів;
- 4) підготовка комісією та узгодження заінтересованими сторонами проекту договору оренди ЦМК (включаючи економічні й соціальні умови діяльності, яких має додержуватись майбутній орендар);
- 5) прийняття членами трудового колективу державного підприємства рішення про створення господарського товариства-майбутнього орендаря;
- 6) укладання договору оренди ЦМК із створеним господарським товариством.

Запровадження запропонованого підходу до передачі ЦМК державних підприємств (їх структурних підрозділів) в оренду господарським товариствам, заснованим членами трудових колективів, сприятиме попередженню розглянутих проблем та допоможе створити умови для більш ефективного господарського використання таких об'єктів державної власності.

Узагальнення викладеного вище дає підстави дійти висновку, що передача в оренду ЦМК державних підприємств та їх структурних підрозділів може стати однією з реальних альтернатив масовій приватизації таких об'єктів, що варто врахувати при визначенні напрямів державної політики у сфері управління об'єктами державної власності. Водночас є доцільним:

1) встановлення правила, згідно з яким ЦМК державних підприємств (їх структурних підрозділів) можуть передаватись в оренду лише за умови взяття орендарями інвестиційних зобов'язань, виконання яких має наслідком досягнення позитивних економічних і соціальних результатів, що не можуть бути досягнуті у разі продовження використання ЦМК самими державними підприємствами;

2) забезпечення позаконкурсною передачею в оренду ЦМК господарським товариствам, створеним членами трудових колективів відповідних державних підприємств (їх структурних підрозділів), з одночасним запровадженням механізмів, спрямованих на зниження ризиків подальшого усунення членів трудових колективів від участі у вирішенні питань управління справами таких товариств;

3) удосконалення порядку прийняття рішень про передачу в оренду ЦМК таким господарським товариствам, виходячи з того, що за наявності відповідної ініціативи трудового колективу державного підприємства (його структурного підрозділу) питання про можливість та умови такої передачі мають вирішуватись уповноваженими суб'єктами управління об'єктами державної власності до заснування цих товариств.

Реалізація наведених пропозицій потребуватиме внесення відповідних змін до Закону про оренду, а також підзаконних нормативно-правових актів з питань оренди державного майна.

Проведене дослідження не вичерпує всіх правових проблем, що виникають у зв'язку з передачею в оренду ЦМК державних підприємств та їх структурних підрозділів. Зокрема, додаткового опрацювання потребують питання щодо умов і порядку відчуження та списання окремих об'єктів державної власності, які входять до складу орендованих ЦМК. Зазначені питання мають стати предметом подальших наукових досліджень.

¹ Звіт про роботу Фонду державного майна України, хід та результати виконання Державної програми приватизації у 2015 році // Офіційний веб-портал Фонду державного майна України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.spfu.gov.ua/userfiles/pdf/zvit-2015_7389.pdf

² Мороз М. В. Правові питання оренди майна державних підприємств : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / М. В. Мороз ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – К., 2000. – 20 с.

³ Мусієнко В. В. Цивільно-правові аспекти договору оренди державного та комунального майна: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / В. В. Мусієнко ; НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2003. – 20 с.

⁴ Серебрякова Ю. О. Договір оренди державного та комунального нерухомого майна : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 / Ю. О. Серебрякова ; НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. – Донецьк, 2008. – 21 с.

⁵ Сухоставець І. В. Правове регулювання оренди державного майна : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 / І. В. Сухоставець ; НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. – К., 2015. – 22 с.

⁶ Про оренду державного та комунального майна: Закон України від 10 квітня 1992 р. (із змін.) // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 30. – Ст. 416.

⁷ Комплекс заходів з повернення орендованого майна Іршанського і Вільногірського гірничо-збагачувальних комбінатів до державної власності завершено // Урядовий портал : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=247589357

⁸ Про затвердження Порядку проведення конкурсу на право оренди державного майна : постанова Кабінету Міністрів України від 31 серпня 2011 р. № 906 (із змін.) // Офіційний вісник України. – 2011. – № 67. – Ст. 2567.

⁹ Про затвердження Порядку надання Кабінетом Міністрів України згоди на передачу в оренду цілісних майнових комплексів державних підприємств : постанова Кабінету Міністрів України від 8 квітня 2009 р. № 317 // Офіційний вісник України. – 2009. – № 26. – Ст. 867.

¹⁰ Інформація Регіонального відділення ФДМУ по Донецькій області щодо проведення конкурсу з використанням відкритості й пропонування розміру орендної плати за принципом аукціону на право оренди ЦМК ДП «Добропіллявугілля» // Відомості приватизації. – 2010. – 17 листопада.

¹¹ Про заходи щодо удосконалення управління об'єктами державної власності : постанова Кабінету Міністрів України від 2 квітня 2008 р. № 313 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 28. – Ст. 874.

¹² Постанова окружного адміністративного суду м. Києва від 18 грудня 2013 р. у справі № 826/16837/13-а // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36531026>

¹³ Постанова Київського апеляційного господарського суду від 17 липня 2014 р. у справі № 910/18796/13 // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39825932>

¹⁴ Кренбок А. Понуждение государства к аренде. Аренда государственного имущества горных предприятий: где граница закона / А. Кренбок // Юридическая практика. – 2010. – 5 октября.

¹⁵ «Экойл» продает долю в ОДО «Шахта «Белозорская» // Энергобизнес. – 2011. – 18 октября.

¹⁶ Постанова Вищого господарського суду України від 16 лютого 2011 р. у справі № 48/262 // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/14345409>

Резюме

Захарченко А. М. Щодо передачі в оренду цілісних майнових комплексів державних підприємств та їх структурних підрозділів.

У статті розглянуто актуальні проблеми, що виникають у зв'язку з передачею в оренду цілісних майнових комплексів державних підприємств та їх структурних підрозділів. Обґрунтовано пропозиції щодо уточнення умов та порядку передачі в оренду таких об'єктів державної власності.

Ключові слова: оренда, договір оренди, цілісний майновий комплекс, державне підприємство, структурний підрозділ державного підприємства, трудовий колектив державного підприємства, інвестиційні зобов'язання.

Резюме

Захарченко А. Н. О передаче в аренду целостных имущественных комплексов государственных предприятий и их структурных подразделений.

В статье рассмотрены актуальные проблемы, которые возникают в связи с передачей в аренду целостных имущественных комплексов государственных предприятий и их структурных подразделений. Обоснованы предложения по уточнению условий и порядка передачи в аренду таких объектов государственной собственности.

Ключевые слова: аренда, договор аренды, целостный имущественный комплекс, государственное предприятие, структурное подразделение государственного предприятия, трудовой коллектив государственного предприятия, инвестиционные обязательства.

Summary

Zakharchenko A. Of leasing of integral property complexes of public enterprises and their structural subdivisions.

The article considers the actual problems that arise in connection with a leasing of integral property complexes of public enterprises and their structural subdivisions. Propositions about clarification of conditions and procedure of leasing such state ownership are justified.

Key words: lease (leasing), lease agreement, integral property complex, public enterprise, structural subdivision of public enterprise, labour collective of public enterprise, investment commitment.

УДК 347.122

В. В. КОЧИН

Володимир Володимирович Кочин, кандидат юридичних наук, учений секретар Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ОБ'ЄКТИ ВІДНОСИН УЧАСТІ СУБ'ЄКТІВ ПІДПРИЄМНИЦТВА У САМОРЕГУЛІВНИХ ОРГАНІЗАЦІЯХ

Право є досить складним соціальним явищем, що дозволяє йому бути інструментом регулювання суспільних відносин. Разом із тим право не зводиться виключно до законодавчих норм, чим забезпечується існування різних видів правового регулювання. Тим самим таке розуміння права надає можливість застосувати й інші інструменти, необхідні для регулювання суспільних відносин.

В. М. Махінчук стверджує, що практика поширення саморегулівних моделей у світі набула трьох форм: 1) делеговане саморегулювання; 2) добровільне саморегулювання; 3) змішана форма. При цьому дослідник звертає увагу на те, що в Україні здійснюються певні кроки щодо реалізації стратегії на посилення ролі СРО¹.

Наукові дослідження проблематики механізму саморегулювання відносин зводяться до переважно описового характеру та наведення прикладів саморегулювання на фондовому ринку. Більший інтерес приверта-

ють власне саморегулювні організації (далі – СРО) як учасники цивільних відносин². Таким чином, комплексне дослідження проблематики механізму саморегулювання, зокрема його засобів та форм, залишається недостатньо вивченим.

В. В. Добровольська, розглядаючи державне регулювання та саморегулювання у сфері підприємництва, стверджує, що ці форми регулювання відносин не повинні включати один одного, а їх сполучення є одним із проявів поєднання публічних та приватних інтересів у сфері підприємництва³. У свою чергу, О. В. Говорун робить висновок, що саморегулювання слід розглядати як принцип організації взаємодії держави та господарських організацій, оскільки СРО виконують корисні завдання не тільки з точки зору самих учасників таких організацій, а й з точки зору держави⁴.

Власне саморегулювання як процес упорядкування та регулювання суспільних відносин носить як об'єктивний, так і суб'єктивний характер. Так, об'єктивним є формування відповідного ринку, існування об'єктивних економічних законів та ін., натомість суб'єктивні ознаки саморегулювання набуває через застосування засобів саморегулювання, тобто інструментів регулювання відносин. Ці інструменти регулювання правових відносин, на наш погляд, можна визначати через категорію «засіб регулювання», тобто як правові явища, які залучаються для реалізації цілей правового регулювання.

Об'єктами правових відносин є ті матеріальні та нематеріальні блага, стосовно яких суб'єкти здійснюють свої права й реалізують обов'язки. Правова природа відповідного об'єкта правовідносин, на нашу думку, породжує необхідність застосування того чи іншого засобу правового регулювання.

Під засобами здійснення правового регулювання розуміють усі складові механізму правового регулювання (правосвідомість, принципи права, заходи юридичного примусу та юридичної відповідальності тощо), які залучаються для реалізації цілей правового регулювання⁵. Під «засобом» розуміють: 1) спеціальну дію, що дає можливість здійснити що-небудь, досягти чогось; спосіб; 2) те, що служить знаряддям дії⁶. Таким чином, схилиємося до думки, що до засобів правового регулювання слід відносити відповідні акти суб'єктів, уповноважених на регулювання відповідних відносин.

Слід уточнити, що в юридичній літературі під засобами, зокрема, державного регулювання економічних відносин, розуміють закріплені в правовій (юридичній) формі засоби (інструменти, знаряддя) економічного, організаційного і правового впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання⁷. Таким чином, засоби регулювання можуть мати різний характер, проте повинні бути відображені у відповідній формі – юридичній (правовій).

Вважаємо, що до засобу регулювання відносин можна безперешкодно віднести відповідне джерело права, адже саме джерело права у широкому його розумінні становить відповідну можливість пізнання права, зокрема, як правоутворююча сила; історична пам'ятка; вид діяльності держави з утворення правових норм; матеріали, взяті за основу законодавства; а також способи зовнішнього виразу, існування та перетворення права⁸. Отже, пропонуємо розглядати наступні засоби регулювання підприємницьких відносин: нормативно-правові акти, нормативно-правовий договір, правовий звичай та правовий прецедент.

Є. О. Харитонов, визначаючи правову категорію «регулювання», визначив такі його елементи: нормативне регулювання (встановлення загальних правил поведінки); планування (встановлення цілей регулювання та засобів для досягнення зазначених цілей) та оперативне регулювання (індивідуалізація дій загальних правил шляхом договору, видання публічних актів тощо і контроль за їх виконанням). Разом із тим саме регулювання може здійснюватися у формі управління (регулювання спеціальним суб'єктом) та саморегулювання (шляхом домовленості між учасниками відносин)⁹.

О. А. Беляневич зауважує, що договір після його укладення приводить в динамічний стан нормативні регулятори, що існують у нормативно-правовій (юридичній) площині (перехід правової норми із її статичного стану в активний) та в позаюридичній площині (інші моделі управління системою суспільних відносин)¹⁰. Остання модель суспільних відносин, як зауважує В. В. Луць, може існувати у випадку чітко сформульованих у договорі умов (пунктів), які з достатньою повнотою і несуперечністю одна одній розкривають зміст договору і цілі (мету) його укладення¹¹.

Договір є класичним прикладом унікального правового засобу здійснення нормативного й індивідуального правового регулювання. Проте не слід забувати й про такі джерела саморегулювання, як корпоративні, політичні, релігійні або інші норми організованого суспільства.

До окремої групи регуляторів належать також норми, сформовані юридичними особами для їх учасників (членів). Особливу увагу привертають норми, сформовані СРО, які створюють унікальний режим регулювання відносин у визначеній законодавством сфері (наприклад, ст. 25 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» визначає правила фондової біржі). Таким чином, передбачений механізм існування відносин у межах системи фондового ринку, який позбавлений надмірного державного впливу, оскільки формується на приватноправових засадах. Учасники фондового ринку, які перебувають у сформованих відносинах, визнають правила, які по суті носять «внутрішньонормативний» характер. Крім того, на фондовому ринку діють відповідно до ст. 49 зазначеного Закону і безпосередньо СРО.

Визначені регулятори, як і правочин, мають приватноправовий характер, оскільки встановлюються суб'єктом приватного права для юридично рівних учасників відносин, які визнають правила та стандарти на підставі свого входження до відповідного ринку. Фактично «імперативність» для учасників ринку норм підтверджується легітимациєю (визнанням) біржі чи СРО регулятором.

Слід наголосити на об'єктах правового регулювання, які держава передає суб'єктам приватного права. Окрім особистих немайнових та майнових відносин, визначених ЦК України, саморегулюванню піддаються

відносини здійснення господарської діяльності на відповідному ринку. Ця діяльність допомагає належним чином організувати ринок, тому потребує глибокого дослідження об'єкт саморегулювання. На відміну від правочину, який передбачає конкретний об'єкт між визначеними у ньому сторонами (учасниками), правила саморегулювання спрямовані на відносини, які можуть виникати як реально, так і потенційно.

Встановлення об'єкта правового регулювання та об'єкта відносин саморегулювання залежить від принципу законодавчого регулювання, закріпленого у ст. 92 Конституції України. Спробуємо виділити з конституційного переліку об'єкти, що не можуть регулюватися в межах відносин саморегулювання: права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод; основні обов'язки громадянина; громадянство, правосуб'єктність громадян, статус іноземців та осіб без громадянства; режим власності; правові засади і гарантії підприємництва; правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання; засади зовнішніх зносин, зовнішньоекономічної діяльності, митної справи; засади цивільно-правової відповідальності; одиниці ваги, міри і часу; порядок встановлення державних стандартів; порядок утворення і функціонування вільних та інших спеціальних зон, що мають економічний чи міграційний режим, відмінний від загального.

Ці об'єкти не можуть регулюватися іншим чином, ніж передбачено законом. Крім того, саморегулювання характеризується особливим правовим режимом, тобто певним порядком правового регулювання, який забезпечується через особливе поєднання залучення способів, методів та типів правового регулювання¹².

Способи правового регулювання суспільних відносин розглядаються як первинні засоби правового впливу на поведінку учасників відносин. У межах саморегулювання, на наш погляд, можливе використання таких усіх основних способів, як дозвіл, зобов'язання та заборона. Їх сполучення, коло осіб, на яких воно поширюється, спосіб встановлення та уточнення правової форми їх поведінки, характер підстав, з настанням яких пов'язуються виникнення, зміна та припинення відносин, свідчать про диспозитивний метод з використанням юридичної формули: дозволено все, крім того, що заборонено, що дозволяє характеризувати відносини в межах загальнодозволеного типу правового регулювання. Отже, виділимо безпосередні об'єкти відносин участі суб'єктів підприємництва у СРО.

Правова природа відносин за участі осіб у СРО залишається досі недостатньо дослідженою. Це, у свою чергу, спричиняє на практиці порушення принципів та окремих норм цивільного і господарського законодавства, що знаходить своє місце в установчих документах та локальних нормативних актах юридичних осіб. Так, учасники підприємницьких товариств здійснюють корпоративні права як певні можливості (сукупність майнових, немайнових та організаційних прав) учасників корпорації, що виникають на підставі членства у ній¹³.

На наш погляд, на сучасному етапі розвитку вітчизняного цивільного права важко навести відповідний термін для позначення прав учасників непідприємницьких товариств. З одного боку, виявляється позиція щодо дотримання розмежування юридичних осіб на корпорації та товариства¹⁴, з іншого, – існують думки щодо поширення терміна «корпоративні» й на відносини, засновані на підставі членства у непідприємницьких товариствах¹⁵.

Серед чисельних законодавчих актів, які регулюють порядок створення та діяльності непідприємницьких товариств, досить важко виділити загальні положення про відносини, пов'язані з участю у цих юридичних особах. Певні пояснення щодо цієї проблеми надходять від рекомендацій CM/REC (2007) 14 Комітету міністрів держав – членів Ради Європи від 10 жовтня 2007 р. (п.п. 21–25) та пояснювальної записки до Основоволожених принципів статусу неурядових організацій у Європі від 13 листопада 2002 р. (п.п. 34–37), які визначають ці відносини поняттям «членство» (membership).

На сучасному етапі розвитку цивільного права відносини щодо реалізації прав учасників непідприємницьких товариств не отримали однозначного визначення, їх важко повністю віднести до корпоративних. З одного боку, висловлюється доречна думка щодо можливості розмежування юридичних осіб на корпорації та товариства, з іншого, – щодо застосування терміна «корпоративні» і до відносин, заснованих на підставі членства у непідприємницьких товариствах. Таким чином, об'єктом відносин участі суб'єктів підприємництва в СРО є особисті немайнові та майнові блага, що охоплюються поняттям членства (відповідно до об'єктів корпоративних прав).

Як приклад, правила біржової торгівлі формують процедурні аспекти біржової діяльності, зокрема уточнюючи чинні норми законодавства, що регулюють відносини, пов'язані з діяльністю на біржі у формі звичаїв ділового обороту.

У літературі ознаки звичаю ділового обороту зводяться до того, що вони є правилом (алгоритмом) певної поведінки, відомі й досить поширені в певному середовищі підприємців та не обов'язково мають законодавче закріплення, натомість зафіксовані у відповідному документі, не можуть суперечити договору та/або актам законодавства¹⁶. Погоджуючись з цим твердженням, вважаємо, що звичай є правилом соціальної поведінки, тому не потребує аналізу на підставі його віднесення до норми. Крім того, звичай може бути зафіксований у законодавчій нормі, що, у свою чергу, призводить до втрати його юридичної сили як соціального регулятора, перетворюючи його на юридичну норму.

Саморегулювання може здійснюватися стосовно об'єктів суспільних відносин, щодо яких встановлення правового режиму не є доцільним. Внаслідок цього особливістю режиму окремих об'єктів, які регулюються звичаями, є те, що відносини щодо них лежать у площині морально-етичного характеру, а їх якісна оцінка не завжди залежить від об'єктивних обставин.

Як приклад, можна навести положення ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», якою недобросовісна конкуренція визначається як будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та

іншим чесним звичаєм у господарській діяльності. Така законодавча норма характеризується як відсилання не лише до звичаїв торгового обороту, а й інших непоіменованих чесних звичаїв, що виникають при здійсненні господарювання.

О. О. Бакалінська у своїх дослідженнях правового регулювання добросовісної конкуренції звертає увагу, що оцінність поняття «чесні звичаї» і відсутність загальноприйнятих принципів їх визначення в окремих випадках стимулює розвиток добросовісної конкуренції, при цьому ж авторка стверджує, що ефективність законодавчого регулювання добросовісної конкуренції в багатьох випадках оцінюється з урахуванням ефективності застосування заходів державного примусу до порушників конкурентного змагання¹⁷.

Правила та чесні звичаї в наступному можуть змінюватися, уніфікуватися та вироблятися нові, притаманні відповідній професійній діяльності. Наприклад, нині відсутні такі відомі світові практики звичаї ділового обороту в адвокатській діяльності, як заборона адвокату працювати з клієнтами адвокатського об'єднання після виходу з нього, або обов'язковість частки адвокатських послуг, які надаються в порядку безкоштовної правової допомоги.

Детальний аналіз ЦК України допомагає зробити висновок, що звичаї ділового обороту можуть виступати як можливість урахування їх при укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору (ст. 627); як можливість додаткового застосування в типових умовах договору (ст. 630); як складова умов зміни або розірвання договору (п. 4 ч. 2 ст. 652); як умова форми зміни або розірвання договору (ч. 1 ст. 654); як умови виконання договорів, зокрема: комплекtnість товару (ч. 2 ст. 682), правочиоздатність комісіонера (ч. 1 ст. 1014).

Учасники підприємницьких відносин можуть сформулювати свої відносини відповідно до засад свободи договору та на умовах саморегулювання приватних відносин. Законодавча модель саморегулювання підприємницьких відносин передбачає визнання учасниками як регулятора актів саморегульованих організацій, завдяки цьому відбувається комплексне застосуванням норм права (закону та договору) як проміжна мета реалізації норм для забезпечення процесу саморегуляції. Це дає змогу учасникам відносин самостійно встановлювати норми, які вони визнають як обов'язкові.

Таким чином, першу групу об'єктів відносин доречно умовно назвати «внутрішніми», адже вони формуються в результаті реалізації суб'єктами підприємництва своїх прав та обов'язків як членів СРО. Режим таких об'єктів не завжди може бути правовим, а також відбуватися у морально-етичній площині, зокрема йдеться про чесність, добросовісність, професійність чи інші нематеріальні об'єкти.

Наступну групу становлять «зовнішні» об'єкти, відносини щодо яких виникають у результаті здійснення господарської діяльності суб'єктів підприємництва. Зокрема, йдеться про об'єкти, режим яких встановлюється СРО та є обов'язковим при виконанні договірних зобов'язань членами СРО з третіми особами. Так, СРО може встановлювати вимоги до якості робіт і послуг, сертифікувати діяльність своїх членів – фактично регулювати їх діяльність в межах легітимації своєї діяльності.

«Зовнішні» об'єкти відносин виникають завдяки діяльності безпосередньо СРО та її спрямування на ринок, своїх членів і споживачів. Режим цих об'єктів потребує додаткового дослідження, оскільки вони пов'язані з нормальним функціонуванням відповідного ринку товарів та послуг. Як приклад, можемо навести об'єкти, щодо яких виникають відносини саморегулювання в контексті здійснення статутних завдань Союзом експертів України: питання судової експертизи; кваліфікація експертів; методичні розробки з проведення всіх видів судової експертизи; інформація і спеціальний банк даних для надання інформаційної допомоги членам Союзу в їх професійній діяльності; інформація про ринок експертних досліджень в Україні; міжнародний досвід експертів; законні інтереси своїх членів.

Таким чином, «зовнішні» об'єкти відносин формують матеріальні та нематеріальні цінності, оборот яких становить певний ринок. Нормальне існування цього ринку забезпечується встановленням СРО відповідних стандартів до товарів та послуг, а також до діяльності своїх членів. Режим як «внутрішніх», так і «зовнішніх» об'єктів може доповнювати правовий режим, встановлений законодавством, а також визначатися локальними (корпоративними) актами відповідно до доцільності правового регулювання.

¹ Махінчук В. М. Приватноправове регулювання підприємницьких відносин в Україні / В. М. Махінчук. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – С. 180.

² Філатова Н. Ю. Саморегульовані організації як суб'єкти цивільного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Н. Ю. Філатова. – Х., 2014. – 23 с.

³ Добровольська В. В. Державне регулювання та саморегулювання у сфері підприємництва / В. В. Добровольська // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць. – Одеса : Одеська нац. юрид. академія МОН України, 2005. – № 25. – С. 305.

⁴ Говорун О. В. Актуальні правові питання розвитку саморегулювання як механізму забезпечення ринкових відносин / О. В. Говорун // Юрист України. – 2014. – № 4 (29). – С. 32.

⁵ Загальна теорія держави і права: підруч. для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України М. В. Цвіка, док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. В. Петришина. – Х. : Право, 2011. – С. 220.

⁶ Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2004. – С. 420.

⁷ Щербина В. С. Поняття та види засобів державного регулювання господарської діяльності / В. С. Щербина // Вісник Київського університету імені Тараса Шевченка. – 2012. – № 94. – С. 11.

⁸ Загальна теорія держави і права: підруч. для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України М. В. Цвіка, док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. В. Петришина. – Х. : Право, 2011. – С. 178.

⁹ Харитонов Є. О. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепти) / Є. О. Харитонов. – Одеса, 2008. – С. 133.

¹⁰ Беляневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : моногр. О. А. Беляневич. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 525.

¹¹ Луць В. В. До питання про сутність і зміст цивільно-правового договору / В. В. Луць // Приватне право. – 2013. – № 1. – С. 127.

¹² Загальна теорія держави і права: підруч. для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України М. В. Цвіка, док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. В. Петришина. – Х. : Право, 2011. – С. 217.

¹³ Саракун І. Б. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект) : моногр. / І. Б. Саракун. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2009. – С. 18.

¹⁴ Спасибо-Фатєєва І. Деякі розсуди про юридичні особи та їхні організаційно-правові форми / І. Спасибо-Фатєєва // Право України. – 2007. – № 2. – С. 121.

¹⁵ Рожкова М. А. Совершенствование порядка рассмотрения дел по спорам, связанным с предпринимательской или иной экономической деятельностью, организацией управления, членством или участием в капитале организации / М. А. Рожкова // Корпорации и учреждения. Сборник статей / Отв. ред. М. А. Рожкова. – М. : Статут, 2007. – С. 305.

¹⁶ Махінчук В. М. Торговий звичай (звичай ділового обороту) як джерело виникнення та регулювання підприємницьких відносин / В. М. Махінчук // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2013. – Вип. 1. – С. 194. – (Серія «Юридична»).

¹⁷ Бакалінська О. О. Правове регулювання добросовісної конкуренції в Україні : моногр. / О. О. Бакалінська. – К. : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2014. – С. 59.

Резюме

Кочин В. В. Об'єкти відносин участі суб'єктів підприємництва у саморегульованих організаціях.

У статті розглядаються теоретичні проблеми визначення об'єкта відносин участі суб'єктів підприємництва у саморегульованих організаціях. Визначено поділ об'єктів на «внутрішні», що формуються в результаті реалізації суб'єктами підприємництва своїх прав та обов'язків як членів СРО, та «зовнішні» об'єкти, відносини щодо яких виникають в результаті здійснення господарської діяльності суб'єктів підприємництва.

Ключові слова: саморегулювання, суб'єкти підприємництва, об'єкти відносин, саморегульовані організації, правове регулювання.

Резюме

Кочин В. В. Объекты отношений участия субъектов предпринимательства в саморегулируемых организациях.

В статье рассматриваются теоретические проблемы определения объекта отношений участия субъектов предпринимательства в саморегулируемых организациях. Определены разделение объектов на «внутренние», формируемые в результате реализации субъектами предпринимательства своих прав и обязанностей как членов СРО, и «внешние» объекты, отношения относительно которых возникают в результате осуществления хозяйственной деятельности субъектов предпринимательства.

Ключевые слова: саморегулирование, субъекты предпринимательства, объекты отношений, саморегулируемые организации, правовое регулирование.

Summary

Kochyn V. The objects of relations of entrepreneurial subjects' participation in self-regulatory organizations.

The article deals with theoretical problems of definition of the objects of relations of entrepreneurial subjects' participation in self-regulatory organizations. Defined division of objects into «internal», formed as a result of business entities of their rights and responsibilities as members of the SRO and «external» objects for which the relationship resulting from the economic activities of business entities.

Key words: self-regulation, entrepreneurial subjects, objects of relations, self-regulatory organizations, legal regulation.

УДК 347.626.6

О. В. МЕЛЬНИЧЕНКО

Оксана Вікторівна Мельниченко, кандидат юридичних наук, старший викладач Київського університету права НАН України

ПРИНЦИПИ ПОДІЛУ МАЙНА ПОДРУЖЖЯ В УКРАЇНІ

Принципи поділу майна подружжя повинні не виходити передусім за межі та відповідати принципам права, законам і підзаконним нормативно-правовим актам – Конституції як Основному Закону. Звичайно, у кожній державі чи юрисдикції є своя конституція, свій правовий режим майна подружжя, свій правовий

порядок, які впливають на особливості принципів поділу майна подружжя. Ці принципи є орієнтиром для врегулювання поділу майна подружжя.

За формою нормативного виразу принципи поділу майна подружжя можуть бути закріплені у внутрішньодержавних деклараціях, що містяться у джерелах міжнародного права, закріплені в конституціях, у поточному законодавстві. За сферою дії ці принципи діють у галузі сімейного права щодо інституту речових прав подружжя, інституту зобов'язань, інституту права власності подружжя. За змістом вони є спеціально-юридичними, притаманними саме майновим відносинам подружжя, хоча і ґрунтуються на загальних принципах або ж не суперечать їм. Ці принципи проведені у нормах позитивного права щодо поділу. Виділяють легальний поділ майна подружжя що закріплений у чинному законодавстві та договірний.

Мета статті – встановити принципи поділу майна подружжя як підхід до забезпечення та захисту їх майнових прав та інтересів.

Об'єктом є правове регулювання майнових відносин подружжя, а предметом – акти чинного законодавства України, міжнародні Конвенції, наукова доктрина.

Цій проблематиці присвячено роботи І. В. Жилінкової, З. В. Ромовської, О. О. Ульяненко, О. А. Явор та інших. На основі їх робіт можна виділити ряд принципів, які застосовуються при поділі майна подружжя в Україні. До принципів поділу майна подружжя можна віднести: принцип максимального забезпечення прав та законних інтересів дітей, принцип розподілу спільних боргових зобов'язань, майнових прав та обов'язків та принцип виключення особистої приватної власності з розподілу, принцип рівності майнових прав подружжя, принцип презумпції поділу майна подружжя в натурі.

Принцип максимального забезпечення прав та інтересів дітей. Як відомо, суд може відійти від принципу рівності часток на майно дружини та чоловіка при поділі майна подружжя для врахування інтересів та прав дітей. Стаття 9 п. 7 СК України передбачає, що дитина має бути забезпечена можливістю здійснення її прав, установлених Конституцією України, Конвенцією про права дитини¹, іншими міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Пункт 8 цієї статті встановлює важливе правило про те, що регулювання сімейних відносин має здійснюватися з максимально можливим урахуванням інтересів дитини. Стаття 174 СК України виводить з майнової маси, що підлягає поділу дружиною та чоловіком, майно, придбане для дитини, а саме: майно, придбане батьками або одним із них для забезпечення розвитку, навчання та виховання дитини (одяг, інші речі особистого вжитку, іграшки, книги, музичні інструменти, спортивне обладнання тощо), є власністю дитини. Навіть після розлучення ст. 91 п. 2 СК України передбачає, що жінка та чоловік, які не перебувають у шлюбі між собою, мають право на утримання в разі проживання з нею (ним) їхньої дитини, відповідно до частин другої – четвертої ст. 84 та ст.ст. 86 і 88 СК України.

Стаття 70 п. 3 СК України передбачає збалансування утримання дитини за рахунок збільшення розміру частки майна її опікуна, а саме: за рішенням суду частка майна дружини, чоловіка може бути збільшена, якщо з нею (ним) проживають діти, а також непрацездатні повнолітні син, дочка, за умови, що розмір аліментів, які вони одержують, недостатній для забезпечення їхнього фізичного, духовного розвитку та лікування. Принцип максимального забезпечення прав та інтересів дітей є однією з підстав відходу від рівності часток у праві власності на майно дружини та чоловіка. У цій частині важливо підкреслити пріоритет принципу максимального забезпечення прав та інтересів дітей над принципом рівності часток у праві власності на майно дружини та чоловіка при поділі майна подружжя. Хоча ст. 175 СК України встановлює, що майно, набуте батьками і дітьми за рахунок їхньої спільної праці чи спільних коштів, належить їм на праві спільної сумісної власності.

Принцип: майно, яке є особистою приватною власністю дружини, чоловіка поділу у судовому порядку не підлягає. Інша справа, що СК України передбачає підстави відходу від цього загального принципу. Тож до принципів поділу майна подружжя слід віднести також той принцип, який встановлює, що майно, яке є особистою приватною власністю дружини, чоловіка, поділу у судовому порядку не підлягає, за винятком випадків, встановлених законодавством. Або ж навпаки – поділу підлягає майно, що належить дружині та чоловіку на праві спільної сумісної власності (ст. 69 СК України).

Глава 7 СК України надає перелік майна, що вважається особистою приватною власністю дружини, чоловіка та встановлює можливі випадки корегування цього переліку. Проте цей принцип не застосовується, як виняток, у Нідерландах, де діє правовий режим універсальної спільності майна подружжя. У Сполученому Королівстві «Робоча група Комітету сімейного права Спільки соліситерів Англії та Уелсу відхилила прямий рівний розподіл майна як потенційно несправедливий. Одному з батьків, на якого покладено обов'язок догляду за дітьми, необхідно залишити житло сім'ї – у багатьох справах – єдине майно – як дім для дітей»² при тому, що там діє правовий режим роздільного майна подружжя. Тобто, цей принцип застосовується у кожній юрисдикції з урахуванням особливостей правового режиму майна подружжя.

Принцип розподілу спільних боргових зобов'язань та майнових прав і обов'язків. Зі ст. 61 п. 3, ст. 65 п. 4 СК України випливає принцип розподілу спільних боргових зобов'язань подружжя, який закріплено і у постанові судової палати у цивільних справах ВС України від 19 червня 2013 року³. Тобто, при поділі майна подружжя суд має враховувати та розподіляти і спільні боргові зобов'язання подружжя. За договірною порядку поділу майна подружжя розподіл спільних боргових зобов'язань може бути здійснений за домовленістю подружжя, виходячи з того, що майнові обов'язки є частиною майна подружжя. Наразі законодавчими положеннями та судовою практикою підтверджено розподіл майнових обов'язків подружжя, як і

майна подружжя у загальному порядку. До 2013 р. – року видання вказаної постанови ВС України існувала кардинально протилежна практика щодо майнових зобов'язань подружжя. У зв'язку з новизною судової практики у цьому питанні можна виділити запропонований принцип, хоча його варто кваліфікувати як такий, що є частиною принципу рівного розподілу майна подружжя, як і поділ майнових прав подружжя. Майнові права теж входять до категорії майна. Наприклад, подружжя часто проживає у орендованій квартирі. Через договір оренди, який укладено у інтересах сім'ї, обов'язок оплачувати оренду квартири, априорі – обов'язок обох з подружжя. Якщо він наявний, то повинен враховуватись при поділі майна подружжя.

Для різноманітних сфер приватних відносин давно традиційним стало їх договірне врегулювання. У ст. 7 п. 2, ст. 9 СК України закріплено можливість врегулювання сімейних відносин, у тому числі майнових, за домовленістю між подружжям та особами, які проживають однією сім'єю.

Принцип пріоритету договірному порядку поділу майна подружжя над судовим порядком розподілу майна подружжя закріплений у ст. 69 п. 2 СК України. Вона встановлює, що передусім дружина і чоловік мають право розділити майно за взаємною згодою. Стаття 71 п. 1 СК України підтверджує, що спір може бути вирішений судом, у тому випадку, якщо дружина та чоловік не домовилися про порядок поділу майна. Підсилює цей принцип і ст. 372 ЦК України⁴, яка зазначає в цілому та водночас стосовно подружжя, що майно, яке є у спільній сумісній власності, може бути поділене між співвласниками за домовленістю між ними. Стаття 64 СК України передбачає право подружжя на укладення договорів між собою. У ній зазначено, що дружина та чоловік мають право на укладення між собою усіх договорів, які не заборонені законом, як щодо майна, що є їхньою особистою приватною власністю, так і щодо майна, яке є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. У цьому контексті варто підкреслити суб'єкти договорів, зокрема дружину та чоловіка. Тобто, окрім того, що союз одностатевих партнерів не визнається ні вітчизняним правопорядком, ні законодавством, договірне врегулювання їхніх майнових відносин теж не визнається. Хоча варто зазначити, що традиційний диспозитивний характер регламентування приватних договірних відносин передбачає принцип: дозволено все, що прямо не заборонено законом.

Законодавство України не містить положення про пряму заборону одностатевих союзів, тому вони існують *de facto*. У зв'язку з цим можна констатувати, що теоретично існує теоретична основа укладення договорів про врегулювання майнових відносин партнерів одностатевих шлюбів. Можливо, у майбутньому доведеться дозволити такі контракти разом з їх державною реєстрацією хоча б як компроміс для уникнення дилеми «кульгаючих шлюбів», підконтрольності та обліку матеріальних активів партнерів, ведення статистики і вибору подальших стратегій державної політики у питанні регламентації одностатевих відносин, враховуючи ще й те, що стратегічний партнер України – Європа у більшості країн частково визнала чи дозволила одностатеві шлюби. Але для цього спершу необхідно буде наділити їх чітким правовим статусом та регламентувати його у ЦК України чи СК України, визначити для них право та презумпцію спільної сумісної чи часткової власності. Тоді і поділ майна партнерів здійснюватиметься за певними прописаними у ЦК України чи СК України правилами. Законодавство України надає можливість укладення різноманітних договорів для врегулювання майнових відносин подружжя. Класичним серед них став шлюбний договір. Дослідження окремих аспектів інституту шлюбного договору здійснювали такі науковці, як М. В. Антокольська⁵, В. К. Антошкіна⁶, І. В. Жилінкова⁷, І. Ю. Красько⁸, О. О. Ульяненко⁹, Ю. С. Червоний¹⁰, О. А. Явор¹¹ та інші вчені у сфері цивільного й сімейного права.

Принцип рівності майнових прав подружжя. Конституція України презюмує рівність всіх громадян перед законом, що виключає привілеї правового статусу окремих категорій громадян чи їх матеріального положення. У сімейному праві ст.ст. 60 та 63 СК України також передбачають рівні права на майно, набуте під час шлюбу, яке належить подружжю на праві спільної сумісної власності, незалежно від розміру доходу кожного з подружжя. Статтею 9 п. 6 СК України встановлено, що жінка та чоловік мають рівні права і обов'язки.

У всіх правових режимах майна подружжя передбачено принцип рівності майнових прав подружжя. Цього принципу суворо дотримуються і суди при поділі майна одружених як в Україні, так і у Європі.

Майно, що належить подружжю на праві спільної сумісної власності (розділ 8 СК України, ст. 368 ЦК України) є матеріальною основою сімейних відносин. Під час шлюбу подружжя може користуватися квартирою, будинком, рухомим майном, яке передали у користування їм батьки, майном, що належало їм на праві власності ще до укладення шлюбу. Але здійснювати всі три правомочності подружжя може лише щодо майна, набутого під час шлюбу чи трансформованого в спільну власність, на правомірних підставах та за взаємною згодою. Слід зазначити, що режим спільності майна вступає в силу автоматично з моменту укладення шлюбу. Такий підхід є виправданим і підтримується у більшості країн. Проте, як зазначалось, у німецькому законодавстві закріплено презумпцію режиму роздільного майна протягом шлюбу. У країнах мусульманського права ще більш суворі правила, де затверджено виключно роздільну власність подружжя та ігнорується гендерна рівність.

Стаття 70 СК України встановлює, що при поділі спільного майна, майнові права подружжя вважаються рівними, якщо інше не встановлено договором. Постанова ВСУ № 11¹² закріплює необхідним початковим етапом поділу встановлення обсягу нажитого майна, що підлягає поділу. ЦПК України надає рівні права та обов'язки учасникам для судового порядку розгляду й захисту прав. Доказом цього можуть слугувати результати судової практики розгляду справ про поділ майна подружжя. Також застосовуваний судами практичний механізм співвідношення способів поділу подружнього майна ґрунтується на спробі найбільш точ-

ного дотримання даного принципу. Тим, здавалось би, чітко закріплене правило про рівність майнових прав. Проте є низка його корелятивів договірної (контрактного) та законного рівня, які закріплюють можливість відходу від рівності майнових прав подружжя.

Майно може належати подружжю на праві спільної сумісної власності або ж на праві особистої приватної власності. Право спільної часткової власності, за своєю сутністю, виходячи з ст. 356 ЦК України, передбачає вже здійснений поділ на частки у праві власності. Але недоречно ділити права подружжя на майно, якщо воно пов'язане спільним побутом, спільними сімейними правами та обов'язками, сумісним проживанням (ст. 3 СК України). За певних обставин можливе виділення частки у праві на майно, що за своєю природою відповідає поділу спільної сумісної власності. Разом з тим ст. 67 СК України передбачає виділення частки у праві власності подружжя. Тому можна розглядати можливість виникнення права спільної часткової власності подружжя.

Презумпція рівності прав подружжя на спільне подружнє майно у її забезпеченні має ряд відхилень, які надають можливості для зловживань. Це потребує більш виваженого позитивного регулювання та деталізації підстав і порядку відходу від неї. У іншому випадку виникає запитання про її дієвість. Тому застосування принципу рівності майнових прав подружжя та відходу від нього весь час активно еволюціонує та змінюється у прецедентному праві, судовій практиці.

При поділі майна подружжя СК України передбачено послідовність застосування та комбінації способів поділу майна подружжя. У ст. 71 СК України, що прописує способи та порядок поділу майна, яке є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, цей принцип знайшов повне своє відображення. Встановлено презумпцію поділу майна в натурі. За неможливості слідувати їй передбачаються умови та випадки застосування інших способів розподілу майна подружжя окремо або у комбінації.

Таким чином, із встановлених вище принципів поділу майна подружжя помітно, що їх дотримання має на меті збалансування автономії приватних майнових інтересів кожного з подружжя та солідарності щодо інтересів дітей.

¹ Про права дитини: Конвенція № 995_021. – ООН. – 20.11.1989. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_021

² *Branka Rešetar*. Matrimonial Property in Europe: A Link between Sociology and Family Law / Electronic Journal of Comparative Law, vol. 12.3 / (December 2008). – P. 3. – Access mode: <http://www.ejcl.org/123/art123-4.pdf>

³ Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 19 червня 2013 р. Справа № 6-55ц13 // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32056436>

⁴ ????????????????

⁵ *Антокольская М. В.* Лекции по семейному праву / М. В. Антокольская. – М., 1995. – С. 11.

⁶ *Антошкіна В.* Договірне регулювання майнових відносин подружжя / В. Антошкіна // Право України. – 2005. – № 3. – С. 95–98.

⁷ *Жилінкова І. В.* Шлюбний контракт / І. В. Жилінкова. – Х., 1995. – С. 172.

⁸ *Красько І. Е.* Правова природа брачного контракта / І. Ю. Красько // Проблеми законності. – 1980. – Вип. 33. – С. 80–81.

⁹ *Ульяненко О. О.* Шлюбний договір у сімейному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / О. О. Ульяненко. – К., 2003. – 22 с.

¹⁰ *Червоний Ю. С.* Научно-практический комментарий Семейного кодекса Украины / Ю. С. Червоний. – К., 2003. – С. 100.

¹¹ *Явор О. А.* Функції шлюбного контракту в сімейному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. А. Явор. – Х., 1996. – С. 8.

¹² Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя : постанова Верховного суду України від 21 грудня 2007 р. № 1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/184-18>

Резюме

Мельниченко О. В. Принципи поділу майна подружжя в Україні.

У статті йдеться про принципи поділу майна подружжя. Принципи встановлені на базі положень міжнародних конвенцій, нормативних актів, законодавства України, наукової доктрини та судової практики у сфері сімейного права. Перелік принципів поділу майна подружжя має слугувати керівництвом при вирішенні майнових спорів про поділ майна подружжя. Принципи поділу займають чільне місце у системі правових принципів, що регулюють приватні відносини подружжя. Акцентується увага на їх характеристиці, особливостях та визначальній ролі кожного з них при вирішенні судових спорів між подружжям. Усі розглянуті принципи впливають на можливі наслідки врегулювання матеріальних відносин подружжя. Поступова асиміляція та глобалізація у приватних сферах суспільних відносин сприяють уніфікації принципів сімейного законодавства. Проблемним залишається питання інтерактивної взаємодії та протиріч норм різних правових систем у сфері сімейного права.

Ключові слова: принципи, поділ майна, майнові права, подружжя.

Резюме

Мельниченко О. В. Принципы раздела имущества супругов в Украине.

В статье идет речь о принципах разделения имущества супругов. Принципы установлены на базе положений международных конвенций, нормативных актов, законодательства Украины, научной доктрины и судебной практики в сфере семейного

права. Перечень принципов разделения имущества супругов должен служить руководством при решении имущественных споров о разделении имущества супругов. Принципы разделения занимают главное место в системе правовых принципов, которые регулируют частные отношения супругов. Акцентируется внимание на их характеристике, особенностях и определяющей роли каждого из них при решении судебных споров между супругами. Все рассмотренные принципы влияют на возможные последствия урегулирования материальных отношений супругов. Постепенная ассимиляция и глобализация в частных сферах общественных отношений способствуют унификации принципов семейного законодательства. Проблемным остается вопрос интерактивного взаимодействия и противоречий норм разных правовых систем в сфере семейного права.

Ключевые слова: принципы, разделение имущества, имущественные права.

Summary

Melnychenko O. Principles of the spouses' property partition in Ukraine.

The paper deals with the principles of the spouses' property partition. The principles are stated on the basis of the provisions of the international conventions, normative acts, legislation of Ukraine, scientific doctrine and judicial practice in the area of family law. The list of the principles of the spouses' property partition has to serve as a fundamental guidance for the decision of property disputes on the spouses' property partition. The principles of the spouses' property partition take an important place in the system of legal principles that regulate private relations between spouses. The attention is paid on their characteristics, peculiarities and the role of each during the decision of judicial cases.

Key words: principles, partition of property, property rights, spouses.

УДК 341.1/8

О. В. НАЗИМКО

Олена Вікторівна Назимко, кандидат юридичних наук, старший викладач Донецького юридичного інституту МВС України

БАЗОВІ ЕЛЕМЕНТИ ТРУДОВОГО ПРАВА В СУЧАСНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ЛАТВІЇ У СФЕРІ НАУКОВОЇ, ДОСЛІДНИЦЬКОЇ ТА ВИКЛАДАЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

На сьогоднішній день майже в кожній суверенній державі, незалежно від її регіонально-географічної, культурно-цивілізаційної та релігійної приналежності, пануючого в ній соціально-економічного та політичного ладу, членства у тих чи інших міжнародних організаціях діють норми окремого, єдиного джерела національного права з питань нормативно-правового регулювання сфери наукової, дослідницької та викладацької діяльності взагалі і трудових відносин в цій сфері зокрема. Деякі з подібних джерел національного права більшою мірою враховують положення таких універсальних міжнародних та загальноєвропейських регіональних правових та рекомендаційних документів, як, наприклад, Рекомендація ЮНЕСКО про статус науково-дослідницьких працівників від 20 листопада 1974 р. (далі – Рекомендація 1974 р.), Рекомендація ЮНЕСКО про статус викладацьких кадрів вищих навчальних закладів від 11 листопада 1997 р. (далі – Рекомендація 1997 р.) і Європейська хартія дослідників (далі – Європейська хартія) від 11 березня 2005 року. Інші ж подібні джерела національного права суверенних держав, навпаки, відтворюють багато в чому суто національні, в чомусь несхожі із міжнародними стандартами, власні норми та механізми комплексного правового регулювання сфери наукової, дослідницької та викладацької діяльності.

Саме тому надзвичайно важливим та актуальним видається ґрунтовне осягнення, знання, розуміння та аналіз комплексу зарубіжних, зокрема латвійських норм права у сфері наукової, дослідницької та викладацької діяльності. Здійснення новітніх наукових досліджень в рамках цієї окремо взятої проблематики зарубіжного трудового права, а також зарубіжного права у сфері освіти, науки і культури надасть українським науковцям-правникам сприятливу можливість не лише просто осягнути зазначені національні нормативно-правові стандарти тих чи інших окремих держав, а й, за необхідності, розробляти та вносити корисні, новаторські законотворчі пропозиції, спрямовані на виважене реформування відповідних частин/норм сучасного права України у сфері регулювання трудових відносин, права у сфері наукової, дослідницької та викладацької діяльності, а також інших галузей національного права України. Тому надзвичайно корисним видається належне врахування національного правотворчого досвіду Латвії, зокрема як держави-члену Європейського Союзу.

Метою даної статті, таким чином, є виявлення, наведення та розгляд базових, системоутворюючих елементів трудового права, які об'єктивно відтворюються в сучасному латвійському законодавстві у сфері наукової, дослідницької та викладацької діяльності, встановлення зазначеного вище міжгалузевого характеру відповідних правових норм та, у свою чергу, встановлення міри їхньої відповідності правовим нормам і рекомендаційним положенням вищезазначених універсальних міжнародних та загальноєвропейських регіональних документів.

Досягнення складових зазначеної мети здійснюється за допомогою звернення до правових норм діючого Закону Республіки Латвія «Про вищі навчальні заклади» від 2 листопада 1995 р. (далі – Закон Латвії про

ВНЗ), враховуючи останні поправки до нього від 1 грудня 2011 р., чинного Закону Республіки Латвія «Про наукову діяльність» від 14 квітня 2005 р., враховуючи останні поправки до нього від 16 грудня 2010 р., а також положень вищезазначених діючих універсальних міжнародних та загальноєвропейських регіональних документів, що являють собою важливі джерела міжнародного права ЮНЕСКО та права ЄС у сфері наукової, дослідницької та викладацької діяльності.

Найпершим, надзвичайно важливим і, безперечно, базовим, системоутворюючим елементом тієї окремої правової галузі, яку прийнято розглядати в якості права у сфері регулювання трудових відносин, є поняття діяльності, яка постає під кутом зору правознавця у вигляді або потенціально можливої перспективи, або об'єктивного процесу виконання, а також факту вже виконаної цілеспрямованої, найманої, оплачуваної та впорядкованої людської індивідуальної та колективної праці, яка є чітко обумовленою певною суспільною потребою або метою, та виконання і використання якої підпорядковується чітким соціально-правовим нормам трудового та іншого суміжного законодавства.

Необхідність відповідності наукової, дослідницької та викладацької діяльності нормам галузі права у сфері регулювання трудових відносин є чітко зазначеною, наприклад, у Європейській хартії (наводиться мовою оригіналу): «Хартія исходить из предпосылки, что важнейшим обязательством исследователей, также как и работодателей или субсидирующих организаций, является гарантированное соответствие (їхньої діяльності та взаємних трудових відносин обох сторін. – Прим. авт.) национальным, региональным или отраслевым (в даному випадку у сфері трудового законодавства, законодавства у сфері здійснення наукової, дослідницької та викладацької діяльності та всього законодавства у сфері соціального забезпечення та захисту. – Прим. авт.) юридическим требованиям национального или регионального законодательства»¹. Також у Європейській хартії зазначається, що Комісія Європейських спільнот нагально рекомендує державам-членам ЄС наступне (наводиться мовою оригіналу): «7. Гарантировать исследователям социальное обеспечение, адекватное их правовому статусу»². Таким чином, як ми бачимо, процитоване джерело європейського права, зазначаючи обов'язковість соціального захисту праці науковця-дослідника, прямо пов'язує право у сфері наукової та дослідницької діяльності із правом у сфері регулювання трудових відносин та соціального захисту.

Саме цей, щойно зазначений *першочерговий складовий елемент* галузі права у сфері регулювання трудових відносин, тобто *спеціальне, предметно визначене поняття діяльності як праці*, здійснення та використання якої регулюється комплексом певних соціально-правових норм, обумовлює природне відтворення таких інших, не менш важливих елементів зазначеної правової галузі, як *її суб'єкти*, тобто *працівник та роботодавець*, а також їхні природні та нормативно детерміновані *соціально-трудова права та обов'язки*.

Так, у п. 2 ст. 1 «Визначення» Закону Латвії про наукову діяльність зазначається (наводиться в перекладі з мови-оригіналу джерела), що «дослідження є *цілеспрямованою діяльністю* (курсив мій. – Авт.), яка передбачає використання фактів, теорій та законів природи, які стають доступними (насамперед, безумовно, науковцям, який здійснює певну працю. – Прим. авт.) завдяки використанню наукових методів, задля створення або вдосконалення нових продуктів (мається на увазі широке розуміння поняття «продукт». – Авт.), видів діяльності та методів»; наукою, відповідно до п. 3 цієї ж статті Закону Латвії про наукову діяльність, є (наводиться в перекладі з мови-оригіналу джерела) «сфера інтелектуальної діяльності, в рамках якої знання про природні закони, які існують в природі та суспільстві, набуваються та узагальнюються за допомогою використання теоретичних та експериментальних (тобто, дослідницьких. – Авт.) методів»; не менш важливим видається і визначення поняття «інноваційної діяльності», якою, відповідно до п. 1 цієї ж статті Закону Латвії про наукову діяльність, є (наводиться в перекладі з мови-оригіналу джерела) «впровадження до складу продукту або послуги нових ідей, зусиль та технологій, що витікають із наукової, технічної, соціальної, або культурної та інших сфер діяльності». Таким чином, узагальнене поняття «наукова діяльність» означає, відповідно до п. 4 цієї ж статті Закону Латвії про наукову діяльність (наводиться в перекладі з мови-оригіналу джерела), «творчу діяльність, яка складається з наукової, дослідницької та інноваційної діяльності»³.

Однак перед нами постають наступні принципи, уточнюючі, сутнісні нормативно-правові питання. За яких соціально-інституціональних умов наукова, дослідницька та викладацька діяльність стає об'єктом регулювання в рамках галузі права у сфері регулювання трудових відносин? За яких умов ця сфера людської діяльності починає містити елементи права у сфері регулювання трудових відносин? Чи містять вищенаведені латвійські визначення понять наукової, дослідницької та інноваційної діяльності очевидні елементи права у сфері регулювання трудових відносин? Достатньо природним видається розуміння того, що, наприклад, далеко не будь-яка індивідуальна та колективна наукова, дослідницька й викладацька діяльність є залученою до сфери трудових відносин як відносин системних та певним чином інституціоналізованих, або ж є об'єктом нормативно-правового регулювання в рамках галузі права у сфері регулювання трудових відносин.

Змістовно дещо подібним до щойно наведеного латвійського визначення поняття «наукової діяльності» та її складових видається і визначення поняття «наукові дослідження», згідно з підп. (с) Рекомендації 1974 р. (наводиться мовою оригіналу): «(с) (і) Выражение «научные исследования» означает те процессы изучения, эксперимента, концептуализации и проверки теории, связанные с получением научных знаний...»⁴.

Однак усі вищенаведені сучасні латвійські, а також міжнародні нормативно-правові визначення понять наукової та дослідницької діяльності, не відтворюючи прямих характерних ознак такої «діяльності» як праці в рамках галузі права у сфері регулювання трудових відносин, не видаються, на наш погляд, цілком марними з точки зору теми даної статті. Їхній зміст прямо вказує на, буцімто, виключну й обмежену, однак, як ми переконуємося далі, далеко не очевидну галузеву належність до міжнародного та національного права лише

у сфері освіти, науки і культури. Це є початковим свідченням зазначеної нами вище подвійної, а іноді і потрійної міжгалузевої належності сфери наукової, дослідницької та викладацької діяльності.

Наведення ж змісту підп. (b) п. 1 Розділу 1 «Визначення» Рекомендації 1997 р. ясно вказує на те, що лише в рамках певних соціально організованих інституцій (спільнот), лише за умов набуття людиною певного соціально-правового статусу, який передбачає користування певним комплексом визначених соціально-трудова прав та виконання комплексу визначених соціально-трудова обов'язків, наукова, дослідницька та викладацька діяльність стають об'єктом нормативно-правового регулювання в рамках галузі права у сфері регулювання трудових відносин (наводиться мовою оригіналу): «(b) под «исследовательской деятельностью» в контексте высшего образования понимаются оригинальные исследования в области технологии, естественных, инженерных, социальных и гуманитарных наук, медицины, культуры или образования, предполагающие тщательно организованные изыскания на основе критического подхода с использованием различных приемов и методов, в соответствии с характером и условиями поставленных проблем, которые направлены на уточнение и/или решение этих проблем и опираются на соответствующую инфраструктуру, если осуществляются в институциональных рамках (курсив мій. – Авт.)»⁵.

Якщо ж ми звернемося до положення відповідних статей Закону Латвії про ВНЗ, який не містить визначення поняття «викладацька діяльність», то знайдемо схожі, відповідним чином інституціоналізовані ознаки, наприклад, викладацької діяльності як об'єкта регулювання в рамках права у сфері регулювання трудових відносин. Так, у п. 1 ст. 1 «Визначення» Закону Латвії про ВНЗ говориться (наводиться в перекладі з мови-оригіналу джерела): «1) Академічною годиною є відрізок робочого часу, призначений для здійснення навчального процесу, тривалість якого становить 45 хвилин»; п. 7 цієї ж статті Закону Латвії про ВНЗ зазначає (наводиться в перекладі з мови-оригіналу джерела): «7) Безпосереднім уроком є безпосереднє спілкування між студентами та науково-педагогічним складом, яке здійснюється заради досягнення цілей та завдань навчальної програми, відповідно до учбового плану, та тривалість якого становить одну академічну годину»⁶. Таким чином, ми стикаємося із правовою нормою, яка опосередковує поняття діяльності через категорії робочого часу та його встановлених відрізків, а також виконуваних посадових, трудових обов'язків.

Визначення поняття «наукової діяльності» як діяльності, яка здійснюється в рамках соціально-організованих інституцій та заради кращого виконання конкретних професійних, трудових функцій, службових обов'язків, тобто є підпорядкованою їм, наводиться у підп. (c) Розділу I «Визначення» Рекомендації 1997 р. (наводиться мовою оригіналу): «под «научной деятельностью» понимаются процессы, посредством которых преподавательские кадры высших учебных заведений постоянно обновляют знания по своему предмету или готовят научные публикации, распространяют свои труды, совершенствуют свои педагогические навыки и в качестве преподавателей своих дисциплин повышают свою научную (професійну, трудову. – Прим. авт.) квалификацию»⁷.

Достатньо красномовним видається і положення п. 1 ст. 19 «Наукова діяльність у вищих навчальних закладах» Закону Латвії про наукову діяльність, яке також чітко інституціоналізує поняття наукової діяльності в категорії трудового, професійного та іншого обов'язку (наводиться в перекладі з мови-оригіналу джерела): «1) Вищі навчальні заклади зобов'язані (курсив мій. – Авт.) здійснювати наукову діяльність та видавати власні збірки наукових періодичних видань та журналів»⁸.

Зазначеними нами соціально організованими інституціями (спільнотами) або «інституціональними рамками», які є невід'ємними складовими елементами не тільки суто галузі трудового права, а й сфери найманої, оплачуваної праці в загальному, широкому розумінні, та які «спираються на відповідну інфраструктуру», тобто матеріально-технічну базу, є організації, заклади, інституції, які безпосередньо відтворюють інститут трудових відносин, виконуючи працевлаштовну функцію, та користуючись певним правовим статусом (наприклад, статусом держаної/недержавної установи, юридичної та іншої особи). Таким чином, йдеться про безпосередніх роботодавців. У рамках сфери наукової, дослідницької та викладацької діяльності роботодавцями виступають наукові, дослідницькі установи (організації) та вищі навчальні заклади.

Так, п. 7 ст. 1 Закону Латвії про наукову діяльність зазначає (наводиться в перекладі з мови-оригіналу джерела), що «науковими інституціями є наукові організації, вищі навчальні заклади, комерційні компанії, а також інші організації, згідно чийх статутів, організаційних документів та зведень щодо основ їхньої діяльності забезпечується здійснення наукової діяльності та участь у процесі набуття та підвищення наукової кваліфікації, та які є зареєстрованими в системі реєстру наукових інституцій»⁹.

Пункт 1 ст. 3 «Вищі навчальні заклади» Закону Латвії про ВНЗ наводить стисле і загальне визначення поняття таких закладів в якості соціально організованих інституцій (спільнот), залучених не лише до викладання, а й до наукової та дослідницької діяльності (наводиться в перекладі з мови-оригіналу джерела): «1) Вищими навчальними закладами є заклади, які надають освітні послуги з набуття вищої освіти та які здійснюють наукову діяльність, в яких виконуються програми академічного та професійного навчання, та які також є залученими до наукової, дослідницької та художньої діяльності»¹⁰.

Відповідно ж до п. 2 ст. 21 «Наукова інституція» Закону Латвії про наукову діяльність, сучасна латвійська наукова інституція користується наступними видами правового статусу (наводиться в перекладі з мови-оригіналу джерела): «2) Наукова інституція може бути: 1) державною установою; 2) установою, створеною за рішенням Кабінету Міністрів; 3) структурним підрозділом вищого навчального закладу; 4) приватною юридичною особою або структурним підрозділом того ж самого правового статусу»¹¹. Що ж стосується правового статусу вищих навчальних закладів, то відповідно до п. 1 ст. 8 Закону Латвії про ВНЗ зазначається наступне (наводиться в перекладі з мови-оригіналу джерела): «1) Вищі навчальні заклади можуть засновуватися дер-

жавою та іншими юридичними та фізичними особами, включно із закордонними юридичними та фізичними особами (курсив мій. – Авт.)»¹².

Таким чином, узагальнені складові важливого поняття «соціально організовані інституції (спільноти)», які в контексті теми даної статті розуміються нами в якості наукових, дослідницьких інституцій та вищих навчальних закладів, які, у свою чергу, виступають в даному контекстно-тематичному випадку, з одного боку, в якості представників соціального інституту роботодавців (тобто агентів попиту на працю науковців, дослідників та викладачів та реципієнтів трудових пропозицій з їхнього боку в рамках ринку праці), а з другого, інституціями, які володіють та користуються придатною для здійснення наукової, дослідницької та викладацької діяльності матеріально-технічною базою, інфраструктурними об'єктами нерухомої власності (будівлі) та відповідним майном (обладнанням, приладами тощо), наводяться у п. 4 Розділі II «Науково-дослідницькі працівники в аспекті вироблення національної політики» Рекомендації 1974 р. (наводиться мовою оригіналу): «Кожному державному члену следует стремиться к использованию научных и технических знаний для повышения культурного и материального благосостояния своих граждан и содействия идеалам и мирным целям Организации Объединенных Наций. Для достижения указанных целей каждому государству члену следует обеспечить себя персоналом, (материально-оснащенными. – Прим авт.) учреждениями и аппаратом (курсив мій. – Авт.), необходимыми для разработки и внедрения в практику национальной политики в области науки и техники...»¹³.

Широкі поняття «працівник» в рамках сфери наукової, дослідницької та викладацької діяльності, виступаючи природним соціальним та нормативно-правовим контрагентом вищевизначеної категорії/спільноти роботодавців, є опосередкованим більш вузькими характерними поняттями, які вказують на приналежність людини до плеяди представників певних професій, професійно-кваліфікаційних та освітньо-кваліфікаційних груп, а також виконавців певних професійних, трудових та посадово-функціональних, службових обов'язків. Так, нормативно-правові положення ст. 4 «Працівники у сфері здійснення досліджень» Закону Латвії про наукову діяльність зазначають (наводиться у перекладі з мови-оригіналу джерела): «Працівниками у сфері здійснення наукових досліджень є: 1) науковці; 2) науково-технічний персонал; 3) допоміжний дослідницький персонал»¹⁴.

Пункт 1 ст. 5 «Статус науковця» Закону Латвії про наукову діяльність надає загальне визначення науковця, яке здійснює понятійне відсилання до категорії діяльності, освітньо-професійної кваліфікації та, можливо, посади, без зазначення певних, спеціалізованих характеристик науковця як суб'єкта трудових відносин або суб'єкта права у сфері регулювання таких відносин (наводиться у перекладі з мови-оригіналу джерела): «1) Науковцем є фізична особа, яка здійснює наукову діяльність та яка набула кваліфікації науковця відповідно до процедур, визначених в цьому Законі». Згідно з п. 1 ст. 26 «Дослідницькі посади в наукових інституціях та комерційних компаніях» Закону Латвії про наукову діяльність, посадами у сфері науково-дослідницької діяльності є (наводиться у перекладі з мови-оригіналу джерела) «1) старший науковий співробітник, 2) дослідник та 3) асистент»¹⁵.

Виключно у світлі виконуваних посадових обов'язків, що, у свою чергу, ясно відтворює поняття одного із суб'єктів трудових відносин, визначається, відповідно до п. 5 та 6 ст. 1 Закону Латвії про наукову діяльність, і зміст таких понять, як «науково-технічний персонал» та «допоміжний дослідницький персонал» відповідно (наводиться у перекладі з мови-оригіналу джерела): «5) Науково-технічним персоналом є особи, які володіють необхідними технічними знаннями та досвідом в одній або кількох галузях та беруть участь у здійсненні наукової діяльності, будучи підпорядкованими науковцям, виконуючи завдання технічного характеру. Інженери, працівники сфери технічного обслуговування, лабораторні асистенти, технологи та оператори також є представниками науково-технічного персоналу; 6) допоміжним дослідницьким персоналом є особи, які виконують допоміжні функції в рамках завдань науково-технічного характеру (працівники відділів планування, економіки, фінансів та науково-технічної інформації, працівники спеціальних та науково-технічних бібліотек, фахівці патентних бюро, архіваріуси, а також кваліфіковані працівники, які забезпечують збирання, настроювання, обслуговування та поладження обладнання та пристроїв, необхідних для здійснення наукової діяльності)»¹⁶.

Достатньо характерною ліберальною рисою сучасного латвійського законодавства у сфері наукової та дослідницької та викладацької діяльності є правова норма щодо дозволу закордонним фахівцям працювати у латвійських наукових інституціях. Так, п. 1) ст. 37 «Участь закордонних дослідників у науково-дослідницьких проектах, які виконуються науковою інституцією» Закону Латвії про наукову діяльність зазначає (наводиться у перекладі з мови-оригіналу джерела): «1) Наукові інституції, які є зареєстрованими у Реєстрі наукових інституцій, мають право запрошувати громадян третіх країн до участі у здійсненні науково-дослідницьких проектів, коли такі особи не є громадянами Європейського Союзу та коли він або вона мають науковий ступінь доктора наук (європейський аналог радянського та пострадянського наукового ступеня кандидата, а не доктора наук. – Прим. авт.), або коли така особа має повну вищу освіту, необхідну для здобуття наукового ступеню доктора наук. В такому випадку наукова інституція укладає трудовий договір із закордонним дослідником, де визначаються умови виконання дослідницького проекту»¹⁷.

Пункт (f) Розділу I «Визначення» Рекомендації 1997 р. надає визначення поняття «викладацькі кадри», яке є також достатньо інституціалізованим з точки зору норм права у сфері регулювання трудових відносин (наводиться мовою оригіналу): «(f) под «преподавательскими кадрами высших учебных заведений» понимаются все лица в учебных заведениях или программах высшего образования, которые в течение полного или неполного рабочего дня занимаются преподаванием и/или научной, и/или исследовательской деятельностью, и/или те, кто предоставляет образовательные услуги учащимся или обществу в целом»¹⁸.

У рамках Закону Латвії про ВНЗ, на відміну від Рекомендації 1997 р., більш детально представлено відповідні правові норми щодо визначення поняття викладацького (педагогічного) та іншого персоналу вищих навчальних закладів. Так, відповідно до п. 1 ст. 26 «Персонал вищих навчальних закладів, його права та обов'язки» Закону Латвії про ВНЗ зазначається (наводиться у перекладі з мови-оригіналу джерела): «1) персонал вищих навчальних закладів складається з наступних категорій: 1) науково-педагогічний склад – працівники відповідних підрозділів вищого навчального закладу, яких було обрано на науково-педагогічні посади; 2) персонал загального обслуговування у вищому навчальному закладі; та 3) студенти, включно із тими, хто опановує магістерський курс підготовки та дисертанти»¹⁹. До категорії працівників науково-педагогічного складу, відповідно до пп. 1 та 2 ст. 27 «Науково-педагогічний склад» Закону Латвії про ВНЗ, належать (наводиться у перекладі з мови-оригіналу джерела): «1) науково-педагогічний склад вищого навчального закладу складається з (наводиться у перекладі з мови-оригіналу джерела): 1) професорів, доцентів; 2) викладачів, старших наукових співробітників; 3) лекторів, дослідників; 4) асистентів»; 2) представники науково-педагогічного складу вищого навчального закладу здійснюють науково-дослідницьку діяльність та беруть участь у навчанні студентів»²⁰.

Представниками ж персоналу загального обслуговування у вищому навчальному закладі є, відповідно до ст. 43 Закону Латвії про ВНЗ, є (наводиться у перекладі з мови-оригіналу джерела): «1) персонал загального обслуговування у вищому навчальному закладі складається з працівників адміністративного персоналу, працівників допоміжного викладацького складу, працівників технічного та економічного відділів, та інших працівників, за виключенням працівників науково-педагогічного складу»²¹.

Обидва розглянуті нами суб'єкти трудових відносин у сфері наукової, дослідницької та викладацької діяльності, тобто безпосередньо *роботодавці та працівники*, а саме науковці, дослідники та викладачі, найбільш явно, очевидно та впорядковано відтворюються на функціональному рівні через здійснення комплексу їхніх природних соціально-трудова прав та обов'язків, які, у свою чергу, перебувають у стані *взаємного нормативно-правового зв'язку та впливу*.

Багатогранність і специфіка сфери наукової, дослідницької та викладацької діяльності обумовлює очевидну суттєву відмінність та специфічність прав і обов'язків працівників у сфері наукової та дослідницької діяльності. Крім суто трудових прав та обов'язків, працівники у сфері наукової та дослідницької діяльності, як відомо, користуються низкою важливих для них прав та є пов'язаними низкою суворих моральних обов'язків, які у сукупності належать виключно до галузі права у сфері освіти, науки і культури та галузі права у сфері захисту прав інтелектуальної власності.

Серед таких природних та гарантованих прав науковців і дослідників слід згадати, наприклад, право на вільний, не підпорядкований цезурному, зокрема ідеологічному контролю вибір галузі та тематичного напрямку наукового дослідження, право на вільне, не підпорядковане цезурному, зокрема ідеологічному контролю розповсюдження результатів наукових досліджень через публікації у наукових виданнях та участь у наукових заходах, зокрема і за кордоном, право на здійснення міжнародного співробітництва у сфері наукової та дослідницької діяльності, право на вільний доступ до наукової інформації і досягнень в тих чи інших галузях наукових досліджень та, безумовно, право на захист результатів своїх наукових досліджень в якості своєї інтелектуальної власності тощо. Специфічними обов'язками науковців та дослідників, крім власне трудового, оплачуваного обов'язку здійснювати наукову й дослідницьку діяльність, досягати відчутних результатів такої діяльності тощо, є гарантування максимальної об'єктивності, правдивості, неупередженості та верифікованості результатів їхніх наукових досліджень, обов'язок розповсюджувати результати своїх наукових досліджень, обов'язок постійно підвищувати рівень своєї науково-дослідницької кваліфікації та наукових знань і освіченості, обов'язок здійснювати наукові дослідження виключно на благо миру, мирного розвитку, міжнародного співробітництва, з метою викорінення невігластва та бідності, забезпечення щастя, розвитку й благополуччя усього світового людського соціуму.

Таким чином, постулюючи імперативний обов'язок науковців та дослідників сповідувати у своїй діяльності цілі, принципи та ідеали Організації Об'єднаних Націй, вказуючи на характер їхніх прав та обов'язків, детермінованих нормами галузі права у сфері освіти, науки і культури, а також галузі права у сфері захисту прав інтелектуальної власності, ми знову ж таки зазначаємо очевидність та безперечність факту міжгалузєвої правової належності сфери наукової, дослідницької та, безумовно, викладацької діяльності. Такі загальноновизнані права та обов'язки науковців і дослідників усього світу є відповідним чином нормативно кодифікованими у джерелах національного права Латвії, якими ми оперуємо в даній статті.

Таким чином, у зазначених джерелах сучасного латвійського законодавства у сфері наукової, дослідницької та викладацької діяльності, як і у наведених галузєвих джерелах універсального міжнародного та загальноєвропейського регіонального права, відтворено усі необхідні базові, системоутворюючі елементи права у сфері регулювання трудових відносин, якими є: а) поняття діяльності в якості найманої та оплачуваної праці, здійснення і використання якої підпорядковується чітким соціально-правовим нормам та рекомендаційним положенням трудового й іншого суміжного йому законодавства; б) поняття природних суб'єктів трудових відносин, якими у сфері наукової, дослідницької та викладацької діяльності є працівник – науковець, дослідник та викладач, а також працівники інших категорій, та роботодавець – наукова, дослідницька установа та вищий навчальний заклад; в) комплекс природних соціально-трудова прав та обов'язків, притаманних зазначеним суб'єктам трудових відносин у сфері наукової, дослідницької і викладацької діяльності; права та обов'язки у сфері наукової, дослідницької, викладацької, а також будь-якої іншої діяльності перебувають у стані природного взаємного нормативно-правового зв'язку та впливу.

Зміст зазначених базових, системоутворюючих елементів трудового права, які містяться у нормах джерел сучасного, діючого латвійського законодавства у сфері наукової, дослідницької та викладацької діяльності, значною мірою відповідають змісту відповідних визначень, понять та положень, наведених у галузевих джерелах універсального міжнародного та загальноєвропейського регіонального права у зазначеній сфері трудової діяльності. Нормативно-правові положення про інші надзвичайно важливі соціально-трудова права і обов'язки працівників та роботодавців у сфері наукової, дослідницької й викладацької діяльності містяться у відповідних джерелах трудового та іншого права Латвії.

Розгляд змісту правових норм сучасного латвійського законодавства у сфері наукової, дослідницької та викладацької діяльності підтверджує нашу думку про міжгалузеву належність такого законодавства до: а) галузі права у сфері регулювання трудових відносин; б) галузі права у сфері освіти, науки і культури; в) галузі права у сфері захисту прав інтелектуальної власності.

¹ Європейська хартія дослідників від 11 березня 2005 року // Російський союз молодих вчених : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rosmu.ru/activity/events/413.html> – Назва з екрану.

² Європейська хартія дослідників від 11 березня 2005 року // Російський союз молодих вчених : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rosmu.ru/activity/events/413.html> – Назва з екрану.

³ Law on Scientific Activity of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lv/lv014en.pdf> – Назва з екрану.

⁴ Рекомендация о статусе научно-исследовательских работников // Акты Генеральной конференции ЮНЕСКО. Восемнадцатая сессия Париж, 17 октября – 23 ноября 1974 г. Том 1. Резолюции. – ЮНЕСКО, 1975 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114040rb.pdf#page=180> – Назва з екрану.

⁵ Рекомендация ЮНЕСКО о статусе преподавательских кадров высших учебных заведений 1997 г. (Рекомендации ЮНЕСКО/МОТ) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001604/160495r.pdf>

⁶ Law on Institutions of Higher Education of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/Law_On_Institutions_of_Higher_Education.doc – Назва з екрану.

⁷ Рекомендация ЮНЕСКО о статусе преподавательских кадров высших учебных заведений 1997 г. (Рекомендации ЮНЕСКО/МОТ) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001604/160495r.pdf>

⁸ Law on Scientific Activity of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lv/lv014en.pdf> – Назва з екрану.

⁹ Law on Scientific Activity of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lv/lv014en.pdf> – Назва з екрану.

¹⁰ Law on Institutions of Higher Education of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/Law_On_Institutions_of_Higher_Education.doc – Назва з екрану.

¹¹ Law on Scientific Activity of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lv/lv014en.pdf> – Назва з екрану.

¹² Law on Institutions of Higher Education of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/Law_On_Institutions_of_Higher_Education.doc – Назва з екрану.

¹³ Law on Scientific Activity of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lv/lv014en.pdf> – Назва з екрану.

¹⁴ Law on Scientific Activity of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lv/lv014en.pdf> – Назва з екрану.

¹⁵ Law on Scientific Activity of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lv/lv014en.pdf> – Назва з екрану.

¹⁶ Law on Scientific Activity of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lv/lv014en.pdf> – Назва з екрану.

¹⁷ Law on Scientific Activity of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lv/lv014en.pdf> – Назва з екрану.

¹⁸ Рекомендация ЮНЕСКО о статусе преподавательских кадров высших учебных заведений 1997 г. (Рекомендации ЮНЕСКО/МОТ) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001604/160495r.pdf>

¹⁹ Law on Institutions of Higher Education of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/Law_On_Institutions_of_Higher_Education.doc – Назва з екрану.

²⁰ Law on Institutions of Higher Education of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/Law_On_Institutions_of_Higher_Education.doc – Назва з екрану.

²¹ Law on Institutions of Higher Education of the Republic of Latvia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/Law_On_Institutions_of_Higher_Education.doc – Назва з екрану.

Резюме

Назимко О. В. Базові елементи трудового права в сучасному законодавстві Латвії у сфері наукової, дослідницької та викладацької діяльності.

У даній статті автор здійснює виявлення, наведення та розгляд базових, системоутворюючих нормативних елементів трудового права, які об'єктивно відтворюються в джерелах сучасного, діючого латвійського законодавства у сфері наукової, дослідницької та викладацької діяльності. Автор розглядає зміст зазначених латвійських правових норм, встановлює та обґрунтовує очевидний міжгалузевий характер, притаманний їм, а також міру їхньої відповідності змісту правових норм і рекомендаційних положень низки універсальних міжнародних та загальноєвропейських регіональних документів у сфері регулювання наукової, дослідницької та викладацької діяльності.

Ключові слова: сфера наукової, дослідницької та викладацької діяльності, трудове право, праця, науковець, дослідник, викладач, Закон Латвії, соціально організовані інституції (спільноти), права та обов'язки у сфері трудових відносин.

Резюме

Назимо Е. В. Базовые элементы трудового права в современном законодательстве Латвии в сфере научной, исследовательской и преподавательской деятельности.

В данной статье автор осуществляет рассмотрение норм трудового права Латвии в сфере научной, исследовательской и преподавательской деятельности, устанавливает и обосновывает межотраслевой характер, присущий им, а также степень их соответствия содержания правовых норм и рекомендательных положений ряда универсальных международных и общеевропейских региональных документов в сфере регулирования научной, исследовательской и преподавательской деятельности.

Ключевые слова: сфера научной, исследовательской и преподавательской деятельности, трудовое право, труд, ученый, исследователь, преподаватель, Закон Латвии, социально организованные институты (сообщества), права и обязанности в сфере трудовых отношений.

Summary

Nazymko O. The basic elements of labor law in the present Latvian legislation on scientific, research and teaching activities.

In the present paper the author reveals, adduces, and considers basic, backbone normative elements of labor law which are objectively reproduced in the present, effective Latvian law sources on scientific, research and teaching activities. The author considers content of mentioned Latvian national legal norms, establishes and proves their apparent inter-branch character and the extent of their concordance to content of legal norms and recommendations of the set of international universal and pan-European regional instruments on scientific, research and teaching activities.

Key words: scientific, research and teaching activities, labor law, work, scientist, researcher, teacher, Act of Latvia, socially-based institutions (communities), labor rights and duties.

УДК 346.91

О. Г. ХРИМЛІ

Олександр Геннадійович Хримлі, кандидат юридичних наук, докторант Інституту економіко-правових досліджень НАН України

ПОНЯТТЯ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ІНВЕТОРІВ У СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Законодавство України надає інвестору можливість захистити свої права за допомогою звернення в судові органи. Питанню судового захисту прав приділяють увагу такі вчені, як: М. В. Амельченко, І. М. Злакоман, О. А. Ломакіна, Д. М. Притика, Є. А. Таликін, В. С. Щербіна та інші. Але разом із цим мають місце проблеми як теоретичного, так і практичного плану, що нині залишилися не вирішеними.

Мета цієї статті – на основі аналізу теоретичних наробок і законодавства України запропонувати авторське визначення терміна «судовий захист прав інвесторів у сфері господарювання».

Передусім необхідно з'ясувати, які інвестиційні спори у сфері господарювання підлягають вирішенню в судовому порядку.

«Господарський спір – це правовий конфлікт, що виникає при створенні, організації діяльності та ліквідації суб'єктів господарювання, а також в сфері здійснення та управління господарською діяльністю, з приводу взамовиключних матеріальних суб'єктивних прав чи інтересів сторін, що може ускладнюватись за рахунок додаткових (адміністративного, податкового, земельного) елементів, і підлягає розгляду та вирішенню в порядку позовного провадження у господарському судочинстві»¹. Тобто, йдеться про спори, пов'язані зі створенням суб'єкта господарювання, здійсненням діяльності суб'єктом господарювання, припиненням діяльності суб'єктом господарювання.

Згідно з п. 3 ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність»² спори, що виникають в результаті здійснення інвестиційної діяльності, розглядаються відповідно судом або третейським судом. Крім цього, у п. 7 постанови Пленуму Вищого Господарського Суду України від 24 жовтня 2011 р. № 10 «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам»³ вказано, що відповідно до частини першої ст. 26 Закону України «Про режим іноземного інвестування»⁴ спори між іноземними інвесторами і державою з питань державного регулювання іноземних інвестицій та діяльності підприємств з іноземними інвестиціями підлягають розгляду в судах України, якщо інше не визначено міжнародними договорами України. За змістом ст.ст. 1 та 12 ГПК України⁵ господарським судам підвідомчі справи у відповідних спорах, якщо інше не визначено міжнародними договорами України. Справи в усіх інших спорах, не зазначених у частині першій цієї статті, підлягають розгляду в судах та/або в господарських судах України, або за домовленістю сторін у третейських судах, у тому числі за кордоном.

О. А. Ломакіна зазначає, що узагальнення підстав виникнення інвестиційних спорів дає змогу зробити висновок, згідно з яким найбільш поширеними підставами є:

- невиконання Україною взятих зобов'язань за укладеними договорами (наприклад, неправомірна затримка судна «Херсонес» і тим самим порушення договору між німецькою компанією «Інмаріс» та Керченським державним технологічним університетом);
- несвоєчасне реагування центральних органів виконавчої влади України на пропозиції іноземних інвесторів щодо досудового врегулювання проблемних питань з іноземним інвестором (наприклад, справа за позовом ТОВ «АМТО»);
- невиконання зобов'язань, взятих на себе українською стороною за мирними угодами;
- довготривала процедура розгляду національними судами справ за участю іноземного суб'єкта інвестування;
- недосконала та довготривала процедура виконання судових рішень органами державної виконавчої служби України;
- недотримання заінтересованими органами та організаціями вимог Порядку здійснення захисту прав та інтересів України під час урегулювання спорів, розгляду у закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб'єкта та України, затвердженого Указом Президента України від 11 вересня 2006 р. № 745/2006, в частині своєчасного надання інформації та матеріалів відповідальному органу⁶.

Г. А. Кравчук зазначає, що предметом розгляду спорів, які розглядаються господарськими судами за участю іноземних інвесторів, найчастіше є: стягнення заборгованості за продукцію, товари, послуги; розірвання та визнання недійсними договорів підряду, оренди, купівлі-продажу тощо; захист права власності; визнання недійсними рішень загальних зборів товариств та інші спори з корпоративних відносин; визнання недійсними рішень АМК України; землекористування; банківська діяльність; захист інтелектуальної власності тощо⁷.

І. М. Злакоман вказує, що кваліфікуючими ознаками інвестиційних спорів слід вважати: предмет спору, за яким визначається, що спір виник з підстав, пов'язаних із порушеннями інвестиційних правових відносин; суб'єктний склад учасників спору, за яким хоча б один з учасників спору має бути пов'язаним з інвестуванням; специфічні способи вирішення спору⁸.

На думку С. І. Крупко, при класифікації інвестиційних спорів можливо використовувати критерій характеру вимоги, критерій підстави виникнення спору і критерій предмета спору. За характером вимоги інвестиційні спори поділяються на: приватноправові, публічно-правові і змішані. Спори про відшкодування збитків, про стягнення неустойки, про внесення змін до інвестиційної угоди носять характер приватноправових. До публічно-правових спорів відносять спори про дотримання принципів експропріації, про дотримання принципів виплати компенсації, встановлених міжнародними договорами – міжурядових угодах про заохочення і взаємний захист капіталовкладень, про надання режиму найбільшого сприяння. Як правило, інвестиційні спори мають змішаний характер, коли інвестор (іноземний) одночасно висуває вимоги публічно-правового і приватноправового характеру⁹. На нашу думку, спірним є поділ інвестиційних спорів на: приватноправові, публічно-правові і змішані, оскільки інвестиційні спори мають одночасно ознаку публічно-правового і приватноправового характеру.

Проведений аналіз дає змогу згрупувати інвестиційні спори та запропонувати наступні категорії інвестиційних спорів у сфері господарювання, які підлягають вирішенню в судовому порядку: 1) спори, що пов'язані з інвестиційною діяльністю в сфері господарювання, які виникають на будь-якій стадії здійснення господарської діяльності інвесторами; 2) спори між іноземними інвесторами і державою з питань державного регулювання іноземних інвестицій та діяльності підприємств з іноземними інвестиціями.

Доцільно зазначити, що спори, які пов'язані зі створенням суб'єкта господарювання, здійсненням діяльності суб'єктом господарювання, припиненням діяльності суб'єктом господарювання можуть розглядатися господарськими, адміністративними та судами загальної юрисдикції. Водночас «не виправдовує себе віднесення господарських за своїм змістом і правовою природою спорів (податкових, щодо визнання недійсними актів державних та інших органів тощо), з огляду лише на ознаку їх «публічності», до підвідомчості адміністративних судів»¹⁰. Вилучення господарсько-управлінських спорів із юрисдикції господарського суду веде до недостатнього врахування особливостей господарювання.

І. М. Злакоман зазначає, що інвестиційний спір за своєю природою є господарським спором. Враховуючи характер судового інвестиційного спору та потреби ефективного, оперативного і фахового його вирішення, І. М. Злакоман обґрунтовує необхідність віднесення його до виключної підвідомчості спеціалізованим господарським судам України¹¹.

Г. А. Кравчук переконаний, що на цей час господарські суди навіть в умовах постійних трансформаційних процесів ефективно забезпечують захист законних прав та інтересів суб'єктів господарювання, зокрема іноземних інвесторів та підприємств з іноземними інвестиціями. Свідченням цього є відсутність рішень Європейського суду за наслідками розгляду відповідних спорів господарськими судами. Попри різноманітність форм судового захисту, передбачених для іноземних інвесторів, на практиці найбільш популярним способом захисту порушених прав та охоронюваних законом інтересів серед іноземних інвесторів залишається звернення до господарських судів. Впевненість у тому, що законні інтереси кожного будуть захищені судом у повній відповідності до букви закону, є однією із головних складових сприятливого бізнес-клімату, зокрема інвестиційного, а отже, запорукою розбудови економічно успішної країни. Саме тому важливим чинником для захисту прав іноземного інвестора є гарантія захисту їхніх прав та інтересів у судовому порядку. Кількість розглянутих справ, яка постійно зростає, за участю іноземних інвесторів та коло питань, що оперативно вирішувалися господарськими судами під час їхнього розгляду, засвідчують належне забезпечення ними

всєбічного правового захисту порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів іноземних інвесторів, зокрема іноземних суб'єктів господарювання¹².

Цілково погоджуючись з думкою І. М. Злакомана і Г. А. Кравчука, автор вважає за доцільне проаналізувати особливі риси захисту прав інвесторів у господарському процесі. У ст. 1 ГПК України вказується, що підприємства, установи, організації, інші юридичні особи, громадяни, що здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи, і які в установленому порядку придбали статус суб'єкта підприємницької діяльності, мають право звернутися до господарського суду відповідно до встановленої підвідомчості господарських справ за захистом своїх порушених або оспорюваних прав та інтересів, що охороняються законом, а також для застосування передбачених даним кодексом заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням¹³. Дана норма показує, що законодавець відносить до захисту прав суб'єктів господарювання й захист вже порушених або оспорюваних прав, а також застосування заходів, спрямованих на запобігання порушенням. При цьому законодавець веде мову як про захист прав, так і про захист законних інтересів.

С. Л. Рабенко зазначає, що під судовою формою захисту прав суб'єктів господарювання розуміється діяльність уповноважених державою органів стосовно захисту порушених або оспорюваних прав. Сутність даної форми полягає в тому, що суб'єкт господарювання звертається за захистом до державних або інших компетентних органів, які уповноважені застосувати необхідні заходи для відновлення порушених прав та припинення правопорушень¹⁴.

На думку С. О. Таликіна, господарська процесуальна форма – це вид судової процесуальної форми і входить до цього більш широкого поняття. Разом із тим господарська процесуальна форма входить до іншого кола об'єктів порівняння, виділеного за принципом спрямованості на захист прав та інтересів суб'єктів господарювання¹⁵.

М. В. Амельченко, досліджуючи питання захисту прав суб'єктів господарювання у судовому процесі й виконавчому провадженні, визначає захист прав суб'єктів господарювання як забезпечення господарським судом і уповноваженими органами державної виконавчої влади відновлення порушених прав і застосування до правопорушників господарсько-правових санкцій¹⁶.

Як зазначає Д. М. Притика, доведено, що господарсько-судова форма захисту суб'єктивних прав, не зважаючи на схожість із загальносудовою формою захисту цивільних прав, істотно відрізняється від останньої: встановлена законом для господарського суду форма діяльності найбільш пристосована для розгляду і вирішення господарських спорів, повною мірою враховуючи вплив господарського суду на економіку України¹⁷.

Таким чином, у процесі господарсько-судової форми захисту суб'єктивних прав не тільки розглядається конкретний господарський спор, а й здійснюється вплив на господарську діяльність підприємців, що є сторонами спору, у цілому. Даний аспект також має важливе значення при визначенні суті поняття «судовий захист прав інвесторів у сфері господарювання».

Реальний захист конкретних порушених (оспорюваних) прав і визнаних законом інтересів повинен бути здійснено так, щоб це не завдало збитку економічному стану інвестора в цілому. І тут не можна не враховувати важливість реалізації у процесі захисту прав інвесторів специфічних принципів, характеристик господарського судочинства, властивих йому з моменту виникнення спеціального порядку розгляду економічних спорів. Зокрема, необхідність швидкого (своєчасного) розгляду спору. Відомо, що у сучасних економічних умовах навіть при винесенні відповідного рішення про захист порушеного права за умови невчасного вирішення спору суб'єктові інвестиційної діяльності може бути завдано значний економічний збиток. Отже, дана специфіка розгляду спорів, що витікають із господарських відносин, повинна знайти своє віддзеркалення у визначенні поняття «судовий захист прав інвесторів у сфері господарювання».

В. К. Мамутов зазначав, що при вирішенні господарських справ господарськими судами необхідно поряд з іншими способами тлумачення, давати й економічне тлумачення, тобто з'ясовувати економічний сенс норми, економічну мету, що мала на увазі у зв'язку з її ухваленням, економічні наслідки того чи іншого її розуміння¹⁸. І. Г. Побірченко зауважував, що виникнення господарських спорів в усіх випадках тією чи іншою мірою пов'язано з матеріальними, госпрозрахунковими інтересами організацій¹⁹.

Важливою рисою господарської діяльності є її організований характер. За висловом Г. Л. Знаменського господарювати – означає раціонально організувати взаємодію продуктивних сил²⁰. Найпоширеніший спосіб здійснення господарської діяльності – шляхом створення юридичної особи – вимагає організації відокремленого суб'єкта, наділення його майном, упорядкування його управління, створення механізму прийняття та реалізації господарських рішень, узгодження взаємних відносин між засновниками (учасниками) та юридичною особою. Відповідно, конфлікти, що виникають в означеній сфері, є господарськими, незважаючи на те, що їх учасниками часто можуть бути фізичні особи (засновники, учасники, вкладники, посадові особи). Недарма спеціальним рішенням законодавця корпоративні спори віднесені до компетенції господарських судів. Отже, у господарському спорі відображається організованість відносин, в яких він виникає²¹. О. П. Подцерковний підкреслює, що духу господарського права відповідає турбота про розвиток економічної системи загалом, економічна зумовленість права, порядок у господарській сфері, сприйняття підприємства не як майна, а як соціального організму, нарешті, узгодження приватних і публічних інтересів у правовому регулюванні²².

Аналізуючи особливості господарського процесу, необхідно зазначити, що з 1 травня 2016 р. набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» від 7 квітня 2015 р. № 289-VIII²³, яким у господарському судочинстві запроваджується нова категорія справ – справи у спорах між господарським товариством та його посадовою особою про відшкодування

збитків, завданих такою посадовою особою господарському товариству. Зокрема, позивачем у таких справах є господарське товариство, в інтересах якого подано позов про відшкодування збитків, завданих цьому товариству діями (бездіяльністю) його посадової особи. Право подати господарському суду позовну заяву від імені господарського товариства, а так само заяву про здійснення представництва позивача надано учаснику (акціонеру) цього товариства, якому сукупно належить 10 і більше відсотків статутного капіталу (простих акцій) товариства. Ці особи матимуть статус представника відповідного товариства.

Проведене дослідження демонструє, що при визначенні терміна «судовий захист прав інвесторів у сфері господарювання» доцільно врахувати необхідність узгодження приватних і публічних інтересів шляхом недопущення нанесення збитку економічному стану інвестора, забезпечення швидкого (своєчасного) розгляду спору, а також оприлюднення процесу й результату розгляду спору.

Підбиваючи підсумки проведеному аналізу, автор пропонує під судовим захистом прав інвесторів у сфері господарювання розуміти здійснювану відповідно до встановленої підвідомчості й підсудності діяльність судових органів, спрямовану на попередження правопорушення, відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав і законних інтересів інвесторів шляхом відкритого, справедливого і швидкого розгляду даної категорії спорів.

¹ Таликін С. А. Формування поняття господарського спору в контексті належної господарської юрисдикції / С. А. Таликін // Форум права. – 2014. – № 1. – С. 466–472. – С. 471.

² Про інвестиційну діяльність : Закон України від 18 вересня 1991 р. № 1560-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 47. – Ст. 646.

³ Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам : постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 24 жовтня 2011 р. № 10 // Вісник господарського судочинства. – 2011. – № 6. – С. 13.

⁴ Про режим іноземного інвестування : Закон України від 19 березня 1996 р. № 93/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 19. – Ст. 80.

⁵ Господарський процесуальний кодекс від 6 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.

⁶ Ломакіна О. А. Господарсько-правові засоби та форми вирішення інвестиційних спорів / О. А. Ломакіна // Гуманітарний вісник НУК. – 2013. – Вип. 6. – С. 162–171. – С. 165.

⁷ Кравчук Г. Іноземний капітал приходить у ті країни, де є умови для його ефективного функціонування та захисту, зокрема судового / Г. Кравчук // Юридична газета. – 2015. – № 7 (453).

⁸ Злакоман І. М. Господарсько-правові засоби та форми вирішення інвестиційних спорів : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарське процесуальне право» / І. М. Злакоман. – Одеса, 2011. – 199 с. – С. 160.

⁹ Крупко С. И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором / С. И. Крупко. – М. : БЕК, 2002. – 272 с. – С. 16–17.

¹⁰ Щербіна В. С. Деякі проблеми удосконалення господарського та господарського процесуального законодавства / В. С. Щербіна // Право України. – 2010. – № 8. – С. 13–19. – С. 17.

¹¹ Злакоман І. М. Особливості розмежування компетенції між загальними та господарськими судами України з вирішення інвестиційних спорів / І. М. Злакоман // Актуальні проблеми держави і права – 2011. – Вип. 58. – С. 505–511. – С. 506.

¹² Кравчук Г. Вказана праця.

¹³ Господарський процесуальний кодекс від 6 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.

¹⁴ Рабенко С. Л. Третейське судочинство як альтернативна юрисдикційна форма захисту прав суб'єктів господарювання / С. Л. Рабенко // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 2. – С. 362–366. – С. 362.

¹⁵ Таликін С. О. Ознаки господарської процесуальної форми як судової форми захисту прав та інтересів / С. Таликін // Юридична Україна. – 2012. – № 9. – С. 87–94. – С. 89.

¹⁶ Амельченко М. В. Захист прав суб'єктів господарювання в судовому процесі та у виконавчому провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 / М. В. Амельченко; НАН України, Ін-т екон.-правових досліджень. – Донецьк, 2001. – 188 с. – С. 26.

¹⁷ Притика Д. М. Організаційно-правові засади становлення і діяльності господарських судів України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / Д. М. Притика; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2003. – 26 с. – С. 26.

¹⁸ Мамутов В. К. Экономика и право : сб. науч. тр. / В. К. Мамутов. – К. : Юринком Интер, 2003. – 544 с. – С. 343.

¹⁹ Побирченко И. Г. Хозяйственные споры и формы их разрешения : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 1.2.719 / И. Г. Побирченко; Харьковск. юрид. ин-т. – Х., 1971. – 44 с. – С. 11.

²⁰ Хозяйственное право: учеб. / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, В. С. Хахулин и др. – К. : Юринком Интер, 2002. – 912 с. – С. 12.

²¹ Таликін С. А. Формування поняття господарського спору в контексті належної господарської юрисдикції / С. А. Таликін // Форум права. – 2014. – № 1. – С. 466–472. – С. 469.

²² Подцерковний О. П. Про необхідність підвищення уваги до методології тлумачення господарського законодавства / О. П. Подцерковний // Право України. – 2010. – № 4. – С. 265–274. – С. 267.

²³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів : Закон України від 7 квітня 2015 р. № 289-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 25. – Ст. 1331.

Резюме

Хрімлі О. Г. Поняття судового захисту прав інвесторів у сфері господарювання.

У статті запропоновано категорії інвестиційних спорів у сфері господарювання, які підлягають вирішенню в судовому порядку. Обґрунтовано, що вилучення господарсько-управлінських спорів із юрисдикції господарського суду веде до недос-

татнього врахування особливостей господарювання. У статті на основі проведеного аналізу теоретичних наробок і норм законодавства України автор пропонує під судовим захистом прав інвесторів у сфері господарювання розуміти здійснювану відповідно до встановленої підвідомчості й підсудності діяльність судових органів, спрямовану на попередження правопорушення, відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав і законних інтересів інвесторів шляхом відкритого, справедливого і швидкого розгляду даної категорії спорів.

Ключові слова: судовий захист прав інвесторів у сфері господарювання, законні інтереси, підвідомчість, приватні інтереси, публічні інтереси.

Резюме

Хримли А. Г. Поняття судової захисти прав інвесторів в сфері хозяйствования.

В статье предложены категории инвестиционных споров в сфере хозяйствования, подлежащие разрешению в судебном порядке. Обосновано, что изъятие хозяйственно-управленческих споров юрисдикции хозяйственного суда ведет к недостаточному учету особенностей хозяйствования. В статье на основе проведенного анализа теоретических наработок и норм законодательства Украины автор предлагает под судебной защитой прав инвесторов в сфере хозяйствования понимать осуществляемую в соответствии с установленной подведомственностью и подсудностью деятельность судебных органов, направленную на предупреждение правонарушения, восстановление (признание) нарушенных (оспариваемых) прав и законных интересов инвесторов путем открытого, справедливого и быстрого рассмотрения данной категории споров.

Ключевые слова: судебная защита прав инвесторов в сфере хозяйствования, законные интересы, подведомственность, частные интересы, публичные интересы.

Summary

Khrimli O. Notion of judicial protection rights in economic sphere.

Categories of investment disputes in economic sphere are offered in the article that are subject to resolution in judicial proceedings. It is substantiated that the withdrawal of economic and administrative disputes from jurisdiction of economic court leads to insufficient consideration of specific features of economic management. On the basis of the performed analysis of theoretic exploratory studies and norm of the legislation of Ukraine the author in the article offers to understand under judicial protection of investor rights in economic sphere the activity of judicial authorities performed pursuant to the set jurisdiction and amenability directed to prevention of violation of right, renewal (recognition) of violated (disputable) rights and legal interests of investors by means of open, fair and quick consideration of this category of disputes.

Key words: judicial protection of investor rights in economic sphere, legal interests; jurisdiction, private interests, public interests.

УДК 347.122/347

О. В. ШИНКАРУК

Олександра Василівна Шинкарук, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету Біоресурсів і природокористування України

ПОРУШЕННЯ ПРАВА ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ НА ДІЛОВУ РЕПУТАЦІЮ

Вітчизняна судова практика свідчить, що у справах з питань ділової репутації юридичних осіб існують різні підходи до формулювання протиправних діянь. Найбільш поширеними є використання термінів «порушення права на ділову репутацію», «приниження ділової репутації» і «погіршення ділової репутації». Останні два терміни не завжди визначають поняття, під якими однозначно розуміється здійснення винною особою певних протиправних діянь, оскільки ділова репутація може змінюватися унаслідок діяльності самого носія ділової репутації, у результаті неналежного виконання ним функцій, зобов'язань, погіршення якості товарів (робіт, послуг), що виробляються (здійснюються, надаються) такою юридичною особою тощо.

Як бачимо із назви статті, подібні випадки «самотійного» пониження чи погіршення ділової репутації юридичної особи залишаються поза предметом дослідження. Відповідно, досліджуються випадки, коли поза бажанням юридичної особи її ділова репутація зазнає втрат унаслідок неправомірних діянь з боку третіх осіб, зокрема через поширення негативної інформації про юридичну особу або ж неправомірне використання фірмового найменування, знака для товарів та послуг тощо.

Серед наукових досліджень, які стосуються порушення права юридичної особи на ділову репутацію, більшість присвячені деліктам, пов'язаним з господарською діяльністю юридичних осіб. У цьому напрямі, наприклад, О. В. Безух пропонує власне розуміння поняття ділової репутації суб'єкта господарювання, неправомірне використання якої створює акт недобросовісної конкуренції як «суспільно-позитивної оцінки з боку партнерів та споживачів сукупності специфічних якостей господарюючого суб'єкта та його продуктів, яка надає переваги в конкуренції та додаткові прибутки без збільшення обсягу активних операцій»¹.

Нагомість В. С. Кулішенко пропонує розуміти правопорушення неправомірного використання ділової репутації суб'єктів господарювання в конкуренції як «протиправну поведінку суб'єкта господарювання, що

завдає шкоди конкурентним господарським (підприємницьким) відносинам, порушує законодавство про захист від недобросовісної конкуренції, права на вільну, чесну конкуренцію і ділову репутацію шляхом експлуатації ділової репутації іншого суб'єкта господарювання-конкурента, що тягне ймовірність змішування споживачами діяльності носія ділової репутації (добросовісного конкурента) і недобросовісного конкурента»². Як бачимо, порушення права юридичної особи на ділову репутацію переважно пов'язують з недобросовісною конкуренцією. Фактично залишається поза увагою дослідників питання порушення права на ділову репутацію юридичної особи, яка не здійснює господарської діяльності, зокрема і юридичних осіб публічного права.

Натомість проблематика цивільно-правової відповідальності досліджується у напрямках деталізації окремих ознак або зовнішніх проявів ділової репутації. Зокрема, І. В. Кривошеїна визначає одним із основних видів порушень прав на фірмове найменування «використання третіми особами найменування, тотожного чи схожого до ступеня сплутування з фірмовим найменуванням тієї юридичної особи, яка має на нього виключне право; при цьому в більшості випадків йдеться про використання спеціального умовного позначення юридичної особи, тобто тієї частини фірмового найменування, яка саме і слугує вирізненню одних підприємств серед інших»³. Такі порушення варто включати до обсягу поняття «порушення права юридичної особи на ділову репутацію» у тих випадках, коли вони дійсно посягають на ділову репутацію. Наприклад, коли ділова репутація суб'єкта господарювання неправомірно використовується, внаслідок чого зменшується попит на товари (роботи, послуги), оскільки на ринок виходить продукція, як правило, за меншою ціною, відповідно зменшуються обсяги продажів. Але можуть бути і випадки, коли приниження ділової репутації юридичної особи під час неправомірного використання її фірмового найменування не відбувається, однак порушуються інші права юридичної особи.

У більшості своїй правопорушення, які стають основою для захисту права на ділову репутацію саме суб'єкта господарювання, є одним із видів недобросовісної конкуренції. Це простежується і у працях науковців, і у положеннях законодавства України. Причиною цього можуть бути норми міжнародних актів. Адже вперше характеристика актів недобросовісної конкуренції була визначена у Паризькій конвенції про охорону промислової власності, відповідно до якої підлягають забороні:

- 1) всі дії, здатні яким би то не було способом викликати змішування щодо підприємства, продуктів чи промислової або торговельної діяльності конкурента;
- 2) неправильні твердження при існуванні комерційної діяльності, що здатні дискредитувати підприємство, продукти чи промислову або торговельну діяльність конкурента;
- 3) вказівки чи твердження, використання яких при здійсненні комерційної діяльності може ввести громадськість в оману щодо характеру, способу виготовлення, властивостей, придатності до застосування чи кількості товарів⁴.

Подібні вимоги стосовно використання ділової репутації містяться і у Міжнародному кодексі рекламної практики. Зокрема передбачається, що:

1. Реклама не повинна необгрунтовано використовувати найменування або абревіатури інших фірм, компаній або організацій.
2. Реклама не повинна необгрунтовано використовувати престиж, властивий тій або іншій особі, товарному знаку або продукції іншої фірми.
3. Реклама не повинна імітувати загальну композицію, текст, гасла, відеоряд, музику, звукові ефекти та ін. елементи інших реклам таким чином, при якому вона може ввести в оману або може бути прийнята за іншу рекламу⁵.

Слід звернути увагу і на чинне законодавство стосовно порушень права на ділову репутацію, а також на окремі найбільш показові приклади із судової практики.

Насамперед приниження ділової репутації юридичної особи нерідко стає підставою для визначення немайнової шкоди, заподіяної юридичній особі. Так, у постанові Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» (зі змінами) під немайновою шкодою, заподіяною юридичній особі, пропонується розуміти втрати немайнового характеру, що настали у зв'язку з приниженням її ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошенням комерційної таємниці, а також вчиненням дій, спрямованих на зниження престижу чи підрив довіри до її діяльності⁶. Фактично вказується на усі визначені у першому розділі роботи зовнішні прояви ділової репутації.

Господарський кодекс України передбачає неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання як один із актів недобросовісної конкуренції. Так, недобросовісною конкуренцією визнаються будь-які дії у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності, зокрема неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання, створення перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції та досягнення неправомірних переваг у конкуренції, неправомірне збирання, розголошення та використання комерційної таємниці, а також інші дії (ст. 32 ГК).

Неправомірним використанням ділової репутації суб'єкта господарювання ГК визнає: неправомірне використання чужих позначень, рекламних матеріалів, упаковки; неправомірне використання товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу іншого виробника; порівняльну рекламу.

Неправомірним вважається використання без дозволу уповноваженої на те особи чужого імені, комерційного найменування, торговельної марки, інших позначень, а також належних іншій особі рекламних матеріалів тощо, що може призвести до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання, який має

пріоритет на їх використання. Неправомірним використанням товару іншого виробника вважається введення у господарський обіг під своїм позначенням товару іншого виробника шляхом змін чи зняття позначень виробника без дозволу уповноваженої на те особи.

Копіюванням зовнішнього вигляду виробу є відтворення зовнішнього вигляду виробу іншого суб'єкта господарювання і введення його у господарський обіг без однозначного зазначення виробника копії, що може призвести до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання. Не визнається неправомірним копіювання зовнішнього вигляду виробу або його частин, якщо таке копіювання зумовлено виключно їх функціональним застосуванням.

Порівняльною є реклама, що містить порівняння з товарами (роботами, послугами) чи діяльністю іншого суб'єкта господарювання. Не визнається неправомірним порівняння в рекламі у випадках, передбачених законом (ст. 33 ГК).

Тотожні норми містяться і в Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» у главі 2 «Неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання» щодо неправомірного використання позначень, неправомірного використання товару іншого виробника, копіювання зовнішнього вигляду виробу, порівняльної реклами. Деталізуються лише окремі положення згідно з бланкетними нормами Господарського кодексу України. Наприклад, не визнається неправомірним порівняння в рекламі, якщо наведені відомості про товари, роботи, послуги підтверджені фактичними даними, є достовірними, об'єктивними, корисними для інформування споживачів⁷.

Господарський кодекс України визначає окремі види правопорушень, пов'язаних з діловою репутацією, під загальним поняттям «створення перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції», визнаючи перешкодами у процесі конкуренції серед інших дискредитацію суб'єкта господарювання, тобто поширення у будь-якій формі неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з особою чи діяльністю суб'єкта господарювання, які завдали або могли завдати шкоди діловій репутації суб'єкта господарювання у Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції»: поширення у будь-якій формі неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з особою чи діяльністю суб'єкта господарювання, у тому числі щодо його товарів, які завдали або могли завдати шкоди діловій репутації суб'єкта господарювання⁸.

Як бачимо, господарське право України у межах законодавства про недобросовісну конкуренцію передбачає дві групи порушень, пов'язаних діловою репутацією юридичної особи (лише суб'єктів господарювання):

- 1) порушення, пов'язані з неправомірним використанням ділової репутації суб'єкта господарювання (неправомірне використання чужих позначень, рекламних матеріалів, упаковки; неправомірне використання товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу іншого виробника; порівняльна реклама);
- 2) порушення шляхом поширення у будь-якій формі неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з особою чи діяльністю суб'єкта господарювання, які завдали або могли завдати шкоди діловій репутації суб'єкта господарювання.

Слід звернути увагу, що друга група порушень не завжди має матеріальний склад, тобто наявність шкоди діловій репутації суб'єкта господарювання не є обов'язковим елементом складу такого правопорушення. Сам факт поширення у будь-якій формі неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з особою чи діяльністю суб'єкта господарювання, може становити господарсько-правове правопорушення недобросовісної конкуренції.

Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» також містить норми щодо порушень права юридичної особи на ділову репутацію, зокрема у частині такого зовнішнього її прояву, як знак для товарів і послуг. Визначається, що будь-яке посягання на права власника свідоцтва, передбачені зазначеним Законом, в тому числі вчинення без згоди власника свідоцтва дій, що потребують його згоди, та готування до вчинення таких дій, вважається порушенням прав власника свідоцтва, що тягне за собою відповідальність згідно з чинним законодавством України. Порушенням прав власника свідоцтва вважається також використання без його згоди в доменних іменах та позначень. На вимогу власника свідоцтва таке порушення повинно бути припинено, а порушник зобов'язаний відшкодувати власнику свідоцтва заподіяні збитки.

Власник свідоцтва може також вимагати усунення з товару, його упаковки незаконно використаного знака або позначення, схожого з ним настільки, що їх можна сплутати, або знищення виготовлених зображень знака або позначення, схожого з ним настільки, що їх можна сплутати. Вимагати поновлення порушених прав власника свідоцтва може за його згодою також особа, яка придбала ліцензію⁹.

З розвитком інформаційних технологій набувають правової охорони і об'єкти зовнішнього прояву ділової репутації у мережі Інтернет, зокрема з 2008 р. порушенням стало визнаватись використання знаків та позначень без згоди власника в доменних іменах.

Судова практика свідчить про актуальність такої зміни чинного законодавства. Так, компанія «Гугл Інк.» (Google Inc.) звернулася до господарського суду міста Києва з позовом про зобов'язання ТОВ «ГОУ ОГЛЕ» припинити використання комерційного найменування «Google» у доменному імені цього товариства www.google.ua та зобов'язання ТОВ «Хостмайстер», якому належить комплекс адміністративних повноважень щодо домену .UA, припинити делегування доменного імені www.google.ua на ім'я ТОВ «ГОУ ОГЛЕ».

Рішенням господарського суду міста Києва від 3 лютого 2009 р. позов задоволено.

Ухвалою Київського апеляційного господарського суду від 17 березня 2009 р. апеляційне провадження у даній справі зупинено до вирішення господарським судом міста Києва справи № 20/166 за позовом Ком-

панії «Гугл Інк.» (Google Inc.) до ТОВ «ГОУ ОГЛЕ» та Державного департаменту інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України про визнання недійсним свідоцтва України № 60594 на знак для товарів та послуг «GoOgle» (далі – господарська справа № 20/166).

Компанія «Гугл Інк.» (Google Inc.) звернулася до Вищого господарського суду України з касаційною скаргою, в якій просила ухвалу Київського апеляційного господарського суду від 17 березня 2009 р. скасувати, а справу передати на розгляд названої судової інстанції, посилаючись на неправильне застосування ст. 79 Господарського процесуального кодексу України. Зокрема, скаржник зазначав, що апеляційним господарським судом належним чином не обґрунтовано неможливість розгляду даної справи до вирішення справи № 20/166.

У відзиві на касаційну скаргу ТОВ «ГОУ ОГЛЕ» заперечувало проти доводів скарги і просило суд відмовити в її задоволенні.

Перевіривши правильність застосування апеляційним господарським судом норм процесуального права, заслухавши пояснення представників сторін, Вищий господарський суд України дійшов висновку про наявність підстав для задоволення касаційної скарги з урахуванням такого. У ст. 99 ГПК України зазначено, що в апеляційній інстанції справи переглядаються за правилами розгляду цих справ у першій інстанції з урахуванням особливостей, передбачених у цьому розділі. Апеляційний господарський суд, переглядаючи рішення в апеляційному порядку, користується правами, наданими суду першої інстанції. Відповідно до частини першої ст. 79 ГПК України господарський суд зупиняє провадження у справі в разі неможливості розгляду даної справи до вирішення пов'язаної з нею іншої справи, що розглядається іншим судом.

При цьому пов'язаність справи полягає в тому, що рішення іншого суду, який розглядає справу, встановлює обставини, що впливають на збирання та оцінку доказів у даній справі, зокрема, факти, що мають преюдиціальне значення. Ці обставини мають бути такими, що мають значення для даної справи. Невозможність розгляду даної справи до вирішення справи іншим судом полягає в тому, що обставини, які розглядаються іншим судом, не можуть бути встановлені господарським судом самостійно у даній справі внаслідок невідомості, обмеженості предметом позову, неможливості розгляду тотожної справи, певної черговості розгляду вимог.

Зі змісту оскаржуваної ухвали вбачається, що апеляційне провадження у справі було зупинено з тих підстав, що дана справа та справа № 20/166 пов'язані між собою. При цьому апеляційний господарський суд не проаналізував предмети спорів у зазначених справах і не вказав в оскаржуваному судовому акті будь-яких обставин, які обґрунтовували б їх пов'язаність та давали б підстави дійти висновку про те, що наявність спору зі справи № 20/166 про визнання недійсним свідоцтва України № 60594 на знак для товарів і послуг «GoOgle» виключає можливість розгляду даної справи про зобов'язання ТОВ «ГОУ ОГЛЕ» припинити використання комерційного найменування «Google» у доменному імені цього товариства www.google.ua. Водночас за приписом частини першої ст. 79 ГПК України саме наявність таких обставин є підставою для зупинення провадження у справі.

Таким чином, суд апеляційної інстанції припустився порушення норми процесуального права, неправильно застосувавши частину першу ст. 79 ГПК України, а тому Вищий господарський суд України постановив: Касаційну скаргу компанії «Гугл Інк.» (Google Inc.) задовольнити і ухвалу Київського апеляційного господарського суду від 17 березня 2009 р. зі справи № 12/25 скасувати¹⁰.

Загальне рішення у справі за позовом Компанії «Гугл Інк.» (Google Inc.) про зобов'язання ТОВ «ГОУ ОГЛЕ» припинити використання комерційного найменування «Google» у доменному імені цього товариства www.google.ua та зобов'язання ТОВ «Хостмайстер», якому належить комплекс адміністративних повноважень щодо домену .UA, припинити делегування доменного імені www.google.ua на ім'я ТОВ «ГОУ ОГЛЕ», було таке: рішенням господарського суду міста Києва від 3 лютого 2009 р. позов було задоволено¹¹.

Поза увагою дослідників і поза межами правового регулювання залишилося питання порушення права на ділову репутацію юридичної особи, яка не здійснює господарської діяльності, зокрема і юридичних осіб публічного права¹².

Однією із тенденцій розвитку відповідного законодавства України є набуття правової охорони об'єкти зовнішнього прояву ділової репутації у мережі Інтернет.

З огляду на вищевикладене можна зробити такі **висновки**:

1) судова практика свідчить, що у справах з питань ділової репутації юридичних осіб найбільш поширеними є використання термінів «порушення права на ділову репутацію», «пониження ділової репутації» і «погіршення ділової репутації»;

2) поза бажанням юридичної особи її ділова репутація зазнає втрат унаслідок неправомірних діянь з боку третіх осіб, зокрема через поширення негативної інформації про юридичну особу або ж неправомірне використання фірмового найменування, знака для товарів та послуг тощо;

3) обґрунтовано, що законодавство України передбачає склади правопорушень, пов'язаних з діловою репутацією юридичної особи, переважно у частині положень про недобросовісну конкуренцію, виокремлюючи дві групи порушень, пов'язаних діловою репутацією юридичної особи (лише суб'єктів господарювання);

4) доведено з урахуванням судової практики, що однією із тенденцій розвитку відповідного законодавства України є набуття правової охорони об'єкта зовнішнього прояву ділової репутації у мережі Інтернет.

¹ Безух О. В. Захист від недобросовісної конкуренції у сфері промислової власності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Безух. – Донецьк, 2001. – С. 15.

² Кулішенко В. С. Захист від неправомірного використання ділової репутації суб'єктів господарювання у конкуренції : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 / Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2003. – С. 175.

³ Кривошеїна І. В. Фірмове найменування: регулювання та правова охорона за законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / І. В. Кривошеїна; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2007. – 18 с.

⁴ Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року // Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 1990. – № 1. – Ст. 320.

⁵ Міжнародний кодекс рекламної практики від 2 грудня 1986 р. // Закон. – 1996. – № 12. – С. 54–57.

⁶ Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : постанова Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 4 (зі змінами) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua

⁷ Про захист від недобросовісної конкуренції : Закон України від 7 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 36. – Ст. 164.

⁸ Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436–IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18.

⁹ Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України від 15 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 36.

¹⁰ Про припинення порушення прав інтелектуальної власності на комерційне найменування : Постанова Вищого господарського суду України від 23 червня 2009 р. № 12/25 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.reyestr.court.gov.ua

¹¹ Про припинення порушення прав інтелектуальної власності на комерційне найменування : постанова Вищого господарського суду України від 19 січня 2010 р. № 12/25 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.reyestr.court.gov.ua

¹² Шинкарук О. В. Правова охорона немайнових прав юридичної особи : моногр. / О. В. Шинкарук. – К.: Міленіум, 2016. – 222 с.

Резюме

Шинкарук О. В. Порушення права юридичної особи на ділову репутацію.

У статті проаналізовано питання щодо порушення права юридичної особи на ділову репутацію та зазначено, що у судовій практиці з питань ділової репутації юридичних осіб найбільш поширеними є використання термінів «порушення права на ділову репутацію», «приниження ділової репутації» і «погіршення ділової репутації»; обґрунтовано, що законодавство України передбачає склади правопорушень, пов'язаних з діловою репутацією юридичної особи, переважно у частині положень про недобросовісну конкуренцію, виокремлюючи дві групи порушень, пов'язаних діловою репутацією юридичної особи (лише суб'єктів господарювання) та доведено з урахуванням судової практики, що однією із тенденцій розвитку відповідного законодавства України є набуття правової охорони об'єктів зовнішнього прояву ділової репутації у мережі Інтернет.

Ключові слова: юридична особа, ділова репутація, порушення права на ділову репутацію, пониження ділової репутації, погіршення ділової репутації.

Резюме

Шинкарук А. В. Нарушение права юридической личности на деловую репутацию.

В статье проанализирован вопрос относительно нарушения права юридической личности на деловую репутацию и отмечено, что в судебной практике по вопросам деловой репутации юридических лиц наиболее распространенными являются использования терминов «нарушение права на деловую репутацию», «унижение деловой репутации», «ухудшение деловой репутации»; обосновано, что законодательство Украины предусматривает составы правонарушений, связанных с деловой репутацией юридического лица, преимущественно в части положений о недобросовестной конкуренции, выделяя две группы нарушений, связанных с деловой репутацией юридического лица (лишь субъекты ведения хозяйства) и доказано с учетом судебной практики, что одной из тенденций развития соответствующего законодательства Украины является приобретение правовой охраны объектов внешнего проявления деловой репутации в сети.

Ключевые слова: юридическое лицо, деловая репутация, нарушение права на деловую репутацию, унижение деловой репутации, ухудшение деловой репутации.

Summary

Shynkaruk O. Violation of legal entity rights in business reputation.

The article analyzes such issues as abuse of the right of a legal entity to business reputation. The author notes that the terms «abuse of the right to business reputation», «violation of business reputation» and «business reputation deteriorating» are most commonly used in jurisprudence while considering business reputation of legal entities. The author proves that the Ukrainian legislation contemplates components to abuse relating to the business reputation of a legal entity mainly in terms of regulations of unfair competition and distinguishes two groups of violations related to the legal entity business reputation (business entities only). The litigation has proven that one of the trends of the relevant legislation of Ukraine is acquiring legal protection of the objects of the external manifestation of business reputation on the Internet.

Key words: entity, business reputation, abuse of the right of a legal entity to business reputation, violation of business reputation, business reputation deteriorating.

І. М. ВОЙЦЕХОВСЬКА

*Ірина Михайлівна Войцеховська, аспірантка
юридичного факультету Київського національно-
го університету імені Тараса Шевченка*

ДЕРЖАВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕСТРАХОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ОБ'ЄКТИВНА НЕОБХІДНІСТЬ ТА ФОРМИ ЗДІЙСНЕННЯ

Актуальність теми дослідження обумовлена відсутністю окремої системи державного регулювання перестрахової діяльності в Україні як однієї з умов її ефективного здійснення. Адже не слід забувати про те, що державна регламентація господарської діяльності в умовах переходу до ринкової економіки виходить не лише з принципів невтручання державних органів безпосередньо в діяльність суб'єктів господарювання, крім випадків, передбачених законодавством, а й з того, що держава не може стояти осторонь організації, упорядкування господарської діяльності і контролю за нею¹, без чого нормальне функціонування її суб'єктів є просто неможливим. Особливо це стосується перестрахової діяльності, здійснення якої на сьогодні в Україні ще не набуло достатнього поширення².

Існування такої ситуації ми вважаємо абсолютно недопустимим, однак, разом із тим, цілком закономірним з огляду на позицію вітчизняного законодавця щодо визнання перестрахової діяльності одним із видів страхової діяльності. Не розрізняючи вказані види підприємницької діяльності, законодавець однаково підійшов до врегулювання порядку створення, в тому числі ліцензування, функціонування і припинення діяльності страхових і професійних перестрахових компаній, державного нагляду за страховою і перестраховою діяльністю, договорів страхування і перестраховування, тощо³.

Проблематику державного регулювання господарської діяльності та економіки в цілому неодноразово досліджували такі вчені правової та економічної науки, як Е. Б. Адельсєйтова, А. Л. Бейкун, О. П. Віхров, Л. С. Головка, В. М. Гриньова, Л. І. Дідківська, Д. С. Зухба, Е. Н. Зухба, Н. Г. Каптуренко, Т. М. Кравцова, І. Р. Михасюк, В. В. Резнікова, Р. М. Рудницька, О. П. Рябченко, Л. А. Швайка, В. С. Щербина та інші⁴.

Проблематиці ж державного регулювання перестрахової діяльності були присвячені наукові праці таких вчених-правників та економістів, як О. П. Артамонов, А. С. Боженко, А. О. Бойко, Д. Е. Дмитрієва, І. О. Зискінд, О. В. Кнейслер, В. Р. Наркаєв, В. В. Нечипоренко, Н. Б. Пацурія, К. Г. Семенова, Е. П. Стась, Т. В. Татаріна та інші. Однак, на жаль, у своїй переважній більшості вони розкривали лише окремі аспекти відповідного державного регулювання або ж були присвячені аналізу міжнародного досвіду у даній сфері. А тому комплексне дослідження системи державного регулювання перестрахової діяльності в сучасній правовій та економічній науці відсутнє, що й зумовлює необхідність у його реалізації.

Варто зазначити, що до недавнього часу у світі не існувало єдиного підходу до державного регулювання перестрахової діяльності – в різних країнах застосовувалися різні підходи до його здійснення.

На практиці, про що вказує Т. В. Татаріна, було сформовано два основні підходи до державного регулювання відповідної діяльності, а саме: 1) державне регулювання, спрямоване на діяльність перестраховиків – прямий метод дії; та 2) державне регулювання, спрямоване на діяльність страховиків, які звертаються за перестраховим захистом (цедентів) – непрямий метод дії⁵. У тому випадку, коли державне регулювання, спрямоване на діяльність перестраховиків, дія регулюючих норм може поширюватися як на діяльність вітчизняних перестраховиків, так і на діяльність іноземних перестраховиків⁶. Окрім того, державне регулювання діяльності національних перестраховиків може бути спрямовано на діяльність спеціалізованих перестрахових компаній або ж на діяльність звичайних страхових компаній⁷, які поряд із страховими надають і перестрахові послуги також.

Серед вказаних підходів до державного регулювання перестрахової діяльності предмет наукового інтересу цього дослідження становить лише той, який стосується безпосереднього регулювання діяльності професійних перестраховиків (як вітчизняних, так й іноземних). Адже, на наш погляд, з огляду на особливий характер та зміст перестрахової діяльності як окремого виду підприємницької діяльності⁸ її державне регулювання має характеризуватися власними, відмінними від інших видів державного регулювання, рисами. У тих же випадках, коли регулюванню піддається діяльність страховиків (незалежно від того, застосовується прямий чи непрямий метод дії), воно здійснюється за допомогою системи державного регулювання страхової діяльності.

Разом із тим у переважній більшості країн державне регулювання перестрахової діяльності, навіть у випадку, коли воно було спрямовано на діяльність професійних перестраховиків, як правило, відбувалося в межах системи державного регулювання страхової діяльності, а відтак, розмежування між державним регулюванням відповідних видів господарської діяльності досить тривалий час взагалі не проводилося.

Однак з прийняттям Директиви 2005/68/ЄС Європейського парламенту та Ради від 16 листопада 2005 р. «Про перестраховування» основні засади державного регулювання перестрахової діяльності в рамках Євро-

пейської спільноти були суттєво змінені та певною мірою уніфіковані. Зокрема, за допомогою даної Директиви державне регулювання перестрахової діяльності було відокремлено від державного регулювання страхової діяльності та отримало самостійне законодавче закріплення на міжнародному рівні.

Прийняття Директиви було зумовлено тим, що на фоні зростаючого міжнародного інтересу до регулювання діяльності перестраховиків та загалом ролі перестраховання у забезпеченні фінансової стабільності на ринку страхових послуг існуюча неоднотайність та фрагментарність на національному рівні держав-членів ЄС при здійсненні відповідного державного регулювання видавалася вже такою, що не відповідає сучасним тенденціям у даній сфері. Окрім того, така ситуація позбавляла ЄС можливості «говорити одним голосом», незважаючи на провідну роль, зайняту європейською галуззю перестраховання в цілому в світовому перестрахованні⁹.

З метою вирішення зазначених проблем і була прийнята Директива 2005/68. Зокрема, Директивою було запроваджено окремий дозвіл (ліцензію) на право здійснення операцій з перестраховання, для отримання якого перестраховик повинен відповідати ряду вимог, а саме:

- володіти мінімальним розміром гарантійного фонду;
- мати ефективне управління на чолі з особами з доброю репутацією або досвідом;
- бути створеним у формі акціонерного товариства або у формі Європейської компанії;
- подати на розгляд схему власної діяльності.

Також Директивою було створено єдину систему такої авторизації: дозвіл (ліцензія) надається компетентним органом країни-члена, в якій перестрахова компанія має головний офіс, та дає можливість підприємству провадити діяльність на території Співтовариства на основі права заснування підприємства та свободи надання послуг. Перестрахова компанія, яка бажає провадити перестрахову діяльність на території країни-члена, в якій розташовується її філія чи надаються послуги, і яка вже була авторизована в країні-члені її походження, не повинна проходити повторну авторизацію.

Більше того, перестрахова компанія, яка вже була авторизована в своїй країні-члені Співтовариства, не підлягає додатковому контролю або перевіркам, пов'язаним з її фінансовою спроможністю, що проводяться компетентними органами страхового підприємства, яке перестраховане цим підприємством з перестраховання¹⁰.

Варто зазначити, що на сьогодні вимоги, закріплені даною Директивою, вже імплементовані у законодавство більшості європейських держав, таких як Німеччина, Ірландія, Великобританія, Франція, Швеція, Ліхтенштейн та ін.

Що ж стосується державного регулювання перестрахової діяльності в Україні, то його здійснення продовжує відбуватися виключно в рамках державного регулювання страхової діяльності. Такий висновок можна зробити, виходячи з наведеного нижче аналізу основних форм відповідного державного регулювання в нашій країні.

Планування страхової (перестрахової) діяльності. За всю історію незалежності України було прийнято три програмних документи, які визначали основні напрями розвитку страхового та (як його частини) перестрахового ринку. Найбільшої уваги інституту перестраховання було приділено в Концепції розвитку страхового ринку України до 2010 р. (останній програмний документ у даній сфері), якою, з-поміж усього іншого, передбачається необхідність зміцнення національного перестрахового ринку, запровадження ліцензування перестрахової діяльності та вдосконалення нагляду за її здійсненням¹¹.

Зазначені заходи з реалізації Концепції хоча й, безумовно, є об'єктивно необхідними та зумовленими існуючими потребами вітчизняного ринку перестраховання, однак, на наш погляд, носять досить фрагментарний характер та розглядаються виключно як допоміжні заходи для розвитку ринку страхових послуг. Відтак, вважаємо, що для забезпечення можливості ефективного функціонування не лише страхового, але й перестрахового ринку необхідним є розробка та прийняття окремого програмного документа у відповідній сфері.

Управління страховою (перестраховою) діяльністю. На сьогодні українське законодавство фактично визнає перестраховання частиною страхування, а відтак, як вже було зазначено, вітчизняний законодавець однаково підійшов до врегулювання порядку створення страхових та перестрахових компаній¹². Зокрема, передбачено обов'язкову державну реєстрацію в Єдиному державному реєстрі страховиків (перестраховиків) та отримання ліцензії на здійснення страхової діяльності, яка одночасно дає право на здійснення і перестрахової діяльності також.

Проте, зважаючи на самостійний та незалежний від страхової характер перестрахової діяльності¹³, вважаємо за потрібне встановлення окремих вимог до порядку створення відповідних суб'єктів. Зокрема, необхідним є: 1) запровадження окремого порядку державної реєстрації та ліцензування перестрахових компаній; 2) встановлення відмінних, підвищених (порівняно з вимогами до суб'єктів страхової діяльності) вимог до суб'єктів, які бажають займатися перестраховою діяльністю.

Варто звернути увагу на те, що проектом Закону України «Про страхування» № 1797-1 від 6 лютого 2015 р., прийнятим Верховною Радою України в першому читанні, серед усього іншого, передбачається запровадження окремої ліцензії на право здійснення перестрахової діяльності. Як визначено у ч. 2 ст. 42 даного законопроекту, «діяльність із перестраховання може бути виключним видом діяльності страховика та здійснюватись на підставі ліцензії на провадження перестрахової діяльності»¹⁴.

Існування окремої ліцензії на право здійснення перестрахової діяльності, безумовно, є позитивним кроком на шляху до створення належної системи державного регулювання перестрахової діяльності. Однак

зазначене положення законопроекту є, на жаль, чи не єдиною спеціальною вимогою, яка встановлюється до суб'єктів, які бажають займатися перестраховою діяльністю, за винятком якої до останніх застосовуються аналогічні вимоги, що й до суб'єктів страхової діяльності.

Контроль (нагляд) за страховою (перестраховою) діяльністю. Виходячи з аналізу норм чинного законодавства, зокрема ст. 36 Закону України «Про страхування», а також норм відповідних підзаконних нормативно-правових актів¹⁵, цілком логічно дійти до висновку про те, що для України є притаманною модель державного нагляду за перестраховою діяльністю, при якій його здійснення відбувається на аналогічних для здійснення нагляду за страховою діяльністю засадах.

Так, зокрема, до повноважень Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, яка є Уповноваженим органом контролю у відповідній сфері, належить: 1) ведення спільного Державного реєстру страхових та перестрахових компаній (головною умовою включення до якого обох із зазначених суб'єктів є наявність ліцензії на право здійснення страхової діяльності, яка одночасно дає право на здійснення і перестрахової діяльності також); 2) видача ліцензії на здійснення страхової (перестрахової) діяльності; 3) ведення спільного Державного реєстру страхових та перестрахових брокерів; 4) перевірка фінансової звітності суб'єктів страхової та перестрахової діяльності (до порядку складання та ведення якої висуваються однакові вимоги); 5) здійснення контролю за платоспроможністю страховиків та перестраховиків (умови забезпечення якої є єдиними для вказаних суб'єктів та мають бути дотримані при здійсненні відповідної діяльності).

Існування такої ситуації, на наш погляд, є недопустимим, адже система державного нагляду за тією чи іншою господарською діяльністю може досягнути бажаного соціально-економічного ефекту тільки тоді, коли вона буде враховувати специфічні, властиві лише даної діяльності, особливості, в даному випадку – перестрахової.

Нормативне регулювання страхової (перестрахової) діяльності. На сучасному етапі нормативно-правове регулювання перестрахової діяльності відбувається переважно за допомогою системи спеціального страхового законодавства, що регламентує порядок здійснення страхової та, відповідно, перестрахової діяльності як її частини, не встановлюючи для них, як правило, відмінних законодавчих вимог. Система загального законодавства, визначаючи правові основи здійснення будь-якого виду господарської діяльності, поширюється на перестрахову діяльність також опосередковано, адже визнає останню лише одним із напрямів страхової діяльності.

Разом із тим у системі страхового законодавства України існують і спеціалізовані нормативно-правові акти, які регулюють окремі питання здійснення винятково перестрахової діяльності. Однак, на жаль, існування таких спеціалізованих нормативно-правових актів (зважаючи на їх суттєві недоліки) не лише не вирішує проблеми відсутності належного законодавчого врегулювання перестрахової діяльності, а й створює додаткові перешкоди в його здійсненні. Окрім того, основним недоліком деяких з даних актів є те, що вони хоча й виділяють серед інших операцій, здійснюваних страховиком/перестраховиком, операції з перестраховування, однак жодним чином не розмежовують страхування й перестраховування діяльності, не вказують на їх специфіку чи особливості провадження та, відповідно, прирівнюють між собою суб'єктів, що її здійснюють.

Таким чином, нормативно-правова база, яка присвячена окремим аспектам здійснення перестрахової діяльності в нашій країні, не надає можливості визначитися із нею (перестраховою діяльністю) як із самостійним та особливим видом підприємництва, що є суттєвою проблемою. Для її вирішення існує нагальна потреба формування окремої системи перестрахового законодавства, яка враховувала б всі особливості відповідної діяльності та забезпечила б на основі цього її адекватне нормативне регламентування¹⁶.

Отже, підбиваючи підсумки, ми доходимо висновку про те, що на сучасному етапі державне регулювання страхової та перестрахової діяльності в Україні здійснюється на єдиних засадах та в межах однієї системи – системи державного регулювання страхової діяльності. Такий підхід, на наш погляд, є необґрунтованим та таким, що створює додаткові перешкоди для розвитку ринку перестрахових послуг у нашій країні, а тому потребує зміни шляхом запровадження окремих систем державного регулювання відповідних видів господарської діяльності.

¹ Смолин Г. В. Державне регулювання господарської діяльності: курс лекцій. / Г. В. Смолин. – Л.: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – С. 21.

² Войцеховська І. М. Поняття, ознаки та зміст перестрахової діяльності / І. М. Войцеховська. // Адміністративне право та процес. – 2015. – № 3. – С. 299.

³ Пацурія Н. Б. Окремі теоретико-практичні проблеми регулювання правовідносин у сфері здійснення перестрахової діяльності / Н. Б. Пацурія // Вісник КНУ імені Тараса Шевченка. – 2012. – Вип. 92. – С. 41. – (Серія «Юридичні науки»).

⁴ Головачова А. С. Державне регулювання посередницької діяльності: необхідність і мета / А. С. Головачова // Часопис Київського університету права. – 2015. – № 4. – С. 184.

⁵ Татаріна Т. В. Перестраховування: становлення та шляхи розвитку в Україні: дис. ... канд. екон. наук: спец. 08.04.01 / Татаріна Тетяна Володимирівна; Київський національний економічний ун-т. – К., 2003. – С. 174.

⁶ Семенова К. Г. Особливості державного регулювання перестрахової діяльності / К. Г. Семенова: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://visnyk.univd.edu.ua/?controller=service&action=download&download=10361>

⁷ Татаріна Т. В. Вказана праця. – С. 175.

⁸ Войцеховська І. М. Вказана праця. – С. 298–305.

⁹ Evans A. The EU Reinsurance Directive / A. Evans // The Geneva Paper on Risk & Insurance – Issues & Practices. – 2007. – № 32. – Р. 97.

¹⁰ Директива 2005/68/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 16 листопада 2005 року про перестраховання та Директиви Ради про внесення змін 73/239/ЄС, 92/49/ЄС, а також Директиви 98/78/ЄС та 2002/83/ЄС // Інтернет-журнал про страхування forINSURER.com : [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу: <http://forinsurer.com/files/file00325.pdf>; Директива 2005/68/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 16 листопада 2005 року про перестраховання і про внесення змін до Директив Ради 73/239/ЄС, 92/49/ЄС, а також Директив 98/78/ЄС та 2002/83/ЄС : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://old.minjust.gov.ua/45894>

¹¹ Про схвалення Концепції розвитку страхового ринку України до 2010 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2005 року № 369-р // Офіційний вісник України. – 2005. – № 35. – Ст. 2127.

¹² Пацурія Н. Б. Окремі теоретико-практичні проблеми регулювання правовідносин у сфері здійснення перестрахової діяльності / Н. Б. Пацурія. // Вісник КНУ імені Тараса Шевченка. – 2012. – Вип. 92. – С. 41. – (Серія «Юридичні науки»).

¹³ Войцеховська І. М. Вказана праця. – С. 298–305.

¹⁴ Проект Закону України «Про страхування», реєстраційний номер 1797-1 від 6 лютого 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53904

¹⁵ Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 року № 85/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 18. – Ст. 78; Про затвердження Ліцензійних умов провадження страхової діяльності : Розпорядження Держфінпослуг від 28 серпня 2003 р. № 40 // Офіційний вісник України – 2003. – № 38. – Ст. 2047; Про Єдиний державний реєстр страховиків (перестраховиків) України Розпорядження Держфінпослуг від 5 грудня 2003 р. № 155 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 52. – Ст. 2842; Про затвердження Положення про реєстрацію страхових та перестрахових брокерів і ведення державного реєстру страхових та перестрахових брокерів : Розпорядження Держфінпослуг від 28 травня 2004 р. № 736 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 26. – Ст. 1721; Порядок складання звітних даних страховиків: Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг від 3 лютого 2004 № 39 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 17. – Ст. 1222.

¹⁶ Войцеховська І. М. Перестрахове законодавство: стан та перспективи розвитку / І. М. Войцеховська. // Право і суспільство. – 2015. – № 6.2. – С. 58–59.

Резюме

Войцеховська І. М. Державне регулювання перестрахової діяльності: об'єктивна необхідність та форми здійснення.

У статті розглянуто основні підходи до державного регулювання перестрахової діяльності, які склалися у світовій практиці. Проаналізовано сучасний досвід країн-членів ЄС та вітчизняний досвід у відповідній сфері. Виявлено їх суттєві переваги й недоліки. На основі міжнародного досвіду запропоновано створення окремої системи державного регулювання перестрахової діяльності.

Ключові слова: державне регулювання, форми державного регулювання, перестрахова діяльність, підходи до державного регулювання перестрахової діяльності.

Резюме

Войцеховская И. М. Государственное регулирование перестраховочной деятельности: объективная необходимость и формы совершения.

В статье рассмотрены основные подходы к государственному регулированию перестраховочной деятельности, сложившиеся в мировой практике. Проанализирован современный опыт стран-членов ЕС и отечественный опыт в соответствующей сфере. Выявлены их существенные преимущества и недостатки. На основе международного опыта предложено создание отдельной системы государственного регулирования перестраховочной деятельности.

Ключевые слова: государственное регулирование, формы государственного регулирования, перестраховочная деятельность, подходы к государственному регулированию перестраховочной деятельности.

Summary

Voitsekhovska I. Public (state) regulation of reinsurance activities: an objective necessity and the forms of the commission.

The article deals with the main approaches to the public (state) regulation of reinsurance activities existing in the world practice. It analyzes the modern experience of the EU Member States and domestic experience in the relevant sphere. It also reveals its significant advantages and disadvantages. On the basis of international experience the article suggests the creation of a separate system public (state) regulation of reinsurance activities.

Key words: the public (state) regulation, the forms of government regulation, reinsurance activities, approaches the public (state) regulation of reinsurance activities.

А. А. ГРІНЬКО

Алла Андріївна Грінько, здобувач Інституту права імені князя Володимира Великого Міжрегіональної Академії управління персоналом

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ РЕСТРУКТОРИЗАЦІЇ АКТИВІВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРСЬКОЇ (КОМЕРЦІЙНОЇ) ДІЯЛЬНОСТІ В УМОВАХ ДЕОФШОРИЗАЦІЇ ЕКОНОМІКИ УКРАЇНИ

Необхідність реструктуризації активів суб'єктів господарювання зумовлена низкою проблем, серед яких основними є: неефективність системи управління, техніко-технологічне відставання виробництва, відсутність власних обігових коштів, низька конкурентоспроможність продукції. Вирішення цих проблем пов'язане насамперед із формуванням нових механізмів правового регулювання процесів реструктуризації, які відповідали б внутрішньому стану підприємств і умовам ринку. Особливості перетворень пов'язані з впровадженням нових методів організації економічної діяльності, розвитком підприємництва, що базується на приватній власності і масштабністю розпочатих антиофшорних програм з ініціюванням структурних перетворень на основі інноваційного розвитку економіки.

При формуванні наукової парадигми реструктуризації активів суб'єктів господарювання розробка антиофшорного законодавства викликана необхідністю створення інструментарію для проведення синхронних господарських змін. Розуміння підприємства як складної ієрархічної соціальної організації робить центральною проблемою реструктуризації активів як результату не тільки внутрішніх змін, а й зовнішніх трансформаційних впливів.

Використання українськими організаціями офшорних юрисдикцій зачіпає інтереси держави у вигляді зниження податкових надходжень до бюджету, ухилення від сплати податків, скорочення фінансування суспільного сектора економіки, внаслідок чого неплательники податків опиняються у вигіднішому становищі порівняно із законслухняними платниками податків, що може спровокувати у відповідь реакцію останніх.

Активними напрямками використання офшорних юрисдикцій є реструктуризація активів компанії та відмивання незаконно одержаних доходів їх власниками. Недосконалість українського законодавства, відсутність правової бази та дієвого обміну інформацією з іноземними державами, сприяють використанню офшорних юрисдикцій і ухиленню від сплати податків у значних масштабах.

Аналіз українського та іноземного досвіду щодо протидії ухиленню від сплати податків з використанням зарубіжних офшорних юрисдикцій дає змогу виробити рекомендації та пропозиції із вдосконалення українського законодавства, спрямовані на забезпечення фіскальних інтересів українського бюджету. Україна, маючи намір інтегрування до ЄС, повинна уважно аналізувати основні правові ініціативи анти-BEPS-реформ: комплекс заходів податкової політики анти-BEPS і їх основні положення; зовнішня податкова стратегія ЄС (затверджена 25 травня 2016 р.); рекомендація 271 (тест основної мети (PPT) в рамках GAAR в податкових угодах і визначення постійного представництва); розширення сфери дії автоматичного обміну інформацією (EoI) по звітності між країнами (CbC reporting); проект податкової директиви ЄС по анти-BEPS.

Усі ці документи повинні бути ретельно проаналізовані крізь призму вітчизняних реалій та законодавства. Слід нагадати, що піонером міжнародного руху «за повний міжнародний податковий контроль», стали США, які вже давно небезуспішно експериментують з нормами про протидію ухиленню від оподаткування (GAAR*, SAAR**). Саме США спонукали до участі в цьому русі і своїх європейських колег. Результатом чого з'явився план заходів щодо протидії розмиванню податкової бази й виводу прибутку з-під оподаткування (план BEPS) та модельна податкова конвенція ОЕСР.

Відповідно до вищезазначеного ми ставимо перед собою завдання на базі діючого законодавства України дослідити поняття, види та обумовленість реструктуризації активів суб'єктів господарської (комерційної) діяльності, виявити та проаналізувати чинники, які сприяють поширенню цих процесів та визначенню ролі держави в регулюванні процесу реструктуризації активів підприємств в умовах деофшоризації. Так, метою зазначеної статті є науково-теоретичне обґрунтування питань та розробка практичних рекомендацій з державного регулювання процесів реструктуризації активів суб'єктів господарювання в умовах деофшоризації економіки України, узагальнення й систематизація категорії «реструктуризація», аналіз організаційно-правових заходів щодо реструктуризації активів суб'єктів господарської (комерційної) діяльності.

Об'єктом дослідження виступають регулятивні процеси економіки України в умовах деофшоризації.

© А. А. Грінько, 2016

* General Anti-Abuse Rule – загальне правило з боротьби з ухиленням від оподаткування. Директива передбачає звільнення від оподаткування вихідних і вхідних дивідендів (або зарахування податків, що сплачуються під час отримання вхідних дивідендів, проти корпоративного податку, сплаченого в країні – джерелі дивідендів із прибутку, пов'язаного з такими дивідендами) за умови, що дивіденди виплачуються й отримуються компаніями – резидентами країн – членів ЄС.

** Special Anti-Avoidance Rules – спеціальне правило з боротьби з ухиленням від оподаткування.

Предметом – теоретико-правові засади та практичні аспекти реструктуризації активів суб'єктів господарської (комерційної) діяльності в умовах деофшоризації економіки України.

Варто зазначити, що окремі аспекти реструктуризації досліджувало у своїх працях багато науковців, зокрема, Б. Андрушків, І. Бабій, Ю. Банах, Ю. Безугла, М. Білик, Т. Володарчик, О. Вятрович, Н. Гавкалова, О. Гавриш, О. Герафонова, Л. Гриценко, Г. Єфімова, О. Іваниця, Т. Іванова, Л. Каткова, Л. Квятковська, С. Львовичкін, О. Марценюк, С. Мішин, Ю. Нікітін, О. Овсак, О. Омельченко, В. Опарін, О. Терещенко, В. Федосов та ін.

Але незважаючи на значну кількість наукових публікацій з обраної проблематики, теоретичні питання реструктуризації активів суб'єктів підприємництва, зокрема правове забезпечення реструктуризації активів в умовах деофшоризації економіки України, потребують проведення окремих наукових розробок, вивчення для забезпечення виваженого державного управлінського впливу на процеси реструктуризації, що в сукупності підтверджують об'єктивний характер актуальності представленої статті.

Сьогодні вивченню теоретичних основ і механізму реструктуризації суб'єктів господарювання в науковій літературі приділяється достатньо уваги, але більшість напрацювань стосується економічних аспектів реструктуризації підприємств, проте як нормативно-правове забезпечення реалізації реструктуризаційних заходів потребує ґрунтовних досліджень як невідокремлений процес в контексті господарського права. Дослідники законодавчого забезпечення реструктуризації підприємств зауважують, що з правового погляду реструктуризація та фінансове оздоровлення недержавних підприємств – це врегульована нормами права система організаційно-економічних, правових та інших заходів, спрямованих на зміну суті й характеру відносин власності і майно підприємства, трудових та управлінських відносин (внутрішніх і зовнішніх) шляхом реорганізації підприємств чи їх ліквідації з метою створення на засадах приватної власності на майно нових суб'єктів підприємницької діяльності ринкового типу в Україні. Так, основа всіх реструктуризаційних змін у сфері господарювання від здобуття незалежності нашої країни – так звана реформа економіки. Однак таке розуміння законодавчого регулювання реструктуризаційних процесів було актуальним для попереднього століття. Сучасний рівень розвитку економіки, в якій взаємодіють суб'єкти господарювання, потребує постійного перегляду, уточнення, коригування та вдосконалення законодавчого забезпечення реструктуризації не лише корпоративної (яка в основному законодавчо регулюється шляхом реорганізації чи ліквідації), а й інших її форм: фінансової, виробничої, управлінської, реструктуризації активів.

У сучасних умовах господарювання вдосконалюється забезпечення фінансового управління підприємства за допомогою його реструктуризації. Втім у більшості досліджень відсутнє конкретне визначення сутності та змісту категорії «реструктуризація», що зумовлено, багатогранністю даної категорії.

Як слушно зазначають О. Терещенко та Н. Волошак, реструктуризацію підприємства можна визначити як комплекс фінансово-економічних, організаційних і правових заходів, спрямованих на оновлення структури підприємства та управління, фінансів і виробництва, організаційно-правової форми діяльності, що дають змогу вдосконалити фінансово-економічні відносини підприємства для забезпечення ефективного використання його потенціалу і збільшення його ринкової вартості¹.

Відповідно, доцільно розглядати взаємозв'язані форми та види реструктуризації суб'єктів господарювання за наступною класифікацією:

- 1) За ступенем обсягу (часткова, обмежена, комплексна, всебічна);
- 2) За видами (управлінська, технічна, економічна, фінансова, орг-правова);
- 3) За формою (оперативна та стратегічна);
- 4) За типом фінансово-економічної спрямованості (внутрішня та зовнішня).

Р. В. Скудар підкреслює, що реструктуризація включає формування різних форм власності, впровадження нових форм управління, законодавче закріплення відносин між виробниками, фінансове забезпечення підприємницької діяльності².

У свою чергу, О. М. Кондрашов зазначає, що поняття «реструктуризація» може по-різному трактуватися залежно від інтересів суб'єктів управління, різних власників і безпосередньо суб'єкта – підприємства, а також варіанта її реалізації, але мета і зміст реструктуризації залишаються єдиними. Так, наприклад, для підприємства реструктуризація є комплексною зміною структури внутрішніх ресурсів підприємства (активів і пасивів), а також системи управління, свідоме приведення їх у відповідність до зовнішніх умов з метою підвищення рентабельності й конкурентоспроможності виробництва. При цьому змінюються співвідношення, структура названих ресурсів: зокрема, за рахунок ліквідації (відділення) непродуктивних ресурсів чи активів (зайвих у даній ринковій ситуації) і привнесення відсутніх ресурсів (капіталу «ноу-хау»). Саме такий спосіб підвищення ефективності підприємств є специфікою реструктуризації та відмежовує її від інших інструментів впливу на виробництво³. Цілком погоджуємося з вищезазначеними визначеннями представлених науковців.

Варто зазначити, що сьогодні для України є конче необхідним, щоб органи державної влади розробили нові ініціативи для приведення у відповідність правил ведення бізнесу згідно з правилами ЄС. Прикладом чого може бути City Code on Takeovers and Mergers, цілло якого є забезпечення рівності, захисту й інформованості акціонерів про поглинання та обмеження дій ради директорів товариства, що поглинається⁴.

У межах законодавства Європейського Союзу не існує уніфікованого нормативного документа, який регулював би всі способи реорганізації, але такі її форми, як злиття (приєднання) та поділ, регулюються Директивою № 3 про злиття акціонерних товариств і Директивою № 6 про поділ акціонерних товариств відповідно⁵.

Зважаючи на предмет та мету нашого дослідження, вважаємо за доцільне звернути увагу на теоретико-правові засади деофшоризаційних процесів.

Офшоризація – це об'єктивний прояв сучасної глобалізації та інтернаціоналізації світогосподарських процесів. Країни, що інтегровані у світові фінансово-інвестиційні та торговельні відносини, зосереджуються на формуванні конкурентоспроможних стимулів і обмежень, щоб протидіяти масовій втечі капіталу в офшорні юрисдикції, оптимальній стратегії розвитку бізнес-структур, покращення підприємницького середовища, з націленістю на повноцінну та успішну інтеграцію у світогосподарські процеси. Для України в таких умовах надважливим завданням є трансформація використання офшорів для завоювання висококонкурентних закордонних ринків, інтеграція в глобалізоване конкурентне середовище та наближення до стандартів ЄС.

«*Деофшоризація*» (англ. de-offshorization, від слова offshoring) – це проведення державою комплексу заходів у законодавчій, правовій та інформаційній сферах задля зниження або виключення подальшого залучення в національний господарський обіг резидентів під виглядом іноземних осіб або з використанням іноземних правових конструкцій, які мають на меті переважно незаконні або недобросовісні цілі.

Загальновідомо, що концепція офшорного бізнесу базується на відмінностях резидентного та територіального підходів до оподаткування⁶, що дає змогу отримувати реальні вигоди на основі суперечностей між країнами, що застосовують різні принципи оподаткування (70 різних офшорних юрисдикцій). Утім характер впливу офшорів на міжнародні економічні відносини неоднозначний⁷.

Зазначимо, що на відміну від високорозвинених країн Заходу в Україні в офшорах знаходяться передусім материнські компанії, а не їх філії, тобто виведення і збереження активів домінує над податковою оптимізацією як бажання захистити свою власність від корумпованої влади і рейдерів.

Перелік офшорних зон затверджується розпорядженням Кабінету Міністрів України. У 2015 р. уряд ухвалив три розпорядження, які містили різну кількість офшорних зон, зокрема:

– Розпорядження КМУ № 449-р від 14 травня 2015 р. «Про затвердження переліку держав (територій), які відповідають критеріям, установленим підпунктом 39.2.1.2 підпункту 39.2.1 пункту 39.2 статті 39 Податкового кодексу України»⁸;

– Розпорядження КМУ від 16 вересня 2015 р. № 977-р «Про затвердження переліку держав (територій), які відповідають критеріям, установленим підпунктом 39.2.1.2 підпункту 39.2.1 пункту 39.2 статті 39 Податкового кодексу України»⁹. Цим документом затверджено такий Перелік держав (територій), які відповідають критеріям, установленим підпунктом 39.2.1.2 підпункту 39.2.1 пункту 39.2 статті 39 Податкового кодексу України.

Як зазначалось, процеси реструктуризації активів суб'єктів господарської (комерційної) діяльності в умовах деофшоризації економіки ми пропонуємо розділити на два види: *внутрішньодержавні* та *зовнішньодержавні*.

Внутрішньодержавні процеси реструктуризації активів суб'єктів господарювання – це застосування заходів з метою зміни в структурі та складі «активного» балансу, що проводяться в межах національної юрисдикції.

Аналізуючи українську практику квазіправових виводів активів, можна виділити наступні основні *способи* внутрішньодержавної реструктуризації активів суб'єктів господарської (комерційної) діяльності:

- виведення активів за «прямими» угодами;
- виведення грошових коштів;
- виведення акцій або інших цінних паперів;
- виведення активів через біржу;
- виведення активів через обтяження майна;
- внесення майна в статутний капітал;
- виведення активів через виконавче провадження;
- корпоративні аспекти виведення активів.

Зовнішньодержавні процеси реструктуризації активів суб'єктів господарювання – це застосування заходів щодо оптимізації оподаткування шляхом планування податків суб'єктом господарювання методом використання легальних механізмів іноземних офшорних юрисдикцій.

Звернемося до специфіки *зовнішньодержавної реорганізації активів*.

Так, можна виділити наступні 4 групи (способи) *виведення коштів в офшорні юрисдикції*, а саме: 1) використання компанії-посередника; 2) перепродаж товару; 3) надання інформаційних послуг; 4) отримання позики.

Варто зазначити, що недостатня увага, що приділяється дослідженню організаційно-правового виду реструктуризації суб'єктів господарювання (реорганізація та ліквідація) зумовлює поглиблений аналіз нормативно-правової бази, реструктуризації суб'єктів недержавного сектора економіки.

Норми, що стосуються загальних питань законодавства, визначаються, перш за все, нормами, закріпленими Конституцією України¹⁰. Конституція не тільки визначає правові гарантії права на підприємницьку діяльність (ст. 42 Конституції), а як закон прямої дії гарантує недоторканність права власності, забезпечує рівні правові можливості для правового захисту порушених чи оспорюваних прав та законних інтересів громадян (ст.ст. 19, 41, 55 Конституції). Базисом є конституційні основи правопорядку у сфері господарювання в правовій державі¹¹. Фіксація в Конституції України права людини і громадянина на підприємницьку діяль-

ність для українського законодавства та суспільного життя має історичне та інституційне значення для економічних прав і свобод людини¹².

Норми щодо реструктуризації підприємств містяться у господарському та цивільному кодексах, Законах України, постановах та розпорядженнях КМУ, а також відомчих нормативно-правових актах.

Відповідно до ГК України реорганізація та ліквідація підприємств є видами припинення їх діяльності. Ним передбачено п'ять форм реорганізації суб'єктів господарювання (підприємств): злиття, приєднання, виділення, поділ, перетворення¹³. При цьому злиття підприємств передбачає, що усі майнові права та обов'язки кожного з них переходять до підприємства, утвореного внаслідок злиття. Перетворення одного підприємства на інше супроводжується тим, що до новоутвореного підприємства переходять усі майнові права й обов'язки попередника.

Відповідно до ЦК України юридична особа припиняється в результаті передавання всього свого майна, прав та обов'язків іншим юридичним особам- правонаступникам (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або в результаті ліквідації. Юридична особа є такою, що припинилася, з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення¹⁴.

Вищезазначені правовідносини регулюються Законами України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців»¹⁵, «Про господарські товариства»¹⁶, «Про захист економічної конкуренції»¹⁷, «Про цінні папери та фондовий ринок»¹⁸, «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»¹⁹, «Про державну допомогу суб'єктам господарювання»²⁰ та численними підзаконними актами. Так, можливість застосування прогресивних методів і способів реструктуризації залежить насамперед від якості законодавчих і нормативних актів, що регулюють відповідні перетворення.

Незважаючи на те, що на перший погляд законодавство, що регулює правовідносини в сфері реструктуризації є сформованим, відчувається брак регламентації важливих організаційно-економічних заходів (вимоги до умов ухвалення рішення про реорганізацію, порядку узгодження питань щодо реорганізації з учасниками в господарських товариствах, порядок визнання реорганізації недійсною)²¹. Важливим є і те, що нормативно-правові документи України майже не відрізняють регулювання реструктуризації підприємств державного сектора економіки від реструктуризації недержавних підприємств, де не може бути єдиного підходу до реструктуризації підприємств всіх форм власності та секторів економіки.

Вищезазначене допомагає дійти наступних висновків:

1. Визначення категорії «реструктуризація» у нормативних актах мають широке тлумачення, що призводить до виникнення проблем на практиці. Це впливає на легітимність дій суб'єктів господарювання – учасників процесу реструктуризації в умовах деофшоризації економіки України.

2. Вважаємо за доцільне розмежувати законодавство, що регулює питання реструктуризації суб'єктів господарювання державного і приватного сектора економіки з урахуванням їх особливостей функціонування.

3. Реструктуризація активів суб'єктів господарської (комерційної) діяльності провадиться в умовах правового вакууму та враховує обмеження і ризики в сучасних умовах деофшоризації. Тому актуальною є розробка науково-методичних рекомендацій щодо реструктуризації активів суб'єктів господарської (комерційної) діяльності із врахуванням динамічних змін в чинному законодавстві, практичного досвіду та дослідження науковців.

4. Систематизація та аналіз чинного та перспективного законодавства з метою розробки заходів нівелювання негативних наслідків для інтересів держави та ризиків для суб'єктів господарської діяльності є важливим як для самих підприємців так і для державних органів, що контролюють ці процеси.

5. Головний стримуючий чинник – невідповідність і застарілість НПА щодо змін в економічному середовищі відповідно до запроваджених процесів деофшоризації, змін податкового законодавства, фінансових відносин, стандартів бухгалтерського обліку, звітності тощо.

¹ Терещенко О. О. Фінансові доміанти реструктуризації підприємств / О. О. Терещенко, Н. В. Волошак // Фінанси України. – 2009. – № 4. – С. 82–90. – С. 86.

² Скудар Р. В. Реструктуризація виробництва в умовах реформування підприємств важкого машинобудування : автореф. дис. ... канд. екон. наук : спец. 08.06.01 / Р. В. Скудар // Нац. гірнич. ун-т МОН України. – Дніпропетровськ, 2005. – 20 с. – С. 3.

³ Кондрашов О. М. Зміст та значення процесів реструктуризації промисловості / О. М. Кондрашов // Економіка та держава. – 2006. – № 5. – С. 22–24. – С. 24.

⁴ Кібенко О. Право товариств (company law): порівняльно-правовий аналіз acquis Європейського Союзу та законодавства України / О. Кібенко, А. Пендак Сарбах. – К. : Юстініан, 2006. – 496 с. – С. 115.

⁵ Кібенко О. Р. Європейське корпоративне право на етапі фундаментальної реформи: перспективи використання європейського законодавчого досвіду у правовому полі України : моногр. / О. Р. Кібенко. – Х. : Страйд, 2005. – 432 с. – С. 67.

⁶ Павлов П. В. Особый административно-правовой режим на территории офшорных зон: порядок применения и направления совершенствования // NB: Экономика, тренды и управление. – 2012. – № 1 – С. 19–30. – С. 22.

⁷ Хейфец Б. А. Офшорные юрисдикции в глобальной и национальной экономике : моногр. – М. : Экономика, 2008. – С. 133–134. – С. 134.

⁸ Про затвердження переліку держав (територій), які відповідають критеріям, установленим підпунктом 39.2.1.2 підпункту 39.2.1 пункту 39.2 статті 39 Податкового кодексу України : розпорядження КМУ від 16 вересня 2015 р. № 977-р : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/977-2015-%D1%80>

⁹ Розпорядження КМУ від 16 вересня 2015 р. № 977-р «Про затвердження переліку держав (територій), які відповідають критеріям, установленим підпунктом 39.2.1.2 підпункту 39.2.1 пункту 39.2 статті 39 Податкового кодексу України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/977-2015-%D1%80>

¹⁰ Конституція України від 28 червня 1996 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

¹¹ Господарське право : навч. посіб. – 2-ге вид., доп. і перероб. / В. І. Лебідь, Н. О. Можаровська, Л. Л. Нескороджена. – К. : Алерта, 2014. – 416 с. – С. 5–6.

¹² Господарське право : підруч. / Д. В. Задихайло, В. М. Пашков, Р. П. Бойчук та ін. ; за заг. ред. Д. В. Задихайла, В. М. Пашкова. – Х. : Право, 2012. – 696 с. – С. 44.

¹³ Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

¹⁴ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

¹⁵ Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців : Закон України від 15 травня 2003 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/755-15>

¹⁶ Про господарські товариства : Закон України від 19 вересня 1991 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1576-12>

¹⁷ Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11 січня 2001 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2210-14>

¹⁸ Про цінні папери та фондовий ринок : Закон України від 23 лютого 2006 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3480-15>

¹⁹ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом : Закон України від 14 травня 1992 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>

²⁰ Про державну допомогу суб'єктам господарювання : Закон України від 1 липня 2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1555-18>

²¹ Пономаренко Н. О. Реструктуризація підприємств державного сектора з метою їх капіталізації (теоретичні аспекти) / Н. О. Пономаренко // Стратегія і механізми регулювання промислового розвитку : зб. наук. пр. – Донецьк : ІЕП НАНУ, 2010. – С. 154–166.

Резюме

Гринько А. А. Теоретико-правові засади реструктуризації активів суб'єктів господарської (комерційної) діяльності в умовах деофшоризації економіки України.

У статті представлено теоретико-правовий аналіз процесів реструктуризації активів суб'єктів господарської (комерційної) діяльності в умовах деофшоризації України. Виокремлено та згруповано напрями підвищення ефективності проведення реструктуризаційних процесів у сучасних економічних умовах.

Ключові слова: суб'єкти господарювання, господарська діяльність, офшорна юрисдикція, офшорна компанія, офшорна зона, деофшоризація, реструктуризація, реструктуризація активів.

Резюме

Гринько А. А. Теоретико-правовые основания реструктуризации активов субъектов хозяйственной (коммерческой) деятельности в условиях деофшоризации экономики Украины.

В статье представлен теоретико-правовой анализ процессов реструктуризации активов субъектов хозяйственной (коммерческой) деятельности в условиях деофшоризации Украины. Выделены и сгруппированы направления повышения эффективности проведения реструктуризационных процессов в современных экономических условиях.

Ключевые слова: субъекты хозяйствования, хозяйственная деятельность, офшорная юрисдикция, офшорная компания, офшорная зона, деофшоризация, реструктуризация, реструктуризация активов.

Summary

Grinko A. Theoretical and legal bases of restructuring of business entities' assets in the condition of deoffshorization of Ukraine's economy.

The article presents a theoretical and legal analysis of the asset restructuring processes of business entities (commercial) activities under deoffshorization Ukraine. Highlighted and grouped ways to improve the effectiveness of the restructuring process in the current economic conditions.

Key words: business entities, economic activities, offshore jurisdictions, offshore company, offshore area, deoffshorization, restructuring, asset restructuring.

В. К. ГУЦУЛЯК

*Володимир Казимирович Гуцуляк, аспірант НДІ
приватного права і підприємництва імені академі-
ка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ УМОВ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПОШУКОВИХ РОБІТ

Виконання зобов'язань за договором підяду на проведення пошукових робіт має ряд імперативів технічного спрямування та вимог чинного законодавства. Загалом сторони договору вправі самостійно вирішувати як виконувати їх зобов'язання, як забезпечувати свої інтереси. Йдеться про забезпечення виконання зобов'язань встановленням їх безпосередньо у тексті договору або ж укладенням додаткових забезпечувальних договорів.

Виконання зобов'язань за договором підяду на проведення пошукових робіт може забезпечуватися такими поійменованими способами, як неустойка, порука, гарантія, застава, притримання, і завдаток. Серед способів забезпечення виконання зобов'язань за досліджуваним договором можна виділити: а) способи, у встановленні та реалізації яких беруть участь лише замовник та підрядник (неустойка, застава, притримання, завдаток); б) способи, у встановленні та реалізації яких беруть участь крім замовника та підрядника також особи, які не є сторонами забезпечуваного зобов'язання (порука, гарантія). Специфіка останньої групи способів полягає у тому, що треті особи стають сторонами не тільки забезпечувальних правовідносин, що виникають між кредитором і третьою особою, а й правовідносин, що формуються між боржником і третьою особою, які здатні ускладнювати зміст і впливати на динаміку забезпечувальних правовідносин¹.

На практиці найбільш поширеним способом забезпечення виконання зобов'язань за договором підяду на проведення пошукових робіт є неустойка у формі пені за порушення строків. Така «затребуваність» цього способу забезпечення пояснюється тим, що для її стягнення кредитор зобов'язаний довести лише факт порушення договору. Для стягнення збитків кредитор повинен їх доводити і навіть доказувати їх розмір та зв'язок із допущеним порушенням. Тому неустойка досить ефективно стимулює боржника до виконання зобов'язань за договором². Тобто, як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за договором підяду на проведення пошукових робіт неустойка є засобом стимулювання боржника до належного виконання, що спонукає виконати взяті на себе зобов'язання.

Аналізуючи неустойку як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за договором підяду на проведення пошукових робіт, доцільно зазначити, що неустойка тісно пов'язана з договором підяду на проведення пошукових робіт і не може існувати самостійно. Основною метою неустойки є забезпечення виконання договору. Неустойка створює можливість стягнення на користь кредитора за досліджуваним договором коштів, іншого майна, але не забезпечує саме стягнення.

В юридичній літературі отримав схвалення законодавчий підхід щодо розширення кола предметів, що можуть передаватися боржником як неустойка у випадку невиконання або неналежного виконання договору, віднісши туди крім грошей також і інше рухоме і нерухоме майно³. Виходячи з цього, неустойка у формі штрафу може бути встановлена у вигляді будь-якої рухомої речі, визначеної як родовими, так і індивідуальними ознаками. Наприклад, штраф за договором підяду на проведення пошукових робіт може бути встановлений у вигляді передання у власність замовника певного інструменту, необхідного для якісного проведення робіт тощо.

Зважаючи на наведене сумнівним є закріпленій у ст. 230 ГК України підхід, за яким предмет неустойки (в тому числі й за досліджуваним нами договором) обмежується виключно грошовою сумою, яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання. На нашу думку, допускати на законодавчому рівні такі розбіжності не можна. Тому й пропонуємо розширити законодавчо визначений предмет неустойки як способу забезпечення виконання зобов'язань за господарськими договорами у ч. 1 ст. 230 ГК України.

Аналізуючи такий спосіб забезпечення виконання зобов'язань за договором підяду на проведення пошукових робіт, як порука, насамперед зазначимо, що в сучасних умовах забезпечення виконання зобов'язань за договорами підяду значення поруки як забезпечувального засобу стрімко зростає, що пов'язано із збільшенням ризику невиконання його учасниками прийнятих на себе зобов'язань. Так, важливе значення поруки при забезпеченні виконання договорів підяду на проведення пошукових робіт не викликає сумніву, оскільки не всі можливі способи забезпечення виконання підрядних зобов'язань можуть бути дієвими при забезпеченні виконання пошукових робіт різної складності.

Дієвість цього способу забезпечення безпосередньо впливає з мети договору підяду на проведення пошукових робіт, адже інтерес замовника тут відображається в отриманні на основі проведених пошукових робіт відповідної документації та можливості на цій основі проведення видобувних, проектних, будівельних тощо робіт. Тобто, інтерес замовника буде потребувати саме такого забезпечувального механізму, як порука

у формі виконання (порука-виконання) пошукових робіт та передання їх результату замість підрядника. Іншими словами, замовник, як кредитор у зобов'язанні, заінтересований у виконанні поручителем замість підрядника пошукових робіт та передання їх результату. Водночас слід пам'ятати, що у випадку, коли виконання окремих етапів пошукових робіт потребує одержання відповідного дозволу (ліцензії), йтиметься про зобов'язання, які не можуть бути виконані третьою особою (поручителем). Йдеться про так звану юридичну неможливість виконання зобов'язання (у нашому випадку – проведення пошукових робіт) третьою особою. Наприклад, одним із обов'язків підрядника за договором підряду на проведення пошукових робіт може бути обов'язок із проведення вибухових робіт. Інший же підрядник, що виступає поручителем за договором поруки на забезпечення основного зобов'язання із проведення пошукових робіт, не володіючи відповідним дозволом на проведення вибухових робіт, не вправі буде у випадку невиконання чи неналежного виконання основним боржником провести такі роботи. У той час як здійснення інших видів робіт за цим договором таким поручителем є цілком можливим, оскільки замовник заінтересований у одержанні необхідного результату робіт, а не іншої компенсації за неможливість такого виконання⁴.

Таким чином, за умови, що поручитель в силу об'єктивних обставин (отримання відповідного дозволу), суб'єктивної характеристики (наявність вмінь, досвіду, навичок), особливостей своєї діяльності (професійна діяльність, наявність необхідного устаткування) може провести пошукові роботи замість підрядника, на нього може бути покладено обов'язок щодо завершення пошукових робіт та передання їх результату, і він зобов'язаний буде відповідати за невиконання підрядником свого обов'язку, забезпеченого порукою-виконанням. При виконанні поручителем таких робіт та передачі їх результату замовнику на поручителя, який належним чином виконав зобов'язання, забезпечене порукою, переходять усі права підрядника щодо оплати, прийняття результату робіт, нерозголошення замовником конфіденційної інформації тощо, тобто він буде вправі вимагати компенсації всіх понесених ним збитків на задоволення вимог замовника за договором.

Такий порядок заміни кредитора в підрядних зобов'язаннях А. Б. Гриняк пропонує розглядати як суброгацію, зважаючи на те, що, по-перше, умови, визначені договором підряду, за боржника виконує інша особа, до якої і переходить право вимагати належного виконання зобов'язання на свою користь. По-друге, новий кредитор набуває того обсягу прав, що належали первісному кредитору. По-третє, зобов'язання між первісним кредитором і основним боржником припиняються, а права такого кредитора переходять до поручителя на підставі законодавчо встановленої у ст. 556 ЦК України норми⁵.

Підсумовуючи, доцільно ще раз наголосити на дієвості такого способу забезпечення виконання умов договору підряду на проведення пошукових робіт, як порука, адже замовник в особі поручителя фактично отримує додаткового виконавця робіт, а підрядник – додаткові гарантії виконання грошових зобов'язань замовником чи/або поручителем.

Специфічним способом забезпечення виконання обов'язків за договором підряду на проведення пошукових робіт є гарантія, за якою банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку. Тобто, у відносинах, що виникають з приводу гарантії, беруть участь три суб'єкти – гарант, бенефіціар (кредитор) і принципал (боржник).

Відмінною ознакою гарантії, що дає змогу відрізнити її від інших способів забезпечення, є відсутність акцесорності, тобто незалежність гарантії від основного зобов'язання, на забезпечення якого її видано. У досліджуваних нами правовідносинах самостійність гарантії доцільно розглядати лише щодо договору підряду на проведення пошукових робіт – у відносинах гаранта та підрядника, оплату робіт якого гарантує така фінансова установа. У відносинах же підрядника (бенефіціара) із замовником (принципалом) підрядник зобов'язаний користуватися гарантією відповідно до домовленості, і в цих відносинах право підрядника заявити вимогу за гарантією виявляється залежним безпосередньо від умов договору на проведення пошукових робіт. Тобто, зважаючи на специфіку пошукових робіт та значну їх вартість, гарантія є видом забезпечення виконання замовником фінансових зобов'язань останнього. Її забезпечувальний характер знаходить свій вияв у тому, що у разі порушення замовником зобов'язань із оплати проведених робіт, забезпечених гарантією, гарант зобов'язаний сплатити грошову суму відповідно до умов гарантії. Тому, вчиняючи таку дію, гарант виконує грошове зобов'язання замовника (принципала) перед підрядником (бенефіціаром) повністю або в певній частині (але не більше суми, зазначеної в гарантії) відповідно до умов гарантії.

Аналізуючи закріплену у ч. 5 ст. 563 ЦК України таку специфічну ознаку гарантії, як непередаваність прав, що полягає у неможливості передачі кредитором (в нашому випадку – підрядником) іншій особі права вимоги до гаранта, слід зазначити, що це питання є доволі актуальним під кутом зору нашого дослідження, адже на практиці можливі випадки, коли замовник доручає виправлення результату робіт іншій особі за рахунок підрядника (ч. 3 ст. 849 ЦК). У такому випадку ч. 5 ст. 563 ЦК України заборонено передачу права вимоги до гаранта додатково залученому виконавцю. Водночас, зважаючи на диспозитивний характер цього положення ч. 5 ст. 563 ЦК (якщо інше не встановлено гарантією), вважаємо за можливе у договорі підряду на проведення пошукових робіт передбачити можливість бенефіціара передавати права вимоги до гаранта іншій особі з обов'язковим закріпленням цього положення безпосередньо у гарантії.

З метою належного виконання обов'язків за договором підряду на проведення пошукових робіт можливе використання такого способу забезпечення, як завдаток, яким є грошова сума або рухоме майно, що видається кредитором боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання (ч. 1 ст. 570 ЦК). Як вбачається із наведеного, сьогодні законодавець передбачив можливість визначення завдатку у формі рухомого майна, яке б могло передаватись

боржником кредиторів в рахунок виконання ним зобов'язання. Фактично із аналізу § 4, як і усєї гл. 61 ЦК України, не вбачається якихось застережень щодо неможливості визначення завдатку як способу забезпечення належного виконання обов'язків за договором підяду на проведення пошукових робіт у формі рухомого майна. Наприклад, замовник на підтвердження серйозності своїх намірів щодо оплати результатів пошукових робіт передає як завдаток конкретне обладнання чи будівельну техніку. Більше того, сторони вправі передбачити між собою можливість припинення договору підяду на проведення пошукових робіт та завдатку шляхом заліку як відступного такої техніки чи устаткування. Зміст відступного в цьому випадку полягатиме у наданні замовнику, за обов'язковим погодженням із підрядником, можливості, зберігаючи зобов'язання, замінити первісний предмет виконання іншим предметом.

Серед інших способів забезпечення виконання обов'язків за договором підяду на проведення пошукових робіт важливу роль відіграє застава. Загалом застава є одним із найбільш надійних способів забезпечення виконання зобов'язань, адже належне виконання зобов'язання забезпечується не словами, коштами чи діями боржника або третіх осіб, а конкретним майном (речі, цінні папери, нерухомість тощо), що передане на забезпечення такого виконання.

Виходячи зі змісту ст. 576 ЦК України, предметом застави може бути будь-яке майно (зокрема, річ, цінні папери, майнові права), що може бути відчужене заставодавцем і на яке може бути звернене стягнення. Предметом застави може бути і майно, яке заставодавець набуде після виникнення застави (наприклад, створена за договорами підяду річ, майбутній урожай тощо). Водночас предметом застави не можуть бути речі, обмежені чи вилучені з цивільного обороту. Наприклад, предметом застави за договором підяду на проведення пошукових робіт не можуть бути речі, що використовуються при проведенні вибухових робіт (вибухівка, спеціальна техніка тощо), не підлягають передачі в заставу об'єкти, що знаходяться в оперативному управлінні міністерств, національні, культурні та історичні цінності, які є об'єктами права державної власності і занесені або підлягають занесенню до Державного реєстру національної культурної спадщини, а також вимоги, які мають особистий характер та інші вимоги, застава яких заборонена законом (ч. 4 і 5 ст. 576 ЦК).

Законодавець у ст. 575 ЦК України поділяє заставу за відповідними критеріями на два види: застава, що залишається у володінні і користуванні заставодавця (іпотека); застава рухомого майна, яка здійснюється шляхом передачі його заставодержателю (заклад). Така класифікація дає певне уявлення про предмет застави. Наприклад, коли йдеться про заставу нерухомості (іпотеку), рухомого майна (заклад) чи цінних паперів. Тобто, предметом закладу за досліджуваним нами договором підяду може бути таке рухоме майно, як устаткування для проведення пошукових робіт, не вилучене з цивільного обороту, на яке може бути звернене стягнення. З цього приводу в юридичній літературі наголошується, що у разі відсутності у договорі опису предмета закладу чи за умов, якщо чинний опис не надає змогу ідентифікувати такий предмет, договір може бути визнано неукладеним⁶.

Водночас таке забезпечення виконання договору підяду на проведення пошукових робіт цілком може відбуватись шляхом передання у іпотеку нерухомого майна, яке залишається у володінні і користуванні іпотекодавця. Наприклад, замовник на забезпечення виконання своїх грошових зобов'язань передає в іпотеку приміщення, в яких проживатимуть працівники підрядника, що знаходяться на місці проведення таких робіт. Тобто, як закладом, так і іпотекою може забезпечуватись виконання зобов'язань з проведення пошукових робіт.

Наступним поширеним способом забезпечення виконання підрядних зобов'язань є притримання. Особливість такого виду забезпечення виконання договірних зобов'язань полягає в тому, що підрядник вправі притримувати результат робіт, а також залишок невикористаного матеріалу та інше майно замовника у випадку несплати останнім ціни роботи або інших сум, належних підряднику у зв'язку з виконанням договору. Тобто, як вбачається зі змісту ст. 856 ЦК України, право підрядника на притримання виникатиме виключно із невиконання або неналежного виконання замовником обов'язків щодо сплати встановленої ціни роботи або інших сум, належних підряднику за договором.

Право підрядника притримати результати пошукових робіт, а також інше майно замовника, спрямоване на стимулювання останнього до належного виконання своїх грошових зобов'язань, а в тому випадку, коли притримання не справивається зі своєю стимулюючою роллю, на задоволення грошових вимог підрядника за рахунок вартості притриманої речі. Такі речі, зважаючи, що притримання належить до речово-правових способів забезпечення виконання зобов'язань, повинні бути не вилучені або ж обмежені у цивільному обороті; рухомими (устаткування, матеріали тощо) або ж нерухомими (житлові приміщення, земельні ділянки за умови обов'язкової державної реєстрації права притримання нерухомих речей); лише індивідуально визначені: як з унікальними ознаками, так і будь-яким чином індивідуалізовані.

Право притримання виникає у підрядника на підставі прямої вказівки закону, що дає змогу відмежувати цей спосіб забезпечення від інших як поіменованих, так і непоіменованих способів. Однак у випадку прийняття рішення про притримання результату пошукових робіт чи іншого майна замовника реалізація цього права здійснюється за наявності юридичного складу, який охоплюється сукупністю наступних юридичних фактів: а) існуванням договору підяду на проведення пошукових робіт, на підставі якого результати робіт чи інше майно знаходиться у законному володінні підрядника; б) законність володіння результатами таких робіт чи іншим майном; в) факт порушення замовником грошового зобов'язання за договором на проведення пошукових робіт.

Підсумовуючи зазначимо, що, виходячи зі змісту ст. 596 ЦК України, у підрядника, який притримує у себе результати пошукових робіт чи інші речі замовника, право власності не виникатиме. Тобто, замовник,

за завданням якого проводились такі роботи, і надалі залишається єдиним власником притриманих результатів чи інших речей. Із наведеного ще раз прослідковується забезпечувальний механізм притримання, який полягає в тому, що замовник заінтересований у якомога швидшому отриманні необхідних йому результатів, адже від цього залежить проведення подальших проектних, будівельних робіт тощо. Підрядник може набути право власності на притримувану річ лише у випадку, коли замовник не виконав грошове зобов'язання, у зв'язку з чим на об'єкт притримання було звернуто стягнення в порядку ст. 29 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень».

Отже, право притримання за договором підряду на проведення пошукових робіт є особливим способом забезпечення виконання зобов'язань, за яким підрядник вправі не видавати притримуваний результат пошукових робіт, устаткування тощо замовнику, у випадку невиконання або неналежно виконання останнім обов'язків щодо сплати передбаченої домовленістю ціни або ж інших сум, пов'язаних із відшкодуванням додаткових витрат підрядника, і може задовольнити свої вимоги у випадку їх незадоволення, з вартості предмета договору (якщо це можливо, звичайно, оскільки не завжди можливим є застосування права притримання до предмета договору підряду на проведення пошукових робіт, адже такі роботи досить часто проводяться на конкретній земельній ділянці чи для будівництва конкретного об'єкта і не можуть бути цікавими третім особам), устаткування тощо за правилами, встановленими для застави.

Таким чином, зважаючи на проведений вище аналіз можливих поїменованих способів забезпечення виконання зобов'язань за договором підряду на проведення пошукових робіт, зазначимо, що найважливішим завданням щодо забезпечення виконання зобов'язань за досліджуваним нами договором є постійне стимулювання боржника до особистого виконання договору, і лише у випадку неможливості особистого виконання – в створенні для кредитора додаткових гарантій відшкодування збитків у разі невиконання або неналежного виконання його умов.

¹ Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки / С. В. Пахман. – СПб., 1877. – Т. 1. – С. 6.

² Нечипуренко М. О. Договір на проведення оцінки майна (цивільно-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / М. О. Нечипуренко. – К., 2014. – С. 165.

³ Ситнік О. М. Договір побутового підряду за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. М. Ситнік. – К., 2016. – С. 117.

⁴ Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України : моногр. / А. Б. Гриняк. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. – С. 253–254.

⁵ Там само. – С. 256.

⁶ Там само. – С. 265.

Резюме

Гуцуляк В. К. Забезпечення виконання умов договору підряду на проведення пошукових робіт.

Статтю присвячено питанню визначення способів забезпечення виконання умов договору підряду на проведення пошукових робіт. Акцентується увага на різновидах способів забезпечення виконання умов договору підряду на проведення пошукових робіт, що визначені у ЦК України та тих, що можуть передбачатися в інших нормативно-правових актах або договорі. Обґрунтовано дієвість такого способу забезпечення виконання умов договору підряду на проведення пошукових робіт, як порука, адже замовник в особі поручителя фактично отримує додаткового виконавця робіт, а підрядник – додаткові гарантії виконання грошових зобов'язань замовником чи/або поручителем.

Ключові слова: договір підряду на проведення пошукових робіт, способи забезпечення, неустойка, порука, гарантія, застава, притримання, завдаток.

Резюме

Гуцуляк В. К. Обеспечение исполнения условий договора подряда на выполнение изыскательских работ.

Статья посвящена вопросу определения способов обеспечения исполнения условий договора подряда на выполнение изыскательских работ. Акцентируется внимание на разновидностях способов обеспечения исполнения условий договора подряда на выполнение изыскательских работ, которые определены в ГК Украины и тех, которые могут предусматриваться в других нормативно-правовых актах или договоре. Обоснованно действенность такого способа обеспечения исполнения условий договора подряда на выполнение изыскательских работ, как поручительство, ведь заказчик в лице поручителя фактически получает дополнительное исполнение работ, а подрядчик – дополнительные гарантии исполнения денежных обязательств заказчиком и/или поручителем.

Ключевые слова: договор подряда на выполнение изыскательских работ, способы обеспечения, неустойка, поручительство, гарантия, залог, удержание, задаток.

Summary

Gutsulyak V. Provision of condition contract for precovery.

The article is devoted to the definition of ways to enforce the contract award to conduct search operations. Attention is focused on a variety of ways to enforce the contract award to conduct search operations, as defined in the Civil Code of Ukraine and those that may be contained in other legal acts or the contract. Proved the efficacy of this method of enforcement of contract award to conduct search operations as surety, for the customer in the face of additional surety actually gets the contractor, and the contractor – additional guarantees of monetary obligations by the customer and/or guarantor.

Key words: a contract to carry out search operations, ways of ensuring, penalty, surety, guarantee, deposit.

А. Ю. ЗАЙЦЕВ

Андрій Юрійович Зайцев, суддя Апеляційного суду Вінницької області, аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

**СУБ'ЄКТИВНЕ ПРАВО ВЛАСНОСТІ НА ЖИТЛО В УКРАЇНІ:
ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ**

Соціально-економічні реформи, що відбуваються на сучасному етапі розвитку суспільних відносин в Україні, потребують детальних наукових досліджень у сфері здійснення та захисту приватних прав фізичних осіб. Одним із найважливіших приватних прав є право власності на житло. Основу цього права становлять конституційні норми з подальшою конкретизацією та деталізацією у положеннях цивільного та житлового законодавства. Проведення дослідження правової природи та характерних ознак суб'єктивного права власності на житло зумовлено подальшим розвитком ринкових відносин у житловій сфері, необхідністю формування правових знань власників житла не лише як користувачів, а й як управлінців своїм житлом, потребою у створенні відповідної правової основи для вдосконалення регулювання суспільних відносин щодо житла і механізмів захисту прав його власників.

Стаття 47 Конституції України проголошує, що «кожен має право на житло. Держава створює умови, за яких кожний громадянин матиме змогу побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду. Громадянам, які потребують соціального захисту, житло надається державою та органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату відповідно до закону. Ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше як на підставі закону за рішенням суду».

Відповідно до Конституції житлова політика в Україні має бути спрямована саме на захист права власності на житло, як конституційного права і абсолютного права фізичних осіб, пошуку механізмів реалізації даного права з урахуванням інтересів права окремого власника житлового приміщення, інших власників, зокрема у багатоквартирному будинку і суспільства в цілому. Житлова політика має бути соціально орієнтованою і спрямованою на пошук шляхів створення основних засад для існування справедливих і гуманних засад правового регулювання відносин власності на житло. Активна соціально орієнтована державна житлова політика, на нашу думку, є головним чинником розвитку будівельної галузі та всієї економіки України. Застосування такого інструменту дало б можливість забезпечити відносно стабільний розвиток національної економіки в умовах глобальної нестабільності.

Право на житло має як майновий, так і немайновий характер. Забезпечення людини житлом, чітке закріплення всіх гарантій її майнових прав, зокрема права власності, права проживання, створюють основу для гарантій захисту особистих немайнових прав – права на життя, здоров'я, сім'ю, особисту недоторканність тощо.

Слід зазначити, що міжнародні нормативно-правові акти розглядають право на житло у якості права на «достатній життєвий рівень» (ст. 25 Загальної декларації прав людини; ст. 11 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права; п. 31 ч. I Європейської соціальної хартії (переглянутої)).

У країнах ЄС праву людини на житло приділяється особлива увага і існують відповідні гарантії захисту та проводиться робота у напрямі їх підвищення. Зокрема, сучасний французький правознавець Ж.-К. Одерзо підкреслює, що «право на житло розглядається і як право громадян, і як основа державного устрою. Тому право на житло має не лише запроваджуватися державою, але й реалізовуватися з його допомогою»¹.

Безумовно, надто важливим для України у питанні подальшого розвитку і вдосконалення інституту права власності на житло є вивчення досвіду країн Європейського Союзу, дослідження співвідношення суб'єктивного права кожного громадянина з інтересами держави та суспільства. Європейські вчені-правознавці звертають увагу на той факт, що у країнах Європейського Союзу по-різному встановлюються і регламентуються права на житло, прописуються гарантії, – вони є і працюють на захист прав громадян. Відповідно до форми законодавчого закріплення права на житло всі країни Європейського Союзу можна поділити на три групи: ті, у яких це право не закріплено у конституціях, – 6 країн (Франція, Люксембург, Великобританія, Данія, Нідерланди, Ірландія, Австрія); ті, у конституціях яких немає точного визначення цього права, – 2 країни (Німеччина, Італія); ті, у яких це право закріплено у конституції (Греція, Іспанія, Португалія, Фінляндія, Швеція, Бельгія). Ті держави, у яких право на житло за якихось причин не має конституційного закріплення, гарантують його опосередковано, через права інших громадян»². У Конституції Франції права громадян не закріплені, вони містяться у Декларації прав і свобод людини і громадянина 1789 р., але і в цьому документі право на житло відсутнє. Втім, Конституційна Рада у своєму рішенні від 29 липня 1998 р. постановила, що право на житло входить до складу права власності... У Конституціях Іспанії та Португалії йдеться про те, що право на житло є основним правом громадян, а гарантії його дотримання вражаються основним обов'язком держави. В Основному законі Німеччини записані соціальні права, покликані гарантувати соціальну рівність та єдність. Німецькі юристи розуміють цей постулат як одне з конституційних підстав визнання права на

житло. В Італії право на житло тлумачиться через обов'язок органів місцевого самоврядування гарантувати всім без виключення громадянам можливість жити в нормальних соціальних умовах. В Конституціях Іспанії та Португалії зазначається, що право на житло є основним правом громадян, а гарантії його дотримання основним обов'язком держави. Основний закон Фінляндії дає більш розширене трактування цього принципу – держава не тільки повинна забезпечити право на житло, а й активно брати участь у його пошуках і придбанні громадянином. Конституція Швеції відносить право на житло не до соціальних прав громадян, а до одного з атрибутів державного устрою. Відтак, можна стверджувати, що у країнах Європи право на житло є одним із основних прав людини і охороняється державою. Втім, реалізація даного права може бути здійснена двома шляхами: по-перше, шляхом створення певних законодавчих інститутів, які визначають повноваження держави стосовно органів місцевого самоврядування в цій сфері: програми житлової політики у майбутньому, розробка правових концепцій управління житловим фондом, встановлення спеціального порядку переходу права власності на об'єкти житлової нерухомості (державна реєстрація), а, по-друге, економічним шляхом: соціальне будівництво, розподіл соціального та державного житла, соціальна підтримка нужденних та безпритульних³. Таким чином, ми бачимо подвійну правову природу права на житло в європейських країнах. З одного боку, явно простежується соціальна спрямованість цього права, а з іншого, – гарантії реалізації майнових прав, тобто економічна спрямованість. Можна зробити висновок, що право на житло визнається європейських країнах, як конституційне соціально-економічне право. З точки зору поділу конституційних прав на види необхідно звернути увагу на те, що у правовій доктрині їх розмежування на особисті, політичні та соціально-економічні і є найбільш розповсюдженим. Втім, деякі фахівці вважають такий підхід не зовсім виправданим, підкреслюючи, що соціальні права слід розглядати окремо і не змішувати з економічними:

«Соціальні права – досить тонка й така, що важко піддається визначенню, категорія. Привертає увагу та обставина, що досить часто у законодавстві застосовується словосполучення «соціально-економічні права». Складається враження, що такі права становлять одне ціле, невід'ємні одне від одного. Проте для оптимального забезпечення прав людини необхідно чітко встановити, що економічні і соціальні права, хоча й тісно пов'язані між собою, а під час розвитку впливають одні на одних, все за своєю суттю, спрямуванням є цілком різними групами прав»⁴, – стверджують українські правознавці А. М. Юшко та Н. М. Швець. На думку авторів, право на житло належить до соціальних прав людини і громадянина⁵.

Існуюче у сучасній юридичній літературі визначення економічних прав підкреслює їх спрямованість на забезпечення гарантій захисту можливості задоволення життєвих потреб людини, економічної свободи та соціальних пільг⁶.

Втім, вважаємо, що право на житло не можна розглядати лише як соціальне право, тому що житло є об'єктом насамперед економічних відносин власності, привласнення і майнового обороту, які регулюються нормами цивільного права, а соціальні права на житло підпадають під регулювання норм публічного права (адміністративного тощо). Виходячи з аналізу міжнародних норм, норм конституційного права європейських країн і положень чинного законодавства України право на житло має соціальний та економічний аспект і ці аспекти взаємопов'язані, взаємообумовлені, що має враховуватися при правовому регулюванні житлових відносин, характеристики суб'єктивного права власності на житло.

Право на житло – це основа життя і розвитку кожної людини. Не можна не погодитися із думкою А. О. Аврамової про те, що «здійснення людиною свого природного права на життя пов'язано з багатьма факторами, серед яких одне із чільних місць посідає наявність у неї житла. Втрата людиною житла створює реальну загрозу для її фізичного та соціального буття»⁷.

До соціально-економічних прав на житло слід віднести право власності на житло, право проживання, права, що виникають на підставі договору найму житлового приміщення та договору соціального найму.

Економічна складова зазначеного права регламентується нормами цивільного права до предмету якого входять майнові відносини (ст. 1 ЦК України). Слід підкреслити, що майнові відносини в цивільному праві – це за своєю глибинною сутністю товарно-грошові, економічні або, що те саме, виробничі відносини. У цьому змісті вони є об'єктивними, матеріальними, складаються за об'єктивними економічними законами товарного виробництва⁸.

Право власності – багатозначна категорія: по-перше, суб'єктивне право, тобто міра можливої поведінки уповноваженої особи (власника), по-друге, саме правовідносини власності, по-третє, правовий інститут, як сукупність норм. Провідне значення цього правового інституту визначається тим, що норми права власності закріплюють економічну основу суспільства і багато досліджень присвячено вивченню цього інституту в цивільно-правовій літературі. Втім, ряд проблем, пов'язаних з правом власності, до цього часу не отримали ще свого остаточного вирішення. Неоднозначно вирішується, зокрема, питання про поняття права власності як суб'єктивного права. Між тим, правильне вирішення цього питання має важливе значення, у тому числі для регулювання цивільно-правових відносин стосовно житла.

Право власності на житло має характерні ознаки, свою специфіку, що допомагає відокремити зазначене право від інших різновидів права власності, які прийнято виділяти на основі такого класифікаційного критерію, як об'єкт права власності. У цивільному законодавстві України характерні ознаки суб'єктивного права власності на житло представлені нечітко, окремо не виділяються, що вносить плутанину і при застосуванні відповідних норм на практиці. Тому основним завданням даного дослідження є встановлення характерних ознак права власності фізичних осіб на житло, визначення критеріїв відмежування від інших схожих категорій, встановлення мети та шляхів удосконалення правового регулювання відносин власності на житло.

Право власності на житло є найбільш повним речовим правом, становить основу майнових відносин у суспільстві з приводу житла, має абсолютний характер, тому суб'єкти права власності на житло повинні забезпечуватися можливістю здійснювати суб'єктивне право власності на житло, але при цьому має враховуватися не лише економічний, а й соціальний аспект даного права. У зв'язку з цим в умовах подальшого вдосконалення законодавства України з урахуванням міжнародних норм та законодавства країн ЄС варто, наприклад, звернути увагу на визначення суб'єктивного права власності, що пропонується у ст. 140 Книги 2 Цивільного кодексу Польщі: «у межах, встановлених законами і правилами соціального співжиття, власник може, виключаючи інших людей, використовувати речі у відповідності з соціально-економічним призначенням своїх прав, зокрема може вилучати вигоду та інші доходи від речей. У тих самих межах може розпоряджатися річчю»⁹. Отже, суб'єктивне право власності обмежується законами і правилами соціального співжиття, а об'єкт права власності може використовуватися відповідно до соціально-економічного призначення. Вважаємо, що право власності на житло, як майнове цивільне право, має функцію соціальну, що не може не впливати на зміст суб'єктивного права, підстави виникнення, здійснення і припинення цього права.

Слід зазначити, що у Цивільному кодексі України відсутнє визначення права власності на житло (житлове приміщення) і тому відсутня основа для подальшого формування та вдосконалення інституту права власності на житло. Не можна не погодитися із думкою О. В. Сахно. Автор підкреслює, що «суб'єктивне право власності на житлове приміщення не лише може бути самостійним предметом наукового аналізу, але і є базовим, вихідним для виникнення всіх інших суб'єктивних прав на житлове приміщення, у тому числі «житлових прав»¹⁰.

Суб'єктивне право – це міра можливої поведінки уповноваженої особи. Його можна розглянути з більш деталізованим підходом, проводячи аналіз співвідношення об'єктивного та суб'єктивного права. О. Ф. Скакун, зокрема, звертає увагу на той факт, що суб'єктивне юридичне право є індивідуалізованим, таким, що визначає не тільки міру, а й вид поведінки, а також деталізує і конкретизує норми об'єктивного права щодо конкретного суб'єкта у конкретній ситуації. «Суб'єктивне юридичне право, – підкреслює автор, – це індивідуалізоване право, яким визначається вид і міра можливої поведінки суб'єкта права, що забезпечується, охороняється і захищається відповідними державними органами... Суб'єктивне право деталізує і конкретизує норми об'єктивного права стосовно конкретного суб'єкта, що опинився у конкретній життєвій ситуації. З одного боку, людина, вступаючи в суспільне життя, вже стикається з «готовими» юридичними нормами, які виникли чи визнані до неї і незалежно від неї (об'єктивне право). Але, з іншого боку, людина від народження є носієм невідчужуваних природних прав»¹¹.

«Суб'єктивне право безпосередньо пов'язане із свободою особистості, тому і виступає ще й мірою цієї свободи. Суб'єктивне право – це гарантована правом і законом міра можливої або дозволеної поведінки особи, яка належить суб'єкту незалежно від того, перебуває він у правових відносинах з іншими суб'єктами чи ні. Саме тому до суб'єктивних прав належать фундаментальні демократичні права і свободи особи»¹².

На нашу думку, право на житло в об'єктивному та суб'єктивному розумінні взаємопов'язані і взаємозалежні категорії, втім, суб'єктивне право (його мета і спрямованість) впливає на формування положень об'єктивного права. Хотілося б навести з цього приводу наступну точку зору, з якою не можна не погодитися:

«В історичній послідовності не об'єктивне право передує суб'єктивному, а навпаки, суб'єктивне – об'єктивному. Тому саме природні права людини перебувають у підвалинах об'єктивного права. Визнання природних прав людини і закріплення їх у приписах нормативно-правових актів як міжнародних стандартів є тією абстрактною правовою формою, моделлю, що слугує мостом між соціальним і правовим світом»¹³.

Суб'єктивне право на житло є більш широкою категорією порівняно із суб'єктивним правом власності на житло. «Суб'єктивне право на житло – це можливість людини й громадянина мати житло у власності чи одержати його за договором найму з державного чи громадського фонду, користуватися житлом і вимагати від зобов'язаних суб'єктів забезпечення реалізації цього права в повному обсязі»¹⁴. Останнє, як і будь яке суб'єктивне цивільне право, зумовлюється змістом правомочностей, тими явищами, що на них впливають, межами здійснення, гарантіями захисту. Формування норм, які регулюють відносини власності стосовно житла, тобто формування права власності в об'єктивному розумінні має повністю відповідати меті існування суб'єктивного права власності на житло.

Суб'єктивне право власності на житло характеризується особливістю об'єкта. Житло виступає об'єктом цивільних прав – права власності, інших речових права, предметом різного виду договорів: зокрема договору найму, довічного утримання тощо, а також спадкових відносин. Поняття житла надається у ст. 379 ЦК України: «Житлом фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше жиле приміщення, призначені та придатні для постійного або тимчасового проживання в них». Не можна не погодитися із положенням О. В. Сахно, що «житлові приміщення, віднесені законодавством до об'єктів нерухомості, є, насамперед, об'єктами права власності»¹⁵. Автор також зауважує, що «суб'єктивне право власності на житлове приміщення не лише не може бути самостійним предметом наукового аналізу, а й є базовим, вихідним для виникнення всіх інших суб'єктивних прав на житлові приміщення». На нашу думку, з цим можна погодитися частково, оскільки суб'єктивне право власності на житло не є основою для всіх житлових прав, вони є ширше за своєю природою, не тільки приватноправовими, а й публічно-правовими, можуть стосуватися житла у якості користування житлом у державному фонді, службовими приміщеннями, гуртожитками. Завдяки відсутності адекватного сучасного житлового законодавства, а не ЖК УРСР 1983 р., у нас склалася ситуація у державі, при якій достатньо складно виокремлювати житлові права, які належать до приватних прав на житло.

Право власності на житло являє собою основу майнових приватних відносин, зокрема, речових, договірних. Відповідно до ч. 1 ст. 316 ЦК України «правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб». Таким є загальне визначення права власності у цивільному законодавстві України. Що стосується суб'єктивного права власності на річ, слід зазначити, що змістовну основу цього права становлять передбачені у ст. 317 ЦК України правомочності власника: «власникові належать права володіння, користування і розпорядження своїм майном. Безумовно, що обсяг таких правомочностей, межі їх здійснення формує певний об'єкт права власності. Таким об'єктом права власності на житло є житловий будинок, квартира, інше жилає приміщення, призначені та придатні для проживання в ньому» (ст. 379 ЦК України).

Суб'єктивним правом власності на житло, на перший погляд, є правомочності володіння, користування та розпорядження, що являють собою триаду права власності і передбачені у ст. 219 ЦК України. Втім, особливість такого об'єкта, як житло з усіма його різновидами, а також спеціальним правовим регулюванням нормами ЖК України, безумовно, впливає на зміст правомочностей і межі їх здійснення, як і права власності на житло в цілому. Зокрема, такі обмеження встановлені у наступних статтях ЦК і ЖК України: 1) ст. 383 ЦК України «Права власника житлового будинку, квартири» щодо неможливості використання житлового будинку, квартири для промислового виробництва, здійснення ремонту та змін за умови, що вони не призведуть до порушень прав власників інших квартир та нежитлових приміщень у багатоквартирному будинку, не призведуть до порушення санітарно-економічних вимог і правил експлуатації будинку; 2) ст. 405 ЦК України стосовно права проживання членів сім'ї власника житла; 3) ст.ст. 150–152 ЖК України стосовно користування жилим будинком (квартирою), обов'язків щодо забезпечення їх схоронності, порядку проведення переобладнання і перепланування; ст.ст. 156, 157 ЖК України про права членів сім'ї власника жилого будинку (квартири), які проживають разом з ним у будинку (квартирі), що йому належить, користуються жилим приміщенням нарівні з власником будинку (квартири) тощо.

Деякі автори звертають увагу на особливість правового регулювання житлових відносин у зв'язку з необхідністю враховувати не тільки інтереси власника. «Законодавець, – підкреслює, зокрема, С. І. Сусллова, – повинен дотримуватися певного балансу між житловими правами власника, членів його сім'ї, інших осіб, які вселяються у житлове приміщення. Розширення прав одних категорій, як правило, супроводжується звуженням прав інших і, відповідно, незадоволенням останніх»¹⁶.

Таким чином, можна зробити висновок, що суб'єктивне право власності на житло є правом більш обмеженим, порівняно із суб'єктивним правом власності на інші об'єкти, і зазначені обмеження встановлюються законом в інтересах членів сім'ї власника, співвласників, сусідів, суспільства і в цьому, на наш погляд, знаходить свій прояв соціальний аспект суб'єктивного права власності на житло. Суб'єктивним правом власності на житло (житлове приміщення) слід вважати обмежену законом в інтересах певних осіб і суспільства сукупність правомочностей володіння, користування, розпорядження об'єктом нерухомості, призначеним для проживання у ньому.

¹ Одерзо Ж.-К. Право на жилье по Конституциям государств-членов Европейского союза // ODERZO J.-C. Le droit au logement dans les constitutions des etats membres // Revue internationale de droit compare. – P.; 2000. – № 4. – P. 913–926.

² Там само. – С. 914.

³ Там само. – С. 915.

⁴ Міжнародні соціальні стандарти : навч. посіб. / А. М. Юшко, Н. М. Швець; за заг. ред. В. В. Жернакова. – Х. : Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2013. – С. 3. – 121 с.

⁵ Там само. – С. 4.

⁶ Конституционное право зарубежных стран : учеб. для вузов / М. В. Баглай, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтин. – М. : Норма, 2004. – 832 с. – С. 22.

⁷ Аврамова О. Є. Позбавлення суб'єктивного права на житло : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / О. Є. Аврамова. – Х., 2008. – 16 с. – С. 10.

⁸ Мичурин Е. А. Гражданское право Украины в схемах : учеб. пособ. / Е. А. Мичурин. – Х. : Юрсвіт, 2006. – 320 с. – С. 45.

⁹ Гражданский кодекс Польши : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.kodeks-cywilny.pl>

¹⁰ Сахно О. В. Осуществление права собственности на жилье помещения : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / О. В. Сахно. – Краснодар, 2005. – 16 с. – С. 4.

¹¹ Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підруч. / О. Ф. Скакун ; 2-е вид. – К. : Алерта, 2010. – 520 с. – С. 25.

¹² Загальна теорія держави і права : підруч. для студентів юридичних вищих навчальних закладів / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – 584 с. – С. 343.

¹³ Скакун О. Ф. Вказана праця. – С. 25.

¹⁴ Колодій А. М. Правознавство / А. М. Колодій, А. Ю. Олійник. – К. : Правова єдність, 2009. – 792 с. – С. 357.

¹⁵ Сахно О. В. Вказана праця. – С. 5.

¹⁶ Сусллова С. И. Жилищные права: понятие и система / С. И. Сусллова. – М. : Юриспруденция, 2011. – 224 с. – С. 7.

Резюме

Зайцев А. Ю. Суб'єктивне право власності на житло в Україні: проблемні аспекти.

У статті аналізуються правова природа, характерні ознаки суб'єктивного права на житло, критерії відмежування права власності на житло від інших видів права власності. Зазначається, що право власності на житло є найбільш повним речовим правом, становить основу майнових відносин у суспільстві з приводу житла, має абсолютний характер, тому суб'єкти права

власності на житло повинні забезпечуватися можливістю здійснювати суб'єктивне право власності на житло, але при цьому має враховуватися не лише економічний, а й соціальний аспект даного права.

Ключові слова: суб'єктивне право власності на житло, нерухомість, житлові приміщення, житлові відносини, соціально-економічні права, обмеження.

Резюме

Зайцев А. Ю. Субъективное право собственности на жилье в Украине: проблемные аспекты.

В статье анализируются правовая природа, характерные признаки субъективного права собственности на жилье, критерии отграничения права собственности на жилье от иных видов права собственности. Отмечается, что право собственности на жилье является наиболее полным вещным правом, представляет собой основу имущественных отношений в обществе по поводу жилья, носит абсолютный характер, субъекты права собственности на жилье должны обеспечиваться возможностью осуществления субъективного права, с учетом не только экономического, но и социального аспекта данного права.

Ключевые слова: субъективное право собственности на жилье, недвижимость, жилье помещения, жилищные отношения, социально-экономические права, ограничения.

Summary

Zaytsev A. The subjective right of ownership of housing in Ukraine: problematic aspects.

The article analyzes the legal nature, characteristic features of the right of ownership of housing, the criteria for distinguishing the right of ownership of housing from other types of property rights. It is noted that the right of ownership of housing is the most complete real right, is the basis of property housing relations in society, is absolute, the subjects of property rights to housing should be ensured the possibility of the exercise of the subjective right of ownership for housing, taking into taking into consideration not only the economic aspect, but also the social aspects of this right.

Key words: subjective right of ownership for housing, real estate, living room, housing relations, socio-economic rights, restrictions.

УДК 347.94

Т. Ф. КОРОТЕНКО

Тетяна Федосіївна Коротенко, здобувач Київського університету права НАН України

ОСОБЛИВОСТІ ОТРИМАННЯ ДОКАЗІВ ЗА КОРДОНОМ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Важливою, якщо не основною, передумовою ухвалення законного і обґрунтованого рішення суду є встановлення фактичних обставин справи – певного кола фактів, з якими закон пов'язує правові наслідки. Фактичні обставини справи встановлюються під час доказування – особливої процесуальної діяльності, яку здійснюють особи, що беруть участь у справі, та суд.

Брати участь у доказовій діяльності мають право всі особи, які беруть участь у справі (ст. 27 ЦПК України), однак доказування кожної обставини, яка має значення для ухвалення рішення суду у справі, на підставі закону стає обов'язком певного суб'єкта (ч. 1 ст. 60 ЦПК України). Відповідно до ст. 10 ЦПК України кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім випадків, встановлених цим Кодексом. Звідси випливає загальне правило розподілу обов'язків з доказування: не відповідач повинен довести необґрунтованість вимог позивача, а навпаки, позивач доводить обставини, якими він обґрунтовує свої позовні вимоги. Це правило не означає, що сторона повинна довести будь-які обставини, на які вона посилається. Від суду залежить правильне визначення юридично значимих фактів, які входять у предмет доказування, і лише ці факти сторони повинні доводити, не відволікаючи суд на питання, які не мають значення для розгляду і вирішення справи. Суд має усунути все, що не стосується суті справи, оскільки згідно з ч. 3 ст. 60 ЦПК України доказуванню підлягають обставини, які мають значення для ухвалення рішення у справі¹.

Слід погодитись зі С. Я. Фурсою, яка вважає, що поняття збирання доказів має розцінюватись як певна стадія в діяльності суб'єктів доказування і мати певний комплекс можливих процесуальних заходів, які повинні чітко регламентуватись законодавством².

Суд визначає предмет доказування, виходячи з вимог та заперечень сторін і керуючись нормами матеріального права, які мають бути застосовані в конкретному випадку. Правильне визначення предмета доказування у кожній справі, тобто ряду фактів, які підлягають дослідженню, дуже важливе: якщо будуть встановлені не всі факти, необхідні для вирішення справи, то це потягне за собою ухвалення необґрунтованого рішення. Якщо ж суд, неправильно визначивши коло фактів, які підлягають доведенню, досліджуватиме й ті, що не мають юридичного значення для справи, то це потягне за собою гаяння часу і затрат, сил суду та інших учас-

ників процесу, затягування процесу, а головне – може призвести до неправильного вирішення справи по суті, оскільки суд мотивуватиме своє рішення на фактах, які з точки зору закону не мають юридичного значення³.

М. Й. Штефан вважає, що предмет доказування – це юридична категорія, на пізнання якої спрямована вся доказова діяльність суду і осіб, які беруть участь у справі⁴. О. П. Клейман визначає предмет доказування в цивільному процесі як спірні юридичні факти, що мають значення для вирішення спору, оскільки вони пов'язані з підставами позову і з мотивацією рішення суду⁵.

Сторони повинні довести свої вимоги та заперечення у змагальному процесі. Процесуальні закони суворо регламентують порядок отримання відомостей про факти, тобто доказової інформації з передбачених законом засобів доказування. Якщо відомості, які мають відношення до справи, отримані в передбаченій законом процесуальній формі, але з порушенням порядку їх залучення у процес дослідження і оцінки, вони не можуть бути покладені в обґрунтування рішення суду як доказ. Порушення порядку отримання і закріплення доказів позбавляє фактичні дані доказової сили і значення доказів⁶.

Дослідження доказів у суді – надзвичайно важлива процесуальна дія. Якщо певні докази не були досліджені під час судового розгляду, то суд не має права ними мотивувати свої висновки у справі⁷.

Доказування фактичних обставин справи значно ускладнюється у справах з іноземним елементом. У таких справах як докази можуть бути використані будь-які фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інші обставини, які мають значення для правильного вирішення справи. Але ці дані встановлюються визначеними у частині другій ст. 57 ЦПК засобами, а порядок їх отримання регулюється Гаазькою Конвенцією про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах 1965 р.⁸ (далі – Конвенція 1965 р.) і Гаазькою конвенцією про отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах 1970 р.⁹ (далі – Конвенція 1970 р.).

Отже, у цивільних справах з іноземним елементом докази мають бути отримані лише з дотриманням певної процесуальної процедури, адже недотримання встановленої процедури може призвести до порушення прав тієї чи іншої сторони, а також до скасування судового рішення у апеляційній чи касаційній інстанції у подальшому.

У процесі вирішення судами України цивільних справ з іноземним елементом важливе значення має застосування доказаного доказового права іноземної держави, особливо тоді, коли зміст і форма правовідносин підпорядковані іноземному закону. У сучасній правовій системі це питання вирішується досить складно і неоднозначно. Докази подаються сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, а при наявності труднощів суд за їх клопотанням сприяє у витребуванні таких доказів.

Положення ст. 59 ЦПК України, де зазначено, що обставини справи, які за законом мають бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватися жодними іншими засобами доказування, поширюється й на доказову діяльність у цивільних справах з іноземним елементом.

На стадії провадження у справі до судового розгляду іноземного елемента до судового розгляду суддя вирішує питання про належність поданих сторонами доказів, допустимість засобів доказування і, якщо потрібно, вирішує клопотання сторін про витребування доказів, зокрема й на території іншої держави (ч. 1 ст. 415 ЦПК України).

Документи адміністративних і юридичних органів іноземних держав набувають сили письмових доказів за умови їх легалізації (засвідчення) консульськими посадовими особами або проставлення апостиля. Однак стосовно кожної окремо взятої країни можлива специфіка вказаної діяльності і при цьому слід звертати увагу на зміст міждержавних угод.

Консульська легалізація полягає в установленні і засвідченні справжності підпису, повноважень посадової особи, яка підписала документ чи акт або засвідчила попередній підпис на них, справжності відбитків штампа, печатки, зразки яких отримано консулом офіційним шляхом від компетентних органів держави перебування (частина третя ст. 54 Консульського статуту України). Такий порядок визначено в Інструкції про порядок консульської легалізації офіційних документів в Україні і за кордоном, затвердженій наказом Міністерства закордонних справ України від 4 червня 2002 р. № 113.

Конвенцію, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів 1961 р., застосовують у відносинах з державами, які не висловили заперечень проти приєднання України до Конвенції.

Кожна із Договірних держав звільняє від легалізації документи, на які поширюється зазначена Конвенція і які мають бути представлені на її території. Єдиною формальною процедурою, яка може вимагатися для посвідчення автентичності підпису, якості, в якій виступала особа, що підписала документ, та у відповідному випадку автентичності відбитку печатки або штампу, якими скріплений документ, є проставлення апостиля компетентним органом держави, в якій документ був складений.

Розглянуті правила про дійсність документів діють, якщо інше не передбачено договорами про правову допомогу за участю України.

У разі коли письмові докази подаються до суду іноземною мовою, додається їх засвідчений у встановленому порядку переклад українською мовою на підставі ст. 7 ЦПК України та положень договорів про правову допомогу щодо мови документів.

У разі нотаріального посвідчення перекладу нотаріус засвідчує лише оригінальність підпису перекладача, який стоїть під документом, а не відповідність перекладу оригіналові. Тому якщо у суду чи учасника судового процесу виникнуть сумніви щодо автентичності перекладу документа, суд може призначити судову експертизу і доручити її проведення компетентному спеціалісту-перекладачу згідно з вимогами ст. 143 ЦПК¹⁰.

Як свідчить судова практика, у більшості цивільних справ, ускладнених іноземним елементом, при направленні за кордон судового доручення про отримання доказів застосовується Конвенція 1970 року. Це зумовлено тим, що дана Конвенція ратифікована наступними країнами: Албанія, Аргентина, Вірменія, Австралія, Барбадос, Білорусія, Боснія і Герцоговина, Бразилія, Болгарія, Китай, Колумбія, Хорватія, Кіпр, Чеська Республіка, Німеччина, Естонія, Фінляндія, Данія, Франція, Греція, Угорщина, Ісландія, Індія, Ізраїль, Італія, Кувейт, Латвія, Ліхтенштейн, Литва, Люксембург, Мальта, Мехіко, Монако, Чорногорія, Мароко, Нідерланди, Норвегія, Польща, Португалія, Корейська Республіка, Румунія, Сербія, Сейшели, Сінгапур, Словаччина, Словенія, Північна Африка, Іспанія, Шрі-Ланка, Швейцарія, Туреччина, Україна, Великобританія, США, Венесуела.

Виконання положень Конвенції 1970 р. здійснюється згідно з відповідними положеннями Інструкцією про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень, затвердженої спільним наказом Міністерства юстиції України та Державної судової адміністрації України від 27 червня 2008 р. № 1092/5/54 (далі – Інструкція). Доручення про отримання доказів на підставі Конвенції про отримання доказів відповідно до ст. 3 цієї Конвенції складається судом України згідно з формою запиту відповідно до додатка 11 і повинно містити: назву запитуючого органу та, якщо можливо, запитуваного органу; ім'я та прізвище (повне найменування) та місце проживання (місцезнаходження) сторін судового розгляду і, у разі потреби, їх представників; характер і предмет судового розгляду та короткий виклад фактичної сторони справи; докази, які потрібно отримати, або інші судові дії, які необхідно виконати.

У разі необхідності в дорученні вказуються: імена, прізвища та адреси осіб, яких необхідно допитати; питання, які необхідно поставити допитуваним особам, або факти, щодо яких їх необхідно допитати; документи чи інші об'єкти, які необхідно дослідити; особливі прохання, що стосуються отримання свідчень особи; особливі форми, які потрібно застосувати відповідно до ст. 9 Конвенції 1970 року.

Для уникнення плутанини не слід використовувати цифри для позначення місяця у даті. Доручення суду України на підставі Конвенції про отримання доказів надсилається через Мінюст, який переправляє його центральному органу, визначеному відповідною державою згідно зі ст. 2 Конвенції. Доручення іноземного суду на підставі Конвенції про отримання доказів Мінюст надсилає до суду України, компетентного його виконати, через Головне управління юстиції.

У разі, якщо в дорученні міститься прохання про надання інформації про час та місце виконання доручення для того, щоб надати змогу бути присутнім заінтересованим сторонам та їхнім представникам, суд України надсилає відповідну інформацію сторонам або їхнім представникам безпосередньо або повідомляє Мінюст для інформування відповідних осіб.

У разі, якщо в дорученні міститься прохання про присутність представників запитуючого суду іншої договірної держави під час виконання доручення, суд України повідомляє Мінюст про час та місце виконання доручення, а також висловлює свою думку щодо можливості надання згоди на таку присутність. Мінюст відповідно до ст. 8 Конвенції про отримання доказів вирішує питання про задоволення зазначеного прохання та інформує про своє рішення суд України і запитуючий суд.

У випадках, зазначених в абзацах другому та третьому п. 7.4 Інструкції, суд України визначає дату виконання доручення з урахуванням розумних строків, необхідних для інформування запитуючого суду або заінтересованих осіб, а також з урахуванням строків, необхідного для прибуття таких осіб.

При цьому слід враховувати те, що у відносинах України з Азербайджанською Республікою, Киргизською Республікою, Туркменістаном, Республікою Узбекистан та Грузією при зверненні судів України з судовими дорученнями про отримання доказів за кордоном необхідно застосовувати положення Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р. (далі – Конвенція 1993 р.) діє у редакції 1993 року. У відносинах з Республікою Білорусь, Республікою Казахстан, Республікою Таджикистан, Республікою Вірменія, Російською Федерацією та Республікою Молдова статті Конвенції 1993 р. змінені Протоколом до неї 1997 р., застосовуються у редакції цього Протоколу. З урахуванням ст. 5 Конвенції 1993 р. в редакції Протоколу 1997 р. доручення на підставі Конвенції 1993 р. та Протоколу 1997 р. можуть надходити як від Центральних органів іноземних держав, так і від територіальних органів запитуючих держав. Доручення судів, які стосуються вручення документів або виконання процесуальних дій у цивільних справах, а також документи за результатами їх опрацювання Головне управління юстиції надсилає безпосередньо до уповноважених територіальних органів держав, зазначених в абзаці другому п. 8.2 Інструкції. У разі, якщо визначити належний іноземний орган неможливо, Головне управління юстиції надсилає доручення центральному органу відповідної держави¹¹.

Разом з тим слід зазначити, що в періодичних наукових публікаціях висловлюються думки, з якими не можна однозначно погодитися. Зокрема, твердження про те, що єдиним засобом звернення до компетентних установ іноземної держави про надання правової допомоги є судові доручення, зміст і форма якого повинна відповідати вимогам міжнародного договору, а якщо міжнародний договір не укладено – положенням ст. 416 ЦПК України. Однак при зверненні суду України за правовою допомогою щодо отримання доказів на території іноземних держав у той час, коли відносини між країнами будуть регулюватися Конвенцією про отримання доказів 1970 р., судові доручення буде іменуватися «запитом».

Не можна також повністю погодитися із висновком про те, що з урахуванням доцільності та розумності суди України мають можливість об'єднати в одному судовому дорученні прохання про надання різних видів

правової допомоги, а також те, що вручення судового доручення, інших процесуальних документів може здійснюватись як через дипломатичні представництва чи консульські установи України, так і через установи юстиції. Як свідчить судова практика, у більшості випадків суди звертаються за правовою допомогою окремо з проханням про вручення судових та позасудових документів безпосередньо до центральних органів іноземних держав (відповідно до Конвенції 1965 р.) та окремо із запитом про отримання доказів через органи юстиції (відповідно до Конвенції 1970 р.). Це пов'язано із особливостями застосування вказаних Конвенцій, в яких визначено порядок зносин між судами та компетентними органами іноземних держав.

У висновки до проведеного дослідження варто зазначити таке. Отримання доказів за кордоном у цивільному процесі України є складовою загального інституту міжнародної правової допомоги, яка відіграє вагомий роль у здійсненні судочинства. Під час оформлення судового доручення про отримання доказів за кордоном судам України необхідно неухильно дотримуватись вимог, визначених тією чи іншою Конвенцією, яка регулює відносини між Україною та запитуваною державою, а також Інструкцією про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень, затвердженої спільним наказом Міністерства юстиції України та Державної судової адміністрації України від 27 червня 2008 р. № 1092/5/54¹².

Водночас слід зауважити: з огляду на те, що отримання доказів за кордоном здійснюється, в основному, на підставі Гаазької Конвенції 1970 р., тому, на нашу думку, необхідним є доповнення ст. 416 Проекту змін до ЦПК України ч. 5 наступного змісту «У разі, якщо судові доручення про отримання доказів за кордоном направляються на підставі Конвенції про отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах 1970 року, то воно надсилається у формі «Запиту», який визначений Конвенцією, безпосередньо через Міністерство юстиції України»¹³.

¹ Луспенник Д. Д. Застосування у судовій практиці доказових презумпцій у системі розподілу обов'язків з доказування за новим ЦПК України / Д. Д. Луспенник // *Право України*. – 2005. – № 8. – 118 с. – С. 56–60.

² Фурса С. Я. Докази і доказування у цивільному процесі / С. Я. Фурса, Т. В. Цюра. – К.: КНТ, 2005. – 256 с. – С. 119.

³ Докази і доказування: навч. посіб. / Академія суддів України. – К., 2010. – 208 с. – С. 20.

⁴ Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс / М. Й. Штефан. – К.: Ін Юре, 2005. – 624 с. – С. 120–122.

⁵ Клейман А. Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе / А. Ф. Клейман // *Академический юридический журнал*. Иркутск. – М., 1950. – 266 с. – С. 43–44.

⁶ Докази і доказування: навч. посіб. / Академія суддів України. – К., 2010. – 208 с. – С. 31.

⁷ Там само. – С. 35.

⁸ Конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах 1965 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_890

⁹ Конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах 1970 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_922

¹⁰ Про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом: лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 24-754/0/4-13 від 16 травня 2013 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v-754740-13/page>

¹¹ Інструкція про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень, затверджена спільним наказом Міністерства юстиції України та Державної судової адміністрації України від 27 червня 2008 р. № 1092/5/54, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 2 серпня 2008 р. № 573/15264: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0573-08>

¹² Там само.

¹³ Порівняльна таблиця до проекту Закону України «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України (щодо судової реформи)»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jrc.org.ua/upload/steps/1f7a9a447248438a4822aaffe5085c1.pdf>

Резюме

Коротенко Т. Ф. Особливості отримання доказів за кордоном у цивільному процесі України.

Стаття присвячена дослідженню особливостей правового регулювання отримання доказів за кордоном у цивільному процесі України на основі наукових досліджень та чинного законодавства України. У статті висвітлено основні проблеми, які виникають під час направлення судами України судових доручень про отримання доказів за кордоном. На основі досліджень пропонується також доповнення ст. 416 Проекту змін до ЦПК України.

Ключові слова: цивільний процес, докази, доказування, отримання доказів за кордоном, судові доручення.

Резюме

Коротенко Т. Ф. Особенности получения доказательств за границей в гражданском процессе Украины.

Статья посвящена исследованию особенностей правового регулирования получения доказательств за границей в гражданском процессе Украины на основе научных исследований и действующего законодательства Украины. В статье освещены основные проблемы, возникающие при направлении судами Украины судебных поручений о получении доказательств за границей. На основе исследований предлагается также дополнение ст. 416 проекта изменений в ГПК Украины.

Ключевые слова: гражданский процесс, доказательства, доказывание, получение доказательств за границей, судебное поручение.

Summary

Korotenko T. Features of taking evidence abroad in civil procedure of Ukraine.

The article deals with the features of legal regulation of the taking of evidence abroad in civil procedure of Ukraine, based on research and current legislation of Ukraine. The article highlights the main issues that arise in the direction of the courts Ukraine court orders to obtain evidence abroad. Also, based on studies proposed addition of Article 416 Draft amendments to the CPC of Ukraine.

Key words: civil procedure, evidence, proof, taking evidence abroad, a letter rogatory.

УДК 347. 4.2

Я. В. КРАВЦІВ

Ярослав Васильович Кравців, аспірант Київського університету права НАН України

ІНФОРМАЦІЯ ПРО ПРОДУКТИ ХАРЧУВАННЯ ЯК ОБ'ЄКТИ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Однією зі складових при реалізації продуктів харчування є інформація про товар та продукти харчування. Основне в ній полягає в тому, наскільки надана інформація є інформативною, дійсною і насамперед правдивою. Принаймні фальсифікатів продуктів харчування та отруєнь ними в Україні та реклами окремих з них, які є небезпечні для здоров'я, чимало. Так, у 2015 р. співробітники СБ України спільно з Державною ветеринарною та фітосанітарною і фіскальною службами викрили схему ввезення на територію України харчових продуктів з РФ, які не відповідали ветеринарно-санітарним нормам безпечності та якості. Було попереджено імпорту понад 200 тонн неякісної молочної, рибної та м'ясної продукції з Росії, а Держветфітослужбою вивезено офіційне застереження компетентним органам Російської Федерації та тимчасово призупинено імпорту харчової продукції окремих російських підприємств-виробників^{1*}.

Загрози посилюються з 20 вересня 2015 р. із зупиненням сертифікації продуктів харчування, а фактично припинено державний контроль за їх безпекою та якістю, що небезпечно для продуктів харчування дитячого асортименту.

Між тим, відповідно до ст. 42 Конституції України держава має захищати права споживачів, здійснювати контроль за якістю і безпечністю продукції. Проте із змінами до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України від 28 грудня 2014 р. у 2015 р. та у 2016 р. був накладений мораторій (заборона) на перевірки суб'єктів господарської діяльності. Отже, конституційні вимоги до держави стосовно контролю за безпечністю та якістю продукції не виконуються, що загострило і без того катастрофічну ситуацію на споживчому ринку щодо якості і безпечності для здоров'я продукції. Ми вже не говоримо про ліквідацію Держспоживінспекції, яка контролювала їх якість як елемент захисту прав споживачів.

До речі, MAIDAN PRESS CENTER оприлюднив дані, які були отримані при експертизі харчових продуктів, закуплених громадськими організаціями. Виявилось, що понад 70 % з них за результатами випробувань в ДП «Укрметртестстандарт» виявилися такими, що не відповідають вимогам чинного законодавства.

Можна стверджувати, що відміна обов'язкової сертифікації як форми державного нагляду за безпекою та якістю продукції суттєво погіршила охорону прав споживачів. Так, дані лабораторних досліджень Асоціації споживачів державним підприємством «Укрметртестстандарт» катастрофічні: при випробуванні ковбасних виробів виявили синтетичні барвники, бактерії кишкової палички, мезофільні аеробні та факультативні анаеробні мікроорганізми, що «гарантує» кишкові розлади та інші захворювання; у шоколадних виробках почали використовувати дешеві види гідрогенізованих пальмових олій, які наполовину складаються із шкідливих для здоров'я людини трансізомерів; виробники фальсифікують масло солодковершкове, сир твердий, сметану, молоко згущене, морозиво; в деяких молочних продуктах, відібраних для дослідження у дошкільних закладах та школах, вміст рослинного жиру у «маслі солодковершковому» досягав 100 % – його взагалі не було!

Необхідно зауважити, що особливий інтерес до продуктів харчування та інформацію про них цивілісти не проявили, особливо в Україні. Тут є суперечності об'єктивного походження: продукти харчування мають строки придатності й допоки інформація пошириться та засвоїться, вона стає недостовірною чи втрачає свої ознаки, що передбачені ст. 14 Закону України «Про інформацію»², оскільки: 1) інформація про товар (роботу, послугу) – відомості та/або дані, які розкривають кількісні, якісні та інші характеристики товару (роботи, послуги), а вони змінюються; 2) інформація про вплив товару (роботи, послуги) на життя та здоров'я людини не може бути віднесена до інформації з обмеженим доступом; 3) правовий режим інформації про товар (роботу, послугу) визначається законами України про захист прав споживачів, про рекламу, іншими законами та міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Опосередковано ця проблематика висвітлювалася у роботах, які присвячені договору купівлі-продажу, зокрема вчених різних періодів розвитку цивілістичної думки: М. М. Агаркова, М. І. Брагінського, Т. В. Боднар, О. В. Дзери, О. В. Кохановської, В. Д. Примака, В. В. Луця, О. Р. Шишки, Р. Б. Шишки та особливо О. С. Яворської. Спеціальні роботи не охопили всі аспекти проблематики і скоріше є постановочними, ніж

конструктивними. Окремі публікації не витримують критики на відповідність вимогам до об'єктів авторського права та аргументації висновків.

З огляду на обраний інформаційний аспект щодо продуктів харчування наразі він є вразливим і постає необхідність протидії обороту і рекламі неякісних, фальсифікованих товарів, що загрожують здоров'ю й життю споживачів. Такі харчі здебільше не мають сертифікатів якості чи відповідності та достовірної інформації про виробника, склад і властивості, гарантійні зобов'язання. Відомості на упаковці товару не відповідають дійсності та порушують право споживача на інформацію про якість продукції.

Мега статті: звернути увагу на необхідність посилення вимог до самих продуктів харчування через інформаційний аспект та відповідальність за поширення недостовірної інформації про продукти харчування й обґрунтування цивільно-правового її значення та забезпечення.

Об'єктом є відносини, які виникають при введенні в оборот продуктів харчування та щодо обов'язку їх товаровиробників і продавців стосовно надання інформації про них, а *предметом* – положення актів законодавства, практика їх застосування.

Передусім наголосимо, що однозначно ситуація щодо стану надання інформації про продукти харчування в Україні є неприпустимою і потребує як дієвих публічно-правових, так і приватноправових засобів, особливо при стрімкому зростанні цін на продукти харчування. Слід виходити з того, що ст. 4 Закону України «Про захист прав споживачів»³ передбачено, що право на необхідну, доступну достовірну й своєчасну інформацію про кількість, якість і асортимент продукції є невід'ємним правом всякого споживача, який знаходиться на території України.

На рівні презумпції ми виходимо з того, що інформація про продукти харчування як товари має доводитися до відома споживачів виробником (продавцем) у технічній документації, на етикетках, а також маркуванням або іншим способом, прийнятним для окремих видів товарів (послуг) або в окремих сферах обслуговування. Такий обов'язок є забезпеченням прав споживача на інформацію і надає йому можливість здійснити свідомий вибір за принципом співвідношення ціни та якості.

Наразі у Верховну Раду України внесено законопроект «Про інформацію для споживачів стосовно продовольчих товарів»⁴, у якому приділено увагу інформації про продукти харчування за європейськими правилами.

Інформація, яка надається споживачеві до придбання ним товару чи замовлення роботи (послуги), повинна містити: назву товару, найменування або відтворення знаку для товарів і послуг, за якими вони реалізуються; найменування нормативних документів, вимогам яких повинна відповідати вітчизняна продукція; дані про основні властивості продукції, а щодо продуктів харчування – про склад (включаючи перелік використаної у процесі їх виготовлення сировини, в тому числі харчових добавок), номінальну кількість (масу, об'єм тощо), харчову та енергетичну цінність, умови використання й застереження щодо вживання їх окремими категоріями споживачів, а також іншу інформацію, що поширюється на конкретний продукт; відомості про вміст шкідливих для здоров'я речовин, які встановлені нормативно-правовими актами, та застереження щодо застосування окремої продукції, якщо такі застереження встановлені нормативно-правовими актами; позначку про наявність у її складі генетично модифікованих компонентів; дані про ціну (тариф), умови та правила придбання продукції; дату виготовлення; відомості про умови зберігання; гарантійні зобов'язання виробника (виконавця); правила та умови ефективного і безпечного використання продукції; строк придатності (строк служби) товару (наслідків роботи), відомості про необхідні дії споживача після їх закінчення, а також про можливі наслідки в разі невиконання цих дій; найменування та місцезнаходження виробника (виконавця, продавця) і підприємства, яке здійснює його функції щодо прийняття претензій від споживача, а також проводить ремонт і технічне обслуговування.

Інформація доводиться до відома споживачів виробником (виконавцем, продавцем) у супровідній документації, що додається до продукції, на етикетці, а також у маркуванні чи іншим способом (у доступній наочній формі), прийнятним для окремих видів продукції або в окремих сферах обслуговування. Тож йдеться про самостійне значення інформації як умови укладення договорів на реалізацію продуктів для населення, що є новелою в цивільному законодавстві і має істотне значення в договорах купівлі-продажу продуктів харчування. Це виходить з межі того, що передбачено ст.ст. 628 та 638 ЦК України⁵.

Наскільки є виправданим розширення умов договорів і створення прецеденту щодо реалізації продуктів харчування, покаже практика. Проте все, що слугує охороні життя та здоров'я людини, докільля є виправданим. Тож належне інформування споживача є виправданим, навіть якщо у подальшому виникне спокуса розширити таку умову і на інші товари. Проте умова про якість товарів належить до звичайних і охоплюється вимогою до самого товару. Одна справа, коли на них встановлені стандарти, а інша – коли так звані тимчасові умови, від яких слід відмовитися і чим скоріше, тим краще.

Зауважимо, що Правилами роздрібною торгівлі продовольчими товарами, затвердженими наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції від 11 липня 2003 р. № 185⁶ передбачено, що маркування фасованих харчових продуктів повинно містити в доступній для сприйняття покупцем формі інформацію про: загальну назву харчового продукту; номінальну кількість харчового продукту в установлених одиницях виміру (маса, об'єм тощо); склад харчового продукту, якщо він виготовлений з кількох складників, із зазначенням переліку назв використаних у процесі виготовлення інших продуктів харчування, харчових добавок; харчову цінність, а також енергетичну цінність (для харчових продуктів, що її мають); кінцевий термін реалізації або дату виготовлення і термін придатності до споживання; умови зберігання; позначення нормативного документа (для харчових продуктів вітчизняного виробництва); найменування та адре-

су виробника й місце виготовлення; умови використання (якщо такі передбачені); наявність у харчовому продукті компонентів з генетично модифікованою сировиною (у разі, якщо використання таких компонентів передбачено нормативними документами або нормативно-правовими актами на даний харчовий продукт); застереження щодо вживання харчового продукту певними категоріями (групами) населення (діти, вагітні, люди похилого віку, спортсмени, хворі тощо); іншу інформацію, передбачену чинними в Україні нормативними документами, дія яких поширюється на певний харчовий продукт. Очевидно, що законопроект сприйняв положення правил на більш імперативному рівні.

Водночас зауважимо, що у першій редакції (п. 13) Правил продажу продовольчих товарів було вказано, що до відома покупців, у зручній для сприйняття формі (наочній та іншій) подається інформація про наявний асортимент і виробників товарів, час їх надходження у продаж, харчову цінність, особливості зберігання, виготовлення і вживання. Згодом чомусь вимога зручності для сприйняття зведена до заборони продажу фасованих вітчизняних та імпортованих харчових продуктів без маркування державною мовою. Тож спровоковано непрозорий ввіз і випуск вітчизняними виробниками неякісних, фальсифікованих, навіть радіоактивних товарів, що прямо загрожують здоров'ю і життю споживачів, з чим миритись не можна.

Продаж фасованих вітчизняних та імпортованих харчових продуктів без маркування державною мовою України не допускається, а маркування нефасованих харчових продуктів здійснюється в порядку, установленому нормативними документами для певних харчових продуктів. Зауважимо, що у маркуванні харчових продуктів використовуються специфічні символи, якими позначають дієтичні, профілактичні, оздоровчі харчові продукти, біологічно активні харчові добавки, дитяче харчування, харчування для спортсменів тощо.

З одного боку, працівники виробники та продавці зобов'язані надати покупцю необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію про товари, а також на вимогу покупця – документи, якими підтверджуються їх якість і безпека, а також ціна товарів, а з іншого боку, – їх реалізувати, отримати прибуток і з нього виплатити винагороду працівникам. Тож мерчедайзери фактично переймаються введенням споживачів в оману і тут має спрацювати обачність споживача та його поінформованість про сучасне просування товарів на ринках.

Інформування покупців про роздрібні ціни в грошовій одиниці України забезпечується суб'єктом господарської діяльності за допомогою ярликів цін (цінників) на зразках товарів, які оформляються відповідно до Інструкції про порядок позначення роздрібних цін на товари народного споживання в підприємствах роздрібною торгівлі та громадського харчування, яка затверджена наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі від 4 січня 1997 р. № 27. Роздрібною ціною є ціни на товари невиробничого споживання, за якими їх продають незалежно від форми розрахунків безпосередньо громадянам та іншим кінцевим споживачам для їх особистого некомерційного використання.

Як передбачено, інформування покупців про роздрібні ціни на товари здійснюється за допомогою таких засобів: ярликів цін (цінників) на зразках товарів або покажчиків цін у підприємствах роздрібною торгівлі; ярликів цін (цінників), преїскурантів алкогольних напоїв, меню та преїскурантів цін на куповані товари в підприємствах громадського харчування.

Ярлик цін (цінник) призначається для надання покупцям основної інформації на окремий товар, покажчик цін і преїскурант цін на куповані товари – на ряд товарів, що є у продажу, меню – про перелік страв, кулінарних, булочних, борошняних кондитерських виробів, що пропонуються протягом дня. Ярлики цін (цінники) та покажчики цін для продовольчих товарів повинні мати такі реквізити: для вагових товарів – назва товару, сорт, ціна за один кілограм або за сто грамів; для товарів чи напоїв, що продаються на розлив, – назва товару чи напою, сорт, ціна за одиницю місткості або одиницю ваги; для штучних товарів та напоїв в пляшках – назва товару чи напою, вага або місткість, сорт, ціна за штуку; для товарів, що розфасовані, назва товару, сорт, ціна за один кілограм або за сто грамів, вага одиниці розфасовки, ціна за одиницю розфасовки.

Роздрібні ціни також можуть бути позначені на товарних ярликах, етикетках підприємств-виробників, упаковці, в якій товар продається населенню, або безпосередньо на самому товарі, якщо позначення ціни не псує його товарний вигляд та не знижує якість товару. У випадку, якщо старі ціни на товарах закреслити неможливо (наприклад, були позначені етикетпістолетом), нові ціни позначаються шляхом наклеювання їх безпосередньо на попередні, що призводить до зловживань. Більш справедливим є новий ярлик і попередження на ньому про зміну ціни.

Правилами торгівлі на ринках, затвердженими наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції, Міністерства внутрішніх справ, Державної податкової адміністрації, Державного комітету стандартизації, метрології та сертифікації від 26 лютого 2002 р. № 57/188/84/105⁸, передбачено, що усі продавці зобов'язані надавати покупцям відомості про товари, не допускати порушення прав споживачів, бути ввічливими, охайно одягненими, відпускати товар упакованим або в тару покупця повною мірою і вагою, їм забороняється палити, розпивати спиртні напої. Особи в нетверезому стані не допускаються до торгівлі на ринку.

Слід пам'ятати, що у разі коли надання недоступної, недостовірної, неповної або несвоєчасної інформації про продукцію та про виробника (виконавця, продавця) спричинило придбання продукції, яка не має потрібних споживачеві властивостей; неможливість використання придбаної продукції за призначенням; заподіяння шкоди життю, здоров'ю або майну споживача, споживач має право: розірвати договір і вимагати відшкодування завданих йому збитків; вимагати надання у прийнятно короткий, але не більше місяця, строк належної інформації; розірвати договір і вимагати відшкодування збитків, якщо інформацію в обумовлений строк не буде надано; пред'явити продавцю (виробнику, виконавцю) вимоги, передбачені ст. 16 Закону Украї-

ни «Про захист прав споживачів», а саме: шкода, яка завдана життю, здоров'ю або майну споживача дефектною продукцією або продукцією неналежної якості, підлягає відшкодуванню в повному обсязі, якщо законом не передбачено більш високої міри відповідальності, а також вимагати відшкодування збитків, завданих природним об'єктам, що перебувають у його володінні на праві власності або на інших підставах, передбачених законом чи договором. Зауважимо, що тут має йтися про збиток, як це передбачено ст. 22 ЦК України.

Таким чином через вимоги до інформації про товар забезпечується споживачам захист їх прав, можливість вільного вибору товарів, набуття знань і кваліфікації, необхідних для прийняття виважених рішень під час придбання та використання продуктів харчування відповідно до їх потреб, і гарантується придбання або одержання продукції іншими законними способами в обсязі, що забезпечують рівень споживання, достатній для підтримання здоров'я і життєдіяльності.

¹ У СБУ заявили про заборону імпорту неякісних продуктів з Росії // Економічна правда : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pravda.com.ua/news/2015/11/26/7090356/?attempt=1>

² Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2657-ХІІ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>

³ Про захист прав споживачів : Закон України від 2 травня 1991 р. № 1023-ХІІ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/1023-12

⁴ Про інформацію для споживачів стосовно продовольчих товарів : проект Закону України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://furshet.ua/ua/buyers/protection/>

⁵ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435- IV (редакція станом на 1 січня 2016 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/435-15

⁶ Правила роздрібною торгівлі продовольчими товарами, затвердженими наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції від 11 липня 2003 р. № 185 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0628-03

⁷ Інструкція про порядок позначення роздрібних цін на товари народного споживання в підприємствах роздрібною торгівлі та громадського харчування, яка затверджена наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі від 4 січня 1997 р. № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0004-97

⁸ Правила торгівлі на ринках, затвердженими наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції, Міністерства внутрішніх справ, Державної податкової адміністрації, Державного комітету стандартизації, метрології та сертифікації від 26 лютого 2002 р. № 57/188/84/105 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/z0288-02

Резюме

Кравців Я. В. Інформація про продукти харчування як об'єкти цивільних прав.

У статті розглядаються прояви інформації про продукти харчування через призму вимог до інформації. Виокремлено таку інформацію, як відносно нову умову їх оборотоздатності та допуску до споживання, інформацію про самі продукти, їх ціну, термін придатності та умови споживання.

Ключові слова: інформація, продукти харчування, об'єкти цивільних прав.

Резюме

Кравців Я. В. Информация о продуктах питания как объектах гражданских прав.

В статье рассматриваются проявления информации о продуктах питания через призму требований к информации. Выделено информацию как относительно новое условие их оборотоспособности и допуска к потреблению, информацию о самих продуктах, их цену, срок годности и условия потребления.

Ключевые слова: информация, продукты питания, объекты гражданских прав.

Summary

Kravtsiv Y. Information about food as an objects of civil rights.

The article deals with the displays of information about food in the light of information requirements. Such information as a relatively new condition of its circulating and right of entry into consumption, information about the products, their price, expiry date and conditions of consumption is marked out.

Key words: information, food, objects of civil rights.

С. В. КУЛІЦЬКА

Софія Вікторівна Куліцька, аспірантка Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЩОДО ОБСЯГУ ВІДШКОДУВАННЯ МАЙНОВОЇ ШКОДИ, ЗАПОДІЯНОЇ ВНАСЛІДОК ПРОТИПРАВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ/БЕЗДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ СУДОВОЇ ВЛАДИ

Встановлення повного обсягу відшкодування шкоди, заподіяної особі внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності судових органів, є невід'ємною сутнісною гарантією реалізації її права на одержання ефективного відшкодування.

З огляду на особливу актуальність зазначеного питання в Україні, його неодноразово досліджували у своїх наукових працях такі правники, як О. О. Боярський, О. О. Отрадна, В. П. Богданов, А. Е. Колієва, О. В. Михайленко та інші. Проте ще й досі ряд аспектів у межах згаданого питання носить дискусійний характер як на рівні правової доктрини, так і правозастосовної практики, що стало поштовхом для написання цієї статті.

У зв'язку з усім вказаним вище **метою** цієї наукової статті є розкриття особливостей обсягу відшкодування майнової шкоди, заподіяної внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності органів судової влади, а також виявлення можливих перспектив удосконалення його правового регулювання та застосування в Україні.

Відповідно до положень Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» (далі – ЗУ № 266/94-ВР)¹, у випадку заподіяння шкоди особі внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності суду відшкодовуються (повертаються): зарібок та інші грошові доходи, які він втратив внаслідок протиправних (незаконних) дій; майно (в тому числі гроші, грошові вклади і відсотки за ними, цінні папери та відсотки за ними, частка у статутному капіталі господарського товариства, учасником якого був громадянин, та прибуток, який він не отримав відповідно до цієї частки, інші цінності), конфісковане або звернене в дохід держави судом, вилучене органами досудового розслідування, органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, а також майно, на яке накладено арешт; штрафи, стягнуті на виконання вироку суду, судові витрати та інші витрати, сплачені громадянином; суми, сплачені громадянином у зв'язку з наданням йому юридичної допомоги. У випадку неможливості повернення майна в натурі, його вартість, визначена за цінами, що діють на момент прийняття рішення про відшкодування шкоди, відшкодовується за рахунок тих підприємств, установ, організацій, яким воно передано безоплатно. У разі пошкодження майна завдана шкода відшкодовується повністю.

Аналіз названих положень чинного законодавства України свідчить про наявність у ньому ряду дефектів (прогалин), які потребують усунення. Так, у юридичній літературі усталеною є позиція, за якою повний обсяг майнової шкоди включає як позитивну шкоду, так і неотримані прибутки². Відповідно ж до ст. 22 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)³ найпоширенішим способом відшкодування майнової шкоди є відшкодування збитків: а) втрат, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрат, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); б) доходів, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). Сфера дії положень зазначеної статті ЦК України, розміщеної у Книзі I «Загальні положення», не обмежується лише договірними зобов'язаннями, а включає також і позадоговірні (деліктні) зобов'язання, що підтверджується і на рівні сучасної судової практики⁴. Як правило, йдеться про доходи від здійснення підприємницької діяльності, які суб'єкт мав можливість реально одержати за звичайних обставин⁵, тому вважаємо, що у випадках відшкодування шкоди такому суб'єкту доречніше вести мову про розрахунок та відшкодування неотриманого ним прибутку.

Питання можливості відшкодування неотриманих прибутків недостатньо вирішене в ЗУ № 266/94-ВР, адже у ньому йдеться лише про повернення неотриманого прибутку відповідно до частки у статутному капіталі господарського товариства, учасником якого була особа. У зв'язку з цим деякі науковці⁶ констатують, що це питання варто врегулювати у законодавчому порядку. Крім того, дослідники⁷ дійшли висновку, що питання про відшкодування неотриманих прибутків зазвичай виникає при заподіянні особі шкоди внаслідок інших протиправних діянь суду, пов'язаних із процесуально-правовими аспектами судового розгляду, найповішми з яких є випадки заподіяння шкоди, обумовлені несвоєчасним захистом порушеного права. Наприклад, необгрунтоване застосування судом такого виду забезпечення позову, як накладення арешту на певний об'єкт нерухомості відповідача призводить до неможливості укладення ним вигідного договору купівлі-продажу тощо.

На нашу думку, ефективно вирішення питання щодо можливості відшкодування особі неотриманих нею прибутків пов'язане із застосуванням в Україні практики Європейського суду з прав людини (далі –

ЄСПЛ) як джерела права у частині регулювання відносин захисту власності (ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод⁸), зокрема, визначення змісту та обсягу поняття «майно», яке є автономним (не залежить від його законодавчого закріплення державами-учасницями Конвенції) та динамічним (змінюється у зв'язку із розвитком економічних відносин). Згідно з підходами практики ЄСПЛ ключовими ознаками «майно» є: наявність економічної цінності та реальність (право власності не містить у собі права на її набуття; таке право виникає з моменту, коли власник вправі вимагати відшкодування за це майно)⁹. Однак ст. 1 Першого протоколу до Конвенції можна також застосовувати для захисту правомірних очікувань щодо певного стану речей (у майбутньому)¹⁰. Слід зазначити, що сучасною тенденцією розвитку практики ЄСПЛ є така: визначаючи «справедливий» розмір відшкодування, Суд не «прив'язується» до повного розміру заподіяної шкоди, а завжди виходить із поняття «справедливого» відшкодування та особливо обережно ставиться до вимог про відшкодування упущеної вигоди (в тому числі, неотриманих прибутків). При цьому Суд навіть не здійснює спроб вивести загальні критерії справедливості відшкодування, вирішуючи питання про справедливий розмір відшкодування (справедливу сатисфакцію) окремо у кожній справі¹¹.

Загалом вважаємо, варто погодитися із думкою дослідників¹², які зазначають, що автономність конвенційних понять (в тому числі, і поняття «майно»)¹³ означає вимогу не уніфікації національного законодавства, а вимогу застосовувати єдині правила та принципи їх тлумачення, чим забезпечується існування єдиного європейського стандарту захисту права власності. Тому саме судові органи повинні виробити підходи до застосування в Україні рішень ЄСПЛ*.

На наш погляд, питання можливості відшкодування неотриманих прибутків за ЗУ № 266/94-ВР потрібно вирішувати шляхом вироблення орієнтирів у правозастосовній практиці України стосовно можливості захисту правомірних очікувань особи щодо певного стану речей (у майбутньому) (фактично йдеться про захист охоронюваного законом приватновласницького інтересу особи)** , що сприяло б утвердженню принципу юридичної визначеності. Внесення ж законодавчих змін у цьому випадку не варто розглядати в якості ефективного способу вирішення досліджуваного питання.

¹ Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду : Закон України від 1 грудня 1994 р. № 266/94-ВР, із змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 1. – С. 2. – Ст. 1.

² Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве / Л. А. Лунц, И. Б. Новицкий. – М. : Госюриздат, 1950. – С. 370.

³ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV, із змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

⁴ Постанова Верховного Суду України № 6-237цс16 від 18 травня 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/54335C9F1B771121C2257FC60049107B](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/54335C9F1B771121C2257FC60049107B)

⁵ Богданов В. П. Обязательства по возмещению государством вреда, причиненного правоохранительными органами и судами : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Богданов Вячеслав Петрович. – СПб., 2002. – С. 112.

⁶ Боярський О. О. Відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю суду : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Боярський Олександр Олександрович. – Одеса, 2008. – С. 131.

⁷ Кирчак А. П. Специфика конструкции гражданско-правовой ответственности за вред, причиненный при ненадлежащем отправлении правосудия / А. П. Кирчак // Российский судья, 2004. – № 4 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lawmix.ru/comm/3021/>

⁸ Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 20 березня 1952 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32. – С. 453. – Ст. 2372, код акту 36905/2006.

⁹ Гончаренко О. Поняття «власність» у практиці Європейського суду з прав людини / О. Гончаренко // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 12. – С. 44.

¹⁰ З цього приводу див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справі «Пайн Веллі Девелопмент Лтд. Та інші проти Ірландії» (Заява № 12742/87) від 29.11.1991 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57711>

¹¹ Мірошниченко А. М. «Планувальна експропріація» за законодавством України / А. М. Мірошниченко, А. І. Ріпенко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2012. – № 5 (127). – С. 65.

* Так, за результатами дослідження «Precedent UA – 2015», проведеного УГСПЛ щодо застосування українськими судами рішень ЄСПЛ на основі даних ЄДРСР України в 2015 р. (станом на 3 серпня 2015 р. було вивчено 853 162 судових рішень, з яких вибрано 593 судових рішень, у яких застосування 67 рішень ЄСПЛ було релевантним, тобто таким, що відповідає суті справи, яка розглядалася національним судом, та таким, що не викривляє змісту самого рішення ЄСПЛ), зі 765 існуючих на той час судів 198 національних судів релевантно послуговуються у своїй практиці аналізованими 67 рішеннями ЄСПЛ. Детальніше див.: «Precedent UA – 2015» / Аркадій Бущенко, Олена Сапожнікова, Олег Шинкаренко. – К. : КВІЦ, 2015. – 412 с.

** Розумними очікуваннями особи вважаються легітимні (або законні) і виправдані очікування набути майно або майнове право, які в практиці ЄСПЛ дістають правову охорону як майно. Поняття «законні очікування» (legitimate expectations) слід розглядати як елементи верховенства права та «юридичної визначеності» (legal certainty). Практика Суду ЄС і ЄСПЛ розглядає законні очікування як елемент правової визначеності в умовах відсутності єдиної теорії легітимних (законних) очікувань, придатних для всіх національних правопорядків. Автономне поняття «законні очікування» не може протиставлятися положенням ч. 2 ст. 19 Конституції України про пріоритетність забезпечення правового порядку. Практикою ЄСПЛ і міжнародних арбітражів визнається, що принцип обгрунтованого очікування не може заперечувати право держав змінювати своє законодавство (п. 12). Детальніше див.: Висновки та рекомендації міжнародної конференції «Право власності: європейський досвід та українські реалії» (м. Київ, 22–23 жовтня 2015 р.) // Вісник Верховного Суду України. – 2015. – № 12 (184). – С. 6–9.

¹² Яковлев А. А. Міжнародно-правове співробітництво у захисті права власності в системі Ради Європи : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 / Яковлев Андрій Анатолійович. – Х., 2009. – 20 с.

¹³ Див. п. 124 рішення ЄСПЛ у справі «Öneýldiz проти Туреччини» (Заява № 48939/99) від 30.11.2004 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67614>

Резюме

Кулицька С. В. Щодо обсягу відшкодування майнової шкоди, заподіяної внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності органів судової влади.

Автором статті здійснено спробу дослідити особливості обсягу відшкодування майнової шкоди, заподіяної внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності органів судової влади, а також виявити можливі перспективи вдосконалення його правового регулювання та застосування в Україні. Особливу увагу звертається на проблематику відшкодування неотриманого прибутку крізь призму існуючих доктринальних і правозастосовних підходів.

Ключові слова: обсяг відшкодування, майнова шкода, неотриманий прибуток, орган судової влади, протиправна діяльність/бездіяльність.

Резюме

Кулицькая С. В. Относительно объема возмещения имущественного вреда, причиненного вследствие противоправной деятельности/бездеятельности органов судебной власти.

Автором статьи предпринята попытка исследовать особенности объема возмещения имущественного вреда, причиненного вследствие противоправной деятельности/бездеятельности органов судебной власти, а также выявить возможные перспективы усовершенствования его правового регулирования и применения в Украине. Особое внимание обращено на проблематику возмещения неполученной прибыли сквозь призму существующих доктринальных и правоприменительных подходов.

Ключевые слова: объем возмещения, имущественный вред, неполученная прибыль, орган судебной власти, противоправная деятельность/бездеятельность.

Summary

Kulitska S. Regarding the amount of compensation for pecuniary damage caused as a result of the wrongful activity/inactivity of judicial authorities.

An attempt to examine special features of the amount of compensation for pecuniary damage caused as a result of the wrongful activity/inactivity of judicial authorities and identify the possible prospects for improvement of its legal regulation and enforcement is made by the author of this article. Special attention is given to the range of problems of compensation for loss of profit (lucrum cessans) in the light of current doctrinal and enforcement approaches.

Key words: the amount of compensation; pecuniary damage; loss of profit (lucrum cessans); judicial authority; wrongful activity/inactivity.

УДК 347.9

I. I. СТРОКАЧ

Ірина Іванівна Строкач, здобувач Київського університету права НАН України, головний спеціаліст Вищого господарського суду України

ВИКОНАВЧИЙ НАПИС НОТАРІУСА ЯК НОТАРІАЛЬНА ДІЯ ТА ПІДСТАВИ ЙОГО ВЧИНЕННЯ

Захист законних прав та свобод індивіда в правовій державі є фундаментальним аспектом її функціонування та розвитку. Основним завданням кожного створеного державою органу є системне виконання поставлених обов'язків задля забезпечення реалізації захисту законних прав та свобод людини. На сьогоднішній день діє ціла система нотаріальних органів, які покликані забезпечувати та гарантувати права суб'єктів правових відносин.

Відповідно до чинного законодавства, нотаріат в Україні – це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені Законом України «Про нотаріат», з метою надання їм юридичної вірогідності¹. Розглядати дану дефініцію можливо як із суб'єктивної сторони, так і з об'єктивної. Перша вказує на розгалужену систему нотаріальних органів, до якої належать державні нотаріальні контори, приватні нотаріуси, державні нотаріальні архіви, у населених пунктах, де немає нотаріусів, уповноважені особи місцевих рад, а також консульські установи.

З об'єктивної сторони поняття нотаріату вказує на повноваження нотаріальних органів та посадових осіб стосовно кола тих дій, що відповідно до Закону України «Про нотаріат» вони можуть вчиняти. При

цьому вчинення передбачених законом нотаріальних дій не повинно викликати спору, бо предметом нотаріальної діяльності є справи, в яких відсутній спір про право цивільне і якщо в процесі вчинення нотаріальної дії такий спір виникає, то він підлягає вирішенню в судових органах, а сама нотаріальна дія, в такому разі, зупиняється до набуття рішення законної сили².

При вчиненні будь-якої нотаріальної дії нотаріуси надають суспільним відносинам визначеної законом форми, яка забезпечує захист і охорону прав та інтересів фізичних та юридичних осіб.

Нотаріус є арбітром відносин суб'єктів нотаріального процесу, притримуючись норм права він незалежний та неупереджений у своїх діях.

Однією з непростих та відповідальних нотаріальних дій на практиці є вчинення виконавчого напису нотаріуса.

Відсутність визначення поняття виконавчого напису на законодавчому рівні породжує різні трактування його змісту та суті. Цікавою є думка авторів коментаря до Цивільного кодексу України за редакцією Я. М. Шевченко, які аналізуючи статтю даного кодифікованого акта зазначають, що під виконавчим написом нотаріуса слід розуміти підтвердження нотаріальним органом наявності заборгованості (грошових сум чи майна) та розпорядження про примусове стягнення з боржника на користь кредитора цієї заборгованості³.

Сама ж заборгованість розуміється як належність фізичним чи юридичним особам суми боргів, що виникли в результаті цивільно-правових чи господарських правовідносин.

С. Я. Фурса та С. І. Фурса пропонують розглядати поняття «виконавчого напису» під кутом зору змісту цього поняття, при цьому зазначаючи, що правовим змістом виконавчого напису є посвідчення факту невиконання умов договору однією із сторін угоди, а процесуально-правовим – надання оригіналам документів, що встановлюють заборгованість, виконавчої сили⁴. У юридичній літературі радянського періоду висловлювалася думка, що виконавчий напис – це форма вирішення спору між сторонами (боржником і кредитором).

Натомість М. І. Авдєєнко та М. А. Кабакова стверджують, що виконавчим написом називається розпорядження нотаріального органу про примусове виконання зобов'язання сплати певної суми грошей або передачі майна⁵.

Враховуючи особливості правового статусу нотаріуса, що виключає існування у нього владних повноважень, неправильним є віднесення цієї нотаріальної дії до випадку реалізації влади нотаріуса. Така думка була висловлена, зокрема, М. М. Дяковичем, де вказано, що нотаріус застосовує владні повноваження лише при вчиненні виконавчих написів на документах, які визначають заборгованість. При вчиненні виконавчих написів нотаріус має повноваження щодо санкціонування примусового здійснення порушених прав. При цьому нотаріус застосовує норми як нотаріального, так і процесуального права⁶.

Також слід відрізнити правовідносини, що складаються у сфері здійснення нотаріальної діяльності і стосуються суб'єктивних прав їх учасників, від правовідносин, які виникають під час здійснення виконавчого провадження. Як зазначає А. І. Перепелиця, єдність та цілісність суб'єктів виконавчого провадження відповідно опосередковується зв'язками між ними. У цілому такі зв'язки характеризуються як адміністративні та адміністративно-процесуальні. Це обумовлюється тим, що: вони виникають під час примусового виконання рішень судів та інших юрисдикційних органів і врегульовані законодавством про виконавче провадження; мають владний характер. Суб'єкти виконавчого провадження не мають абсолютної рівності, оскільки Державна виконавча служба – орган держави, то ці відносини характеризуються як владні, що означає обов'язковість вимог державного виконавця для всіх інших суб'єктів виконавчого провадження, за невиконання яких встановлено адміністративну відповідальність; державний виконавець є обов'язковим суб'єктом правовідносин у виконавчому провадженні⁷. Необхідно мати на увазі, що вчинення нотаріальної дії – виконавчого напису, жодним чином не належить до реалізації владних повноважень з приводу його виконання.

Наведені точки зору науковців, на думку автора, дають змогу зрозуміти значення інституту виконавчого напису нотаріуса взагалі та його значимість в нотаріальному провадженні.

Отже, нотаріус посвідчує безспірні права та безспірні факти, в наявності яких він може упевнитися безпосередньо або на підставі відповідних документів, а також вчиняє інші дії, спрямовані на юридичне підтвердження та закріплення цивільних прав, щоб запобігти їх можливому порушенню в майбутньому⁸.

При вчиненні будь-якої нотаріальної дії нотаріуси надають суспільним відносинам визначеної законом форми, яка забезпечує захист і охорону прав та інтересів фізичних та юридичних осіб.

Питання способу захисту законних прав та інтересів вивчається науковцями як з практичного боку, так і з теоретичного. Предметне вивчення даного питання було здійснено такими вченими, як С. Я. Фурса, Ю. В. Нікітін, І. О. Дзера, В. В. Комаров, І. В. Болокан, В. В. Луць, які досліджували регулювання загальних та спеціальних способів захисту, включаючи і сферу нотаріату. На думку одних авторів право на захист – це самостійне суб'єктивне право, яке з'являється у особи лише в момент порушення і оспорювання прав особи⁹. Інші вважають, що право на захист потрібно розглядати як елемент, невід'ємну ознаку самого суб'єктивного права¹⁰. Проте у будь-якому випадку право на захист є похідним від основного суб'єктивного права і не може існувати без останнього.

Автори підручника «Нотаріат в Україні» за редакцією В. В. Комарова зазначають, що «виконавчий напис являє собою розпорядження нотаріуса про стягнення з боржника належної стягувачеві певної грошової суми або витребування майна»¹¹.

Захист суб'єктивних цивільних прав може здійснюватися у двох основних формах: судовій та позасудовій. Згідно зі ст.ст. 16–19 Цивільного кодексу України захист цивільних прав та інтересів здійснюється

судом, Президентом України, органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування, нотаріусом або шляхом самозахисту. Відповідно до ст. 124 Конституції України юрисдикція суду поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Це фундаментальне положення означає пріоритет судової форми захисту стосовно інших, у тому числі й нотаріальної¹².

Статтею 18 Цивільного кодексу України встановлено, що нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом.

Виконавчий напис – не нове явище нашого часу та належить до не судових форм захисту інтересів кредиторів за безспірними зобов'язаннями, підтвердженими документами, що не викликають сумнівів щодо їх достовірності. Історія подібної практики бере свій початок з Цивільного кодексу Франції, так званого кодексу Наполеона, де зазначалося, що за будь-яким нотаріально посвідченим договором нотаріус видає за заявою кредитора виконавчу копію та даний документ може бути пред'явлено для примусового виконання. Стягнення безспірної заборгованості в позасудовому порядку передбачалося у ч. 2 тому Х Зводу законів Цивільних 1857 р., де зазначалося, що будь-який договір і будь-яке зобов'язання, законно вчинене, вважалось безспірним і приводилося до виконання «безпосереднім застосуванням закону без будь-якого судочинства; якщо ж виникав спір проти таких договорів та зобов'язань, то він, призупиняючи стягнення, вирішувався судовим способом, але без формального суду в остаточному варіанті...»¹³.

Розвитку вчинення виконавчих написів набуло в період існування Радянського Союзу. Порядок вчинення виконавчих написів регулювався, зокрема, в Українській РСР Положенням про державний нотаріат Української РСР, затверджене постановою УРСР від 31 серпня 1964 р. № 941 та Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріальними конторами Української РСР (далі – Інструкція УРСР), затвердженою постановою Президії Верховного Суду Української РСР від 22 січня 1965 року. Правомочними на вчинення виконавчих написів були нотаріальні контори і консульські установи. Відповідно до Інструкції УРСР виконавчі написи могли би бути вчинені в будь-якій нотаріальній конторі, незалежно від того, де знаходився стягувач або боржник¹⁴, де складено документ, на якому вчинявся напис, або де провадилося виконання. Спеціальним нормативним актом встановлювався перелік документів, на підставі яких нотаріальні органи мали право вчиняти виконавчі написи. В Українській РСР таким документом була постанова Ради Міністрів Української РСР від 31 серпня 1964 р. № 941¹⁵. Цей перелік містив досить багато видів заборгованості, за якими можна було вчиняти виконавчі написи, крім того, кожен з цих видів (окрім стягнень за нотаріально посвідченими правочинами) мав ще й підвиди¹⁶. Дані норми були втілені при прийнятті Закону України «Про нотаріат», у тому числі щодо порядку викладення виконавчого напису на оригіналі документа, який встановлює заборгованість, а у разі, якщо не вміщується на ньому, то на окремому аркуші, який прикріплюється до такого документа і прошивається.

Надбання історії втілюється в сучасному законодавстві та відобразилось у кодифікованих та не кодифікованих законодавчих актах України, включаючи:

- статтю 18 Цивільного кодексу України – нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку встановлених законом;
- статтю 78 Сімейного кодексу України – у разі невиконання одним із подружжя свого обов'язку за договором про надання утримання аліменти можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса;
- статтю 99 Сімейного кодексу України – якщо у шлюбному договорі визначено умови, розмір та строки виплати аліментів, то в разі невиконання одним із подружжя свого обов'язку за договором аліменти можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса;
- статтю 109 Сімейного кодексу України – у разі невиконання договору між подружжям про розмір аліментів на дитину, аліменти можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса;
- статтю 189 Сімейного кодексу України – у разі невиконання одним із батьків свого обов'язку за договором про сплату аліментів, аліменти можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса;
- Кодекс торговельного мореплавства України – якщо диспаша не оскаржена протягом шести місяців з дня одержання диспаші з обов'язковим сповіщенням про це диспашера шляхом надіслання йому копії позовної заяви, або оскаржена, але залишена судом у силі, стягнення за нею може бути зроблено на підставі виконавчого напису нотаріуса;
- статтю 87 Закону України «Про нотаріат» – для стягнення грошових сум або витребування від боржника майна нотаріуси вчиняють виконавчі написи на документах, що встановлюють заборгованість;
- статтю 33 Закону України «Про іпотеку» – звернення стягнення на предмет іпотеки здійснюється на підставі рішення суду, виконавчого напису нотаріуса або згідно з договором задоволення вимог іпотекодержателя;
- статтю 20 Закону України «Про заставу» – звернення стягнення на заставлене майно здійснюється за рішенням суду або третейського суду, на підставі виконавчого напису нотаріуса, якщо інше не передбачено законом або договором застави;
- статтю 26 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяження» – обтягувач має право на власний розсуд обрати із таких позасудових способів звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження як реалізація заставленого майна на підставі виконавчого напису нотаріуса;
- Закон України «Про фінансовий лізинг» – лізингодавець має право відмовитися від договору лізингу та вимагати повернення предмету лізингу від лізингоодержувача у безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса, якщо лізингоодержувач не сплатив лізинговий платіж частково або в повному обсязі

та прострочення сплати становить більше 30 днів, лізингодавець має право стягувати з лізингоодержувача прострочену заборгованість у безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса;

– статтю 19 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» – стягнення заборгованості по орендній платі провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса;

– статтю 8 Закону України «Про обіг векселів в Україні» – вексель, опротестований нотаріусом у встановленому законом порядку, є виконавчим документом (крім векселя, опротестованого у недатуванні акцепту).

Найбільш розповсюдженими документами, за якими заборгованість стягується у безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса, є нотаріально посвідчені угоди, які передбачають сплату грошових сум, передачу або повернення майна, а також право звернення стягнення на заставлене майно. Отже, виконавчий напис може бути вчинено не на будь-якій нотаріально посвідченій угоді, а лише на тій, у якій передбачаються вказані вище умови (сплата грошових сум, передача або повернення майна, а також право звернення стягнення на заставлене майно).

Юрисдикція виконавчих написів вельми широка та різноманітна як в Україні, так і поза її межами та регулює значну сферу правових відносин, але не є вичерпною, оскільки ст. 6 Цивільного кодексу України зазначає, що сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, що не врегульовані цими актами. Звідси слідує: якщо сторони зазначають у договорі можливість стягнення зобов'язання у формі виконавчого напису, то відповідно у разі невиконання або неналежного виконання зобов'язання, нотаріус вправі вчинити виконавчий напис на такому документі. Прикладом даного твердження може слугувати договір позики, стягнення за яким у безспірному порядку на підставі виконавчого напису не передбачено жодним нормативним актом, але сторони можуть передбачити, що у разі неповернення боргу позикодавець може звернутися до нотаріуса за вчиненням виконавчого напису про стягнення заборгованості на загальних підставах, єдиною умовою такого практичного втілення буде нотаріальне посвідчення договору позики.

Для одержання виконавчого напису нотаріусу подаються наступні документи:

– оригінал нотаріально посвідченого договору (договорів);

– документи, що підтверджують безспірність заборгованості боржника та встановлюють прострочення виконання зобов'язання¹⁷.

Законодавство України опосередковано аргументує можливість вчинення виконавчого напису на підставі договору позики.

Перелік документів, який існував до затвердження чинного переліку, відповідно до якого провадилося стягнення заборгованості на підставі виконавчих написів державних нотаріальних контор передбачав подання нотаріусу для вчинення виконавчого напису лише документ, що встановлював прострочення виконання. З приводу цього автори науково-практичного коментаря до Положення про державний нотаріат К. С. Юдельсон та А. К. Кац зазначають: «Подання такого документа вкрай ускладнено, а в деяких випадках неможливе, оскільки прострочення виконання є фактом негативним. Якщо сам боржник не підтвердить прострочення виконання, то кредитор не може звернутися до нотаріальної контори за одержанням виконавчого напису»¹⁸.

Аналізуючи зміст безспірності заборгованості, тобто заборгованості боржника, яка виключає можливість спору з боку боржника щодо її розміру, строку, за який вона нарахована, а відтак, і документи, які підтверджують її безспірність і на підставі яких нотаріуси здійснюють виконавчі написи, мають бути однозначними, беззаперечними та стовідсотково підтверджувати наявність у боржника заборгованості перед кредитором саме в такому розмірі.

Водночас спірні правовідносини об'єктивно не можуть існувати в межах нотаріальної діяльності. Тому обґрунтованим здається висновок про відмову у вчиненні нотаріальної дії в разі наявності спору. Саме з цього виходить і нотаріальна, і судова практика на сьогодні. При цьому вчинення виконавчого напису передбачає безспірність і в розумінні її як безперечності пред'явлення нотаріусом доказів, і в контексті відсутності спорів між кредитором та боржником.

Інший шлях вирішення цієї проблеми – надання нотаріусам доступу до Єдиного Державного реєстру судових рішень та практичної можливості отримання з нього відомостей, що підтверджували б наявність чи відсутність судового спору між кредитором та боржником так, як наприклад, при вчиненні правочину нотаріус перевіряє відомості про податкові застави в Державному реєстрі обтяжень рухомого майна, а також відомості з інших реєстрів, доступ до яких надано нотаріусові. Щоправда, наповненість такого реєстру сумнівна, тому дане припущення буде мати місце, коли встановлять обов'язкове внесення всіх рішень судів до Єдиного Державного реєстру судових рішень та відповідальність за таке порушення.

На сьогодні жодним законом чи іншим нормативно-правовим актом не визначено, які саме документи підтверджують безспірність заборгованості боржника та встановлюють прострочення виконання зобов'язання. Деякі суди поділяють думку, що належними доказами, які можуть підтверджувати наявність або відсутність заборгованості, а також встановлювати її розмір, можуть бути виключно документи первинної бухгалтерської документації, оформлені відповідно до норм ст. 9 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність», а саме: платіжні доручення, меморіальні ордери, розписки, чеки.

Практика судів України свідчить про те, що банки надають нотаріусам для вчинення виконавчого напису документи, що не підтверджують безспірність вимог, що заява про вчинення виконавчого напису, оригінал договору іпотеки, заява про відкликання кредиту та про звернення стягнення на майно, зроблений банком в односторонньому порядку розрахунок заборгованості позивача за відсутності наданої нотаріусу виписки з

особового (позичкового) рахунку боржника правомірно розцінені судами як такі, що не підтверджують безспірність вимог банку до боржника. Також проблематичним є надання виписки з особового (позичкового) рахунку боржника, її обсяг сягає великої кількості сторінок, це в свою чергу перенавантажує архіви нотаріусів, і без того перепопненні.

На думку окремих авторів, безспірність заборгованості може встановлюватися тільки боржником. Тому єдиною умовою вчинення виконавчого напису має бути волевиявлення зобов'язаної особи, висловлене нею наприклад у договорі іпотеки, а не віднесення законодавством та виконавчими органами певних зобов'язань до безспірних.

Також потрібно врахувати позицію, викладену в Науково-практичному коментарі Закону України «Про нотаріат», де зазначається, що згідно з положеннями ст. 18 Цивільного кодексу України нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом. Таким чином, норми законів містять поняття «документ, що встановлює заборгованість» та «боргові документи», тоді як положення підзаконних актів відносять до таких документів також документи, які передбачають передачу або повернення майна. Останнє формулювання виглядає більш повним, хоча і міститься в нормативно-правовому акті нижчого рівня, ніж закон. З огляду на це ст. 18 Цивільного кодексу України та ст. 87 Закону України «Про нотаріат» потребують певних змін⁹.

Слід також враховувати правову позицію Верховного Суду України, що на час вчинення виконавчого напису заборгованість не може вважатись безспірною, якщо в суді вже існує спір щодо розміру заборгованості за кредитним договором, який є підставою стягнення²⁰.

При вчиненні виконавчого напису нотаріус не має практичної, встановленої законодавством можливості, перевірити відсутність спору між боржником та стягувачем, по закінченню якої сформував відповідний документ, що підтверджував би знайдені відомості. Що в свою чергу забезпечило б зменшення кількості оспорюваних виконавчих написів нотаріуса.

На думку вчених С. Я. Фурси та С. В. Щербака для того, щоб виконавчий напис набрав «законної сили», слід перебачити у Законі України «Про нотаріат» обов'язком нотаріуса після вчинення виконавчого напису повідомляти боржника про це. Тоді боржник матиме реальну можливість оскаржити неправильно вчинену нотаріальну дію чи звернутися з позовом до стягувача. Судовій практиці відомі рішення суддів, згідно з якими виконавчий напис визнано недійсним і скасовано, а також таким, що не підлягає виконанню. У Цивільному процесуальному кодексі України передбачено порядок обов'язкового попередження боржника про видачу судового акта. Аналогічний порядок був би доцільним і у нотаріальному провадженні, що звільнить виконавчу службу від вчинення виконавчих дій у даному випадку.

Така нотаріальна дія, як виконавчий напис, за час свого існування підтвердила свою очевидну необхідність та простоту механізму втілення, але прогалини в законодавстві не дають змоги повною мірою розкрити значимість цього інституту.

¹ Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/page3>

² Павлик П. М. Нотаріат України : навч. посіб. для дистанційного навчання / П. М. Павлик, Т. М. Кілічава. – К. : Університет «Україна», 2007. – С. 21.

³ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: у 2 ч. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – К., 2004. – С. 36.

⁴ Фурса С. Я. Нотаріат в Україні / С. Я. Фурса, С. І. Фурса. – К., 1999. – С. 224.

⁵ Авдеенко Н. И. Нотариат в СССР : учеб. пособ. / Н. И. Авдеенко, М. А. Кабакова. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1984. – С. 143.

⁶ Дякович М. М. Нотаріальне право України : навч. посіб. ; 2-е вид., перероб. і доп. / М. М. Дякович. – К. : Правова єдність, 2010. – С. 17.

⁷ Перепелиця А. І. Організаційно-правові засади діяльності державної виконавчої служби в Україні: моногр. / А. І. Перепелиця, В. М. Бесчастний, А. О. Собакар; Донец. юрид. ін-т Луган. держ. ун-ту внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. – Донецьк, 2009. – С. 109–130.

⁸ Радзівєвська Л. К. Нотаріат в Україні : навч. посіб. / Л. К. Радзівєвська, С. Г. Пасічник ; за відп. ред. Л. К. Радзівєвської. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – С. 283.

⁹ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В. П. Грибанов. – М., 1972. – С. 267.

¹⁰ Там само. – С. 106.

¹¹ Нотаріат в Україні: підруч. / за ред. В. В. Комарова. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 248.

¹² Грошева О. Нотаріальна і судова форми захисту суб'єктивних прав / О. Грошева // Право України. – 2006. – № 1. – С. 95.

¹³ Лившиц Б. И. Комментарии, эксклюзивные, раритетные материалы по российскому нотариату (580 наиболее значимых книг, статей и научных исследований) / Б. И. Лившиц, К. Н. Осматескул и др. – М., 2001. – С. 192.

¹⁴ Лихацький Д. Загальний порядок звернення стягнення на майно боржника / Д. Лихацький : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://justinian.com.ua/article.php?id=2093>

¹⁵ Нотаріат в Україні [Текст]: навч. посіб. / В. М. Бесчастний [та ін.]; ред. В. М. Бесчастний. – К. : Знання, 2008. – С. 45.

¹⁶ Нотаріат : зб. нормативних актів і зразків документів для нотаріальних контор і виконкомів місцевих Рад депутатів трудящих / відп. ред. Д. І. Чорпіга. – К. : Політвидав України, 1969. – С. 267.

¹⁷ Про затвердження переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів : постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1172-99-%D0%BF>

¹⁸ Юдельсон К. С., Кац А. К. Научно-практический комментарий к Положению о государственном нотариате / К. С. Юдельсон, А. К. Кац. – М.: Юрид. лит., 1970. – С. 178.

¹⁹ Науково-практичний коментар Закону України «Про нотаріат» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://westudents.com.ua/knigi/444-naukovo-praktichnyy-komentar-zakonu-ukrani-pro-notarat-korotyuk-o-v.html>

²⁰ Постанова Верховного Суду України від 11 березня 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/DE5D97DD84013598C2257E0C003F81CA](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/DE5D97DD84013598C2257E0C003F81CA) ; Постанова Верховного Суду України від 4 березня 2015 р. у справі №6-27цс15 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/F5BE89CF2D371D59C2257E0600306687](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/F5BE89CF2D371D59C2257E0600306687)

Резюме

Строкач І. І. Виконавчий напис нотаріуса як нотаріальна дія та підстави його вчинення.

Наукова стаття присвячена актуальній на сьогоднішній день проблемі інституту виконавчих написів нотаріуса в Україні. Автором здійснюється аналіз процесуального законодавства і юридичної літератури. Особлива увага приділяється різним підходам до визначення поняття «виконавчого напису». Даний напрям доповнюється розглядом виконавчого напису нотаріуса як нотаріальної дії та умов, за яких може бути здійснено виконавчий напис нотаріусом.

Ключові слова: виконавчий напис, нотаріус, нотаріальна дія, виконавчий документ, стягнення.

Резюме

Строкач И. И. Исполнительная надпись нотариуса как нотариальное действие и основания его совершения.

Научная статья посвящена актуальной на сегодняшний день проблеме института исполнительных надписей нотариуса в Украине. Автором осуществляется анализ процессуального законодательства и юридической литературы. Особое внимание уделяется различным подходам к определению понятия «исполнительной надписи». Данное направление дополняется рассмотрением исполнительных надписей нотариуса как нотариального действия и условий, при которых исполнительная надпись может быть совершена нотариусом.

Ключевые слова: исполнительная надпись, нотариус, нотариальное действие, исполнительный документ, взыскание.

Summary

Strokach I. Executive inscription notary as a notarial act and the reasons it was committed.

The scientific article is devoted to an actual problem for today the institute's executive notary inscriptions in Ukraine. The author carried out an analysis of procedural law and legal literature. Particular attention is paid to different approaches to the definition of «writ». This trend is complemented by the consideration of executive endorsement of the notary as a notarial act and the conditions under which the executive inscription can be made by a notary.

Key words: executive inscription, the notary, the notarial act, the executive document recovery.

УДК 347.62

Р. Б. ХОБОР

Романа Богданівна Хобор, аспірантка Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ОСНОВНІ ЕТАПИ РОЗВИТКУ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ: ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД

Будь-яке явище, кожний процес мають свої етапи розвитку. Вищезазначені суспільні процеси зароджуються (виникають), розвиваються та занепадають – еволюціонують. Зважаючи на це відбувається вивчення і правових інститутів, що супроводжують ці процеси розвитку суспільства.

Переходячи безпосередньо до з'ясування еволюційних процесів такого правового інституту, як шлюбний договір, насамперед зазначимо, що таке дослідження вимагає не тільки з'ясування основних етапів його розвитку, а й виявлення його особливостей на кожному з етапів його історичного розвитку. Причому в даній статті найбільшу увагу приділимо саме правовій природі, юридичним особливостям шлюбного договору на кожному з етапів його розвитку як правового інституту, адже використання історичного методу дослідження шлюбного договору дасть змогу: а) показати як позитивні, так і негативні ознаки при правовому регулюванні майнових відносин подружжя; б) проаналізувати підстави появи цього правового інституту у правовій системі, з'ясувати його генезу і причини того, чому майнові відносини підлягають правовому регулюванню за шлюбним договором, а особисті немайнові – ні. Тому вважаємо, що дослідження еволюції шлюбного договору на українських землях є важливим теоретичним і практичним завданням, яке потребує наукового осмислення.

Сьогодні дослідженню шлюбного договору присвячено багато наукових праць. Зокрема, напередодні ухвалення Сімейного кодексу України захищено дисертаційні дослідження І. В. Жилінковою та Т. О. Ариванюк. Згодом ця проблема стала темою наукових досліджень О. О. Ульяненко, О. С. Олійник, О. А. Явор, Г. О. Гаро та ін. Окремі проблеми договірних відносин подружжя також досліджували А. Б. Гриняк, Я. В. Новохатська, Л. В. Липець, О. В. Мельниченко, А. О. Овчатова-Редько. Проте достатньо уваги саме питанню еволюції шлюбного договору зазначені дослідники не присвятили. Найбільше увагу проблемі історії становлення інституту шлюбного договору серед вітчизняних вчених приділили Т. О. Ариванюк, О. О. Ульяненко та О. С. Олійник.

Мета цієї статті – з'ясувати основні етапи розвитку шлюбного договору як регулятора майнових відносин подружжя на українських землях та зміни, які відбувалися з ним, за час його становлення. Іншими словами, головна мета наведеної наукової праці полягає у виокремленні основних етапів еволюції шлюбного договору на українських землях.

З'ясовуючи еволюцію шлюбного договору, насамперед зазначаємо декілька наукових позицій щодо моменту виникнення поняття «шлюбний договір». Зокрема, прихильниками давньоримського походження шлюбного договору підкреслюють, що шлюбний договір, як і більшість інших договірних конструкцій, які застосовуються у цивільному праві, розроблено і вперше застосовано саме у давньоримському суспільстві, оскільки саме римське приватне право створило лад, що давав змогу римським громадянам у важливій сфері життя для соціальної самореалізації в умовах свободи і рівності¹. Натомість перше законодавче закріплення дефініції шлюбного договору з'являється аж на початку XIX ст., а саме у Французькому цивільному кодексі 1804 р. (Кодексі Наполеона). Водночас О. С. Олійник вважає найбільш давнім зразком шлюбного контракту Кетубехс (Ketubahs), якому понад дві тисячі років, що містив норми про умови поділу майна подружжя у разі розірвання шлюбу. На думку дослідниці, мойсеєво-раввинське право стародавніх євреїв визнавало укладення шлюбного договору необхідною умовою укладення шлюбу і приписувало йому письмову форму (звідси й назва такого договору – «кетуба», або «ктуба» (від «kethuba» – письмо)². Одразу ж зазначимо, що особливістю цього договору було закріплення обов'язку чоловіка утримувати і гідно годувати свою дружину, зберігати її посаг тощо. Зважаючи на наведене, можемо стверджувати, що шлюбний договір має давнє історичне коріння, адже ще у Давньому Римі, а можливо і ще раніше, особи могли укласти схожі правочини. Тобто вже тоді існували прототипи сучасного шлюбного договору, які еволюціонували до сучасного вигляду.

Отже, дослідження еволюції шлюбного договору як регулятора майнових відносин подружжя на українських землях розпочнемо з найдавніших часів, поділивши його на декілька етапів (періодів):

- 1) найдавніші часи (до IX ст.);
- 2) княжа доба (IX–XVI ст.);
- 3) період перебування України під владою зарубіжних держав (XVI–початок XX ст.);
- 4) період національно-визвольних воєн 1917–1921 рр.;
- 5) радянський період (1922–1991 рр.);
- 6) період незалежності (1991–2002 рр.);
- 7) сучасний період (2002–2016 рр.).

На законодавчому рівні інститут шлюбного договору в сімейному праві України з'явився 1992 року. Водночас варто наголосити, що появі цього договору на законодавчому рівні передувала складний історичний розвиток сімейних відносин, обумовлений суспільно-економічним та політичним розвитком суспільства³, внаслідок якого відбувалося формування шлюбного договору як регулятора майнових відносин подружжя. Тому доцільно зазначити, що найпершим правовим регулятором майнових відносин подружжя був звичай – загальноприйняте правило поведінки, якого дотримувалися впродовж багатьох поколінь. Зокрема, хтось у новій ситуації діяв певним способом, а інші у схожій ситуації чинили так само. Таким чином формувалась звичка діяти саме так. І якщо її підтримували авторитетні особи (зазвичай старійшини роду) переконанням діяти саме так, а не інакше, то з'являлись звичаї. Водночас доцільно наголосити, що тогочасні звичаї були дуже консервативними і змінювались тільки одночасно із істотними суспільними потрясіннями.

На території України звичаї були надзвичайно різноманітними, оскільки окремі землі України протягом тривалого часу знаходилися у складі різних держав, які мали своєрідний соціально-економічний розвиток, політичний лад, релігійні традиції тощо. Так, навіть у складі Київської Русі чи більш ранніх державних утвореннях на українських землях населення не було однорідним. Разом із тим деякі однакові або схожі звичаї все-таки у той час були. Зокрема, потрібно звернути увагу на інститут заручин і посаг – майно наречених, яке їм надавали їхні батьки або інші родичі, адже під час заручин в договірному порядку могли бути закріплені умови про права і обов'язки подружжя щодо майна під час шлюбу та після його припинення. Тобто, вже тоді, звичайно ж без його конкретного найменування, можна говорити про перші спроби за допомогою таких записів регулювати майнові відносини подружжя. Такі договірні записи, або рядні записи, проіснували аж до XVIII ст. та були скасовані указами Петра I (зокрема, указом 1702 р.), розширивши перелік його можливих умов.

Отже, найвідомішою і однією з найдавніших правових пам'яток Київської Русі історики та правники вважають Руську Правду, що була збірником звичаїв, які існували на Русі і регулювали різні суспільні відносини того часу. Окремого правового інституту шлюбного договору чи хоча б сімейного права у тому джерелі права не виділено, однак є декілька казуїстичних правових норм, що регулювали відносини подружжя з приводу належного їм майна. Зокрема, нашу увагу привернуло те, що ця законодавча пам'ятка надавала жінкам на Русі право мати власне окреме майно. Так, ст. 94 Руської Правди дозволяла дружинам (жінкам)

мати окреме майно, яке складалося з їх посагу та подарунків чоловіка. Водночас чоловік відповідав за своїми боргами особисто, без залучення майна дружини. Тобто, не всі зобов'язання подружжя були спільними, а у разі виникнення суперечок про майно між чоловіком та дружиною їх вирішували церковні суди⁴. Поряд з Руською правдою джерелами правового регулювання майнових відносин подружжя у Київській Русі стали «Кормчі книги», або Новокамон. Вони також, незважаючи на давньоруські звичаї та християнський світогляд, ґрунтувалися на підпорядкуванні дружини чоловікові в особистих відносинах, а їх майнові відносини визначали виходячи з принципу роздільності. Причому подружжя, володіючи рухомим та нерухомим майном, мало право вступати між собою в різноманітні зобов'язальні відносини⁵.

Зважаючи на наведене, можемо констатувати зародження інституту шлюбного договору вже у княжу добу, оскільки свої майнові відносини подружжя могло врегулювати шляхом індивідуальних домовленостей. А зважаючи на те, що згідно зі спрощеним підходом шлюбний договір – це усна або письмова домовленість подружжя про правовий режим свого майна, укладення подружжям між собою різноманітних правочинів щодо їхнього майна і є шлюбним договором. Хоча сучасного розуміння цього правового інституту як належно оформленого документа, що підтверджує права й обов'язки подружжя щодо належного їм майна, в той час шлюбний договір ще не набув.

Значення і вагомість шлюбного договору не змінилися і впродовж XVI–XIX ст.ст., коли в основі шлюбу в Україні був договір (змовини, умовини, згода), що укладався між батьками та родичами осіб, які хотіли укласти шлюб, за влучним висловом З. В. Ромовської – «дошлюбний договір»⁶. Така форма укладення шлюбу в українському селі вважалася нормою. Натомість укладення шлюбу внаслідок домовленості між особами, які бажали укласти шлюб, було радше винятком. Крім того, у XIX ст. (до скасування кріпацтва, в умовах домінального права) траплялися непоодинокі випадки укладення шлюбу за рішенням землевласника⁷. Особливістю того часу було те, що договір сторони могли укладати як усно, так і письмово⁸. Причому в обох випадках залучались посередники сторін, довірені особи: сват або сваха. Водночас майнові аспекти майбутнього сімейного життя молодят обговорювали переважно під час сватання («заручин», «змовин»)». Зокрема, П. Дашкевич свого часу наголошував на тому, що «під час сватання передшлюбний договір розробляється у всіх деталях: визначається, чи піде наречений «у прийма», чи наречену візьме до себе, домовляються про посаг, обмінюються подарунками і призначають день весілля»¹⁰. Водночас домовленість про шлюб і посаг набувала чинності за умови дотримання традиції чи ритуалу «брання рушників» або «рушників», коли наречена вручала старостам «рушники» на знак згоди на укладення шлюбу, після чого в українських селах родичі нареченої ходили на «оглядини», тобто на огляд господарства нареченого.

До XVII ст. сторони укладали шлюбний договір усно, а тоді почали оформлювати і письмово, особливо якщо молодятм як посаг надавали землю. Причому, чим більше загострювалася земельна проблема, тим частіше українці надавали перевагу письмовій формі шлюбного договору, яка таким чином ставала обов'язковою. Договір фіксувався відповідними документами – шлюбними чи віновними листами і включав домовленість про розмір посагу нареченої – «скрині» та «худоби», внеску нареченого (так званого «віна» і «привінка»), а також внеску батьків і родичів¹¹. Укладення угоди, як було сказано раніше, відбувалося під час змовин за участю батьків і осіб, які хотіли одружитись. Водночас усі земельні проблеми вирішували батьки чи родичі наречених.

Підсумовуючи, можемо зазначити, що протягом XVI–XIX ст.ст. шлюбний договір змінив свою форму (трансформувався, еволюціонував) від звичаєвої домовленості до складної договірної-зобов'язальної, але ще звичаєвої, конструкції зі складною ієрархічною структурою, яка включала багато обрядових дій, зокрема таких, що виконують символічно-правову функцію. Хоча, на перший погляд, такі дії є суто декларативними (обмін подарунками, благословення тощо), проте фактично, принаймні з погляду народної правосвідомості, мають правову сутність. Свідчення цього є той факт, що за звичаєвим правом шлюбний договір потребував так званої «легітимізації» на індивідуальному, громадському, церковному рівнях, а її порушення супроводжувалося компенсацією майнових та моральних збитків.

Водночас треба наголосити на тому, що і сам шлюб у той час сприймався, особливо селянами, як майновий договір¹², тому спосіб його укладення майже не відрізнявся від укладення цивільно-правового договору. Так, якщо проаналізувати таку пам'ятку вітчизняного законодавства, як Цивільний кодекс Східної Галичини 1797 р., в основі якої покладено рецепцію догм римського приватного права, то на основі п. 313. цього нормативно-правового акта Східної Галичини та Буковини можемо зробити висновок про безпосереднє закріплення інституту шлюбного договору на законодавчому рівні. Тут же розглядаються і визначаються речові права, які виникають у випадку укладення шлюбного контракту і набуваються шляхом укладення окремих договорів, які його доповнюють, переважно щодо приданого. Під приданим тогочасний законодавець розумів гроші, які в силу укладення шлюбного договору дружина передає або принаймні обіцяє чоловікові, щоб він прийняв на себе тягар шлюбу¹³.

Про зародки шлюбного договору у сучасній формі, тобто про прототип шлюбного договору, згадував свого часу К. П. Побєдоносцев, звертаючи увагу на те, що серед селян XIX ст. популярним був шлюбний договір (укладений усно або письмово), предметом якого були майнові інтереси сторін: посаг, весільні подарунки, весільні витрати; плата нареченого; неустойка або завдаток за порушення договору. Причому зміст такої домовленості був переважно господарським¹⁴. Тобто, К. П. Побєдоносцев підкреслював умовність назви домовленості сторін про весілля шлюбним договором, вважаючи її дошлюбною угодою. Хоча із наведеною тезою можна і не погодитись, адже українські звичаї того часу підтверджували важливість такої

дошлюбної домовленості сторін і після шлюбу, оскільки її предмет включав не тільки зазначені вченим умови, а й інші об'єкти цивільних правовідносин, зокрема землю, рухоме майно, що набувало подружжя внаслідок укладення шлюбного договору у разі укладення шлюбу.

Нашу думку частково підтверджує і дослідження С. В. Пахмана, який узагальнив усі частини шлюбного договору того часу, звівши їх до таких: особи, які беруть участь в угоді; предмет договору; форма договору; засоби його забезпечення; юридичні наслідки, що випливають з умов договору¹⁵.

Разом із тим і час, і звичаї, і право постійно змінюються. Тому після періоду вдосконалення законодавства про майнові відносини подружжя загалом і про шлюбний договір зокрема в Україні настав період занепаду і забуття на багато років такого сімейно-правового інституту, як шлюбний договір. Зокрема зміни, які відбулися до XIX ст., фактично були зведені нанівець упродовж національно-визвольної боротьби 1917–1921 рр. та у радянський період. Проте не можемо оминати увагою законодавчі зміни у зазначений період. Його особливістю було те, що спочатку – 1917–1921 рр. – сімейне законодавство України (тоді УСРР/УРСР, УНР, Української держави тощо) ухвалювалось в умовах війни, зазнаючи при тому політичного впливу, особливо більшовицького, було чинним тимчасово, до зміни влади, а потім – 1922–1991 рр. – сімейне законодавство, як і все інше законодавство, на українських землях ухвалювалось переважно після створення відповідного нормативно-правового акта у РСФСР, майже повністю відтворюючи його зміст і засади. Самостійного нормотворення в Україні того часу, по суті, не було. Проте коротко описати основні зміни правового регулювання майнових відносин подружжя того час все-таки потрібно.

27 червня 1968 р. було ухвалено Основи законодавства Союзу РСР і союзних республік про шлюб та сім'ю, а 20 червня 1969 р. Верховна Рада УРСР ухвалила Кодекс про шлюб та сім'ю УРСР, який вступив у дію 1 січня 1970 року. З певними змінами та доповненнями він проіснував до 1 січня 2004 р., коли набрав чинності СК України. Майновим відносинам подружжя у Кодексі про шлюб та сім'ю УРСР було присвячено дев'ять статей. Вони, як стверджує Т. О. Ариванюк, визнали основні засади правового режиму майна подружжя: роздільність дошлюбного майна; про спільність майна, нажитого подружжям в період шлюбу, за певними винятками; про дію права спільної сумісної власності лише між членами подружжя, які перебувають у зареєстрованому в органах РАГСу шлюбі¹⁶. Крім того, Кодекс про шлюб та сім'ю УРСР надав подружжю право укладати між собою дозволені законом угоди. Тобто, як і попереднє радянське законодавство, Кодекс про шлюб та сім'ю УРСР допускав можливість укладення шлюбного договору. Проте закон чітко не говорив про це. Тому Законом України «Про введення в дію КпШС України» від 23 червня 1992 р. Кодекс про шлюб та сім'ю УРСР було доповнено ст. 27-1 «Право подружжя на укладення шлюбного контракту», а ст. 31 «Звернення стягнення на майно подружжя» – частиною четвертою про те, що правила ст.ст. 22, 24, 25, 26 застосовуються в тому разі, якщо шлюбним контрактом не встановлено інші умови. Продовженням процесу утвердження інституту шлюбного договору стало ухвалення 16 червня 1993 р. постанови Кабінету Міністрів України № 457 «Про порядок укладання шлюбного договору», що дає нам змогу стверджувати про відродження механізму договірного регулювання майнових відносин подружжя.

Поряд із тим, зважаючи на постійну потребу вдосконалення нормативно-правового регулювання суспільних відносин, на початку 1990-х рр. постала необхідність зміни чинного тоді сімейного законодавства. Зокрема, соціально-економічні реформи призвели до змін структури об'єктів права власності, що набуваються подружжям. Сімейний бюджет став поповнюватися не лише доходами у вигляді зарплати від праці у суспільному виробництві. Подружжя набуло можливості одержувати доходи від акцій, підприємницької діяльності тощо¹⁷. Новими тоді були права подружжя або одного з них бути засновниками різного роду господарських товариств. Зазначені соціально-економічні і політичні умови розвитку сімейних правовідносин мали бути враховані в новому шлюбно-сімейному законодавстві на докорінно інших, ніж в УРСР, засадах. Внаслідок цього почалась робота над новим Сімейним кодексом. Однак і тут не обійшлись без труднощів.

Передусім перед законотворцями постала проблема вибору системи кодифікації приватного права. Вибір був невеликий – пандектна чи інституційна системи кодифікації. Згідно з пандектною системою сімейне право є частиною (інститутом) цивільного права. Тобто, за таких умов норми сімейного права є частиною цивільного кодексу, а окремого сімейного кодексу немає. Натомість інституційна система визнає виділення у Цивільному кодексі трьох інститутів: особи, речі і позови. 5 червня 1997 р. у Верховній Раді України відбулося перше читання книги шостої Цивільного кодексу України, що складалася з трьох розділів: «Шлюб», «Сім'я та родина», «Опіка та піклування», які загалом налічували 185 статей (ст.ст. 1270–1455). Проте цей нормативно-правовий акт не набув чинності і 10 січня 2002 р. Верховною Радою України було ухвалено Сімейний кодекс України, який вступив у дію з 1 січня 2004 р. (одночасно з ЦК України). Він передбачає можливість встановлення як законного, так і договірного правового режиму майна подружжя, закріплюючи принцип роздільності дошлюбного майна подружжя та спільності майна, набутого в період шлюбу, якщо про інше подружжя не домовиться у шлюбному контракті. Тобто, СК України де-факто і де-юре визнав шлюбний договір регулятором майнових відносин подружжя, утвердивши його значення. Саме СК України завершує еволюціонування інституту шлюбного договору, підтверджуючи усі попередні здобутки вітчизняного сімейного права. З цього моменту, як слушно зазначила З. В. Ромовська, монополія держави на регулювання сімейних відносин закінчилася безповоротно¹⁸.

Отже, вищевикладене дає змогу дійти висновку, що шлюбний договір на українських землях упродовж понад двох тисячоліть трансформувався з усної домовленості сторін, переважно батьків наречених, до письмового договору (контракту), в якому подружжя визначає спосіб регулювання своїх майнових відносин. Вод-

ночас повинні звернути увагу, що українські правники здавна відзначались високим рівнем юридичної техніки (згадаймо хоча б Руську Правду чи звичаєве право, що визнавало де-факто шлюбний договір). Проте відчутний вплив на українське сімейне законодавство здійснило російське (радянське більшовицьке) збочене правове регулювання майнових відносин подружжя, не виділяючи окремого інституту шлюбного договору як регулятора майнових відносин подружжя, що призвело до його забуття протягом понад півстоліття. А це, своєю чергою, збіднило вітчизняні традиції нормотворення. Однак завдяки наполегливості українських правників наприкінці ХХ і на початку ХХІ ст. було відновлено традиції шлюбного договору, що має сприяти полегшенню і вдосконаленню правового регулювання майнових відносин подружжя.

¹ Суханов Е. А. Роль и значение изучения римского права в современной России / Е. А. Суханов, Л. Л. Кофанов // Древнее право. – IVS ANTIQVVM. – № 1. – М. : Спарк, 1996. – С. 13.

² Олійник О. С. Шлюбний договір: порівняльно-правовий аналіз різних правових систем : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. С. Олійник. – Івано-Франківськ, 2009. – С. 14–15.

³ Там само. – С. 29.

⁴ Загоровский А. И. Семейного право / А. И. Загоровский. – Одесса, 1909. – С. 249–250.

⁵ Олійник О. С. Вказана праця. – С. 30.

⁶ Ромовська З. В. Українське сімейне право: підруч. [для студ. вищ. навч. закл.] / З. В. Ромовська. – К. : Правова єдність, 2009. – С. 220.

⁷ Гримич М. В. Звичаєве цивільне право українців ХІХ – початку ХХ століття / М. В. Гримич. – К. : Арістей, 2006. – С. 335.

⁸ Трапезникова М. М. О некоторых аспектах регулирования брачного договора в крестьянской среде второй половины ХІХ века / М. М. Трапезникова // Российское законодательство ХХІ века. – Ставрополь, 2003. – С. 282.

⁹ Олійник О. С. Вказана праця. – С. 31.

¹⁰ Дашкевич П. Предбрачные убытки по обычаям малороссов / П. Дашкевич. – М. : Издательство МГУ, 1957. – С. 19.

¹¹ Олійник О. С. Вказана праця. – С. 32.

¹² Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки / С. В. Пахман. – СПб., 1879. – Т. 2. – С. 26.

¹³ Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г. = Codex civilis pro Galicia Orientali anni MDCCXCVII ; пер. с лат. А. Гужвы / под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. – М. : Статут; Одесса, 2013. – С. 431.

¹⁴ Победоносцев К. П. Курс гражданского права : в 3 т. / под ред. Томсинова В. А. / К. П. Победоносцев. – М. : Издательство «Зерцало», 2003. – Т. 2. – С. 26, 57.

¹⁵ Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки / С. В. Пахман. – СПб., 1879. – Т. 2. – С. 50.

¹⁶ Ариванюк Т. О. Правове регулювання відносин власності між подружжям : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Т. О. Ариванюк. – К., 2002. – С. 31.

¹⁷ Там само. – С. 33.

¹⁸ Ромовська З. В. Українське сімейне право: підруч. [для студ. вищ. навч. закл.] / З. В. Ромовська. – К. : Правова єдність, 2009. – С. 20.

Резюме

Хобор Р. Б. Основні етапи розвитку шлюбного договору на українських землях: загальний огляд.

У статті розглянуто історичний шлях та еволюцію шлюбного договору на українських землях. Виокремлено основні етапи еволюції шлюбного договору на українських землях. Обґрунтовано зародження інституту шлюбного договору на українських землях вже у княжу добу, оскільки свої майнові відносини подружжя могло врегульовувати шляхом індивідуальних домовленостей. Встановлено, що шлюбний договір протягом усього періоду своєї еволюції змінив свою форму (трансформувався) від звичаєвої домовленості до складної договірно-зобов'язальної конструкції.

Ключові слова: звичай, шлюбний договір, подружжя, шлюб, майнові відносини подружжя, сімейне законодавство.

Резюме

Хобор Р. Б. Основные этапы развития брачного договора на украинских землях: общий обзор.

В статье рассмотрен исторический путь и эволюция брачного договора на украинских землях. Выделены основные этапы эволюции брачного договора на украинских землях. Обосновано зарождение института брачного договора на украинских землях уже в княжескую эпоху, поскольку свои имущественные отношения супруги могли регулировать путем индивидуальных договоренностей. Установлено, что брачный договор в течение всего периода своей эволюции изменил свою форму (трансформировался) от обычайной договоренности до сложной договорно-обязывающей конструкции.

Ключевые слова: обычай, брачный договор, супруги, брак, имущественные отношения супругов, семейное законодательство.

Summary

Hobor R. Milestones marriage contract in the ukrainian lands: an overview.

The article examines the historical evolution path and the marriage contract in ukrainian lands. Thesis there is determined basic stages of evolution of the marriage contract in ukrainian lands. Institute substantiated the origin of the marriage contract in the ukrainian lands already in the prince's day, because their property relations between spouses could be settled by individual agreements. Established that the marriage contract during the period of its evolution changed its form (transformed) from customary agreements to complex contractual and binding obligation of the design.

Key words: custom, marriage contract, spouses, marriage, property relations of spouses, family law.

O. CHABAN

Olena Chaban, candidat à un doctorat en sciences juridiques, Université de droit de Kiev de l'Académie Nationale de Sciences de l'Ukraine

EST-CE QUE L'IMPLEMENTATION DE "LA PERSONNE DE CONFIANCE" EN DROIT MÉDICAL EN UKRAINE EST INDISPENSABLE?

Cet article est consacré à l'étude des personnes qui peuvent être informées d'un état de la santé en conformité de la loi ukrainienne et française. Particulièrement, notre intérêt est lié à l'institut de la personne de confiance introduit par le législateur français pour définir si l'implementation de cet institut au droit médical ukrainien sera raisonnable et utile.

Pour réaliser cet objectif il est important:

- d'étudier les aspects de la loi ukrainienne définissant qui peut être informé d'un état de la santé de la personne,
- analyser la nature de l'institut de la personne de confiance en droit médical français,
- déterminer la nécessité et l'utilité de l'introduction de cet institut au droit ukrainien.

Certaines questions liées à notre recherche ont été déjà examinées par les hommes de sciences ukrainiens et étrangers tels que Svetlana Agievets, Oksana Kashyntseva, Ruslan Stefanchuk, Marie Wilpart, Philippe Pierron, Louis Quere, Claude Dupuy et André Torre, Michela Marzano et les autres.

Or, Svetlana Agievets en son recherche «Les problèmes théoriques de la régulation d'aide médical» étudie les aspects du secret médical et du consentement aux soins en conformité de la loi de République de Bélarus¹.

L'un des objets d'étude de Oksana Kashyntseva est lié aux questions éthiques de participation de la personne aux expérimentations biomédicales².

Ruslan Stefanchuk en étudiant les droits non propriétés des personnes physiques en droit civil ukrainien fixe son attention aussi aux droits des hommes dans la sphère médicale³.

Marie Wilpart analyse les aspects disputables liés au secret médical en droit français⁴.

Jean – Philippe Pierron dans son article «Une nouvelle figure du patient? Les transformations contemporaines de la relation de soins?» souligne l'importance de la confiance dans les relations entre le médecin et le patient et pour confirmer sa position il cite Sicard selon lequel si le malade voit le médecin comme un juge moral, et si le médecin voit le malade qui demande une information comme un accusateur potentiel, alors, toute information est vaine⁵.

Louis Quere étudie aussi la confiance, dans son recherche "La structure cognitive et normative de la confiance" le chercheur prouve que la confiance est un mécanisme social essentiel sans lequel nous ne pourrions ni agir, ni inétragir⁶.

Claude Dupuy et André Torre partagent l'importance de la confiance dans la société et ils la définient comme un ingrédient essentiel de l'action collective et de la constitution de collectifs au niveau local. Ils affirment que la confiance n'est plus seulement une donnée qui préexiste à la relation sociale, elle devient aussi construite par cette relation⁷.

Mais, malgré le nombre suffisant de recherches scientifiques consacrées à la notion de confiance, secret médical, information sur la vie privée, en droit ukrainien il manque d'étude de la nécessité et de l'utilité d'introduction de l'institut de la personne de confiance. Notre article est appelé de remplir cette lacune.

Premièrement, il faut analyser le base législative contemporain ukrainien régulant les principes d'accès à l'information d'un état de la santé de la personne. Il est à souligner que cet article se limite par les cas comment la personne peut être informée sur sa santé et par les cas où les proches, les parents, les tuteurs peuvent avoir accès à l'information de la santé de l'un de leur proche, enfant, membre de la famille, personne sous tutelle, décédé. Ici nous n'examinons pas des exceptions du secret médical, c'est à dire les situations quand le secret médical peut être dévoilé prévue par le Code de la procédure criminelle de l'Ukraine, par la loi Sur la garantie de la santé publique en Ukraine etc. Dans ce recherche l'attention est fixée plus précisément aux cas comment l'information de la santé de l'enfant ou de la personne sous tutelle ou de la personne majeure hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire doit être communiquée.

Par exemple, selon le principe général défini par paragraphe 1 de l'article 286 du Code Civil de l'Ukraine chaque personne a le droit au respect du secret des informations reçues au cours de la visite médicale, du diagnostic, et de sa santé en générale. Or, toute la personne majeure capable de recevoir, percevoir, comprendre l'information, prendre la décision sur sa santé a le droit au respect du secret médical⁸. Et selon le règle générale l'information de la santé de cette personne sans son consentement ne peut être communiqué qu'à cette personne. En conformité avec paragraphe 2 de l'article 285 du Code Civil de l'Ukraine et l'article 39 Des Principes de la législation de l'Ukraine sur la protection de la santé les parents, les tuteurs ont le droit d'être informés sur la santé de leur enfant, de la personne en tutelles. En cas de décès, les membres de la famille du décédé ou les personnes qui y ont reçu l'autorisation peuvent être présents quand on établit les causes du décès dans la mesure où elles leur sont nécessaires pour

leur permettre de connaître les causes de la mort; elles ont le droit de contester les résultats reçus⁹. Aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée sans le consentement du patient. En ce qui concerne les patients en tutelles ou les enfants de moins de 14 ans, l'intervention médicale est possible après le consentement de leurs tuteurs ou leurs parents. Il est à noter que le législateur ukrainien reste silencieux concernant les cas comment le patient majeure capable étant hors d'état d'exprimer sa volonté sur l'intervention médicale doit s'exprimer. Mais on donne le droit au médecin d'intervenir sans consentement des parents, des tuteurs, des membres de la famille en cas d'urgence et en cas de menace de la vie (paragraphe 5 de l'article 285 du Code Civil de l'Ukraine, l'articles 43 Des Principes de la législation de l'Ukraine sur la protection de la santé).

Malgré les règles pareilles incorporés au droit français, le législateur français résout certaines questions d'une manière différente. Par exemple, en France il existe l'institut tout à fait inconnu pour le droit ukrainien; c'est l'institut de la personne de confiance. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades a introduit dans le droit français la notion de personne de confiance pour la première fois¹⁰. Au fur et à mesure cette notion a été incorporée d'une manière organique dans toutes les lois françaises.

Or, selon l'article 1111-6 du Code de la santé publique toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Elle rend compte de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout autre témoignage. Cette désignation est faite par écrit dans un formulaire spécial dont la forme est stipulée par la loi. Ce formulaire est gardé dans le dossier médical de la personne. Dans le formulaire on indique le nom, le prénom, la date de naissance, le téléphone, l'adresse de la personne qui désigne la personne de confiance et les mêmes données de la personne désignée. La personne de confiance est révisable et révocable à tout moment. Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au patient de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues par la loi. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le patient n'en dispose autrement¹¹.

Dans le cadre du suivi de son patient, le médecin traitant s'assure que celui-ci est informé de la possibilité de désigner une personne de confiance et, le cas échéant, l'invite à procéder à une telle désignation.

La personne de confiance peut accompagner le patient pendant les consultations médicales et elle peut aider à prendre la décision dans les certains cas. Il est à noter que la personne de confiance ne peut recevoir l'information sur la santé de la personne qui l'a désignée que dans les cas quand le désignant est hors de l'état d'exprimer sa volonté et seulement au mesure nécessaire pour s'exprimer sur l'intervention médicale. Mais malgré tous, la personne de confiance n'a pas de droit d'accès complet au dossier médical du patient.

La personne de confiance ne peut être désignée que par la personne majeure. Quand même si l'enfant visite le médecin sans parents et s'exprime contre que ses parents soient informés de ce visite; cet enfant peut être accompagné par la personne majeure capable. En ce cas cette personne majeure n'est pas la personne de confiance; elle ne doit pas être consultée concernant l'interventions médicales ou concernant les décisions prises par le patient, mais cette personne accompagne l'enfant pendant ces visites chez le médecin.

L'utilité et l'importance de l'implementation de la personne de confiance au droit français a été discutée par beaucoup de chercheurs et d'hommes politiques.

Par exemple, selon Rapport adopté lors de la session du Conseil National de l'Ordre de medecins du 8 Octobre 2010 Dr. Irene Khn-Bensaude, la notion de la personne de confiance s'inscrit dans un contexte qui fait référence explicitement a deux valeurs éthiques centrales: la dignité de la personne et le respect de l'autonomie de la personne¹². Nous trouvons cet argument comme tout à fait vrai, parce que la personne de confiance n'exprime pas sa volonté; elle exprime seulement la volonté de la personne qui l'a désignée et elle s'exprime seulement quand le désignant est hors d'état de s'exprimer. Donc, l'implementation de l'institut de la personne de confiance facilite bien la mission des medecins; d'une part, les medecins ne prennent pas de décision au lieu du patient, d'autre part, le législateur français définit le mécanisme grâce auquel la volonté du patient peut être toujours respectée.

Pour le droit ukrainien cet institut, comme nous avons déjà dit, est inconnu. Analysons quand et de quelle manière la représentation du patient est possible au droit ukrainien aujourd'hui. En générale, selon les principes de représentation définis par le Code Civil de l'Ukraine (l'article 237) la personne majeure capable peut désigner son représentant pour agir en conformité avec la procuration¹³. Mais en tenant compte de la nature spécifique des relations entre le patient et le médecin, il est à noter que cette représentation sera bien limitée. Ainsi, le représentant pourra recevoir certaine information médicale ou les documents sur la santé de la personne si ces actions sont permis par la procuration et au mesure défini par la procuration. Et en analysant le paragraphe 2 de l'article 238 du Code Civil de l'Ukraine et paragraphe 2.3 du Chapitre 4 de La réglementation des actes notaires, nous voyons que d'une part, le représentant ne pourra pas exprimer la volonté de la personne qui l'a désigné par la procuration¹⁴ et d'autre part il est à tenir compte que la procédure de désigner le représentant ou la personne de confiance en questions liées à la santé et à la vie de la personne doit être bien réglementée, complètement définie et claire pour tous.

Pour conclure, nous affirmons que l'implementation de la notion de la personne de confiance dans les relations entre le médecin et le patient est raisonnable et utile.

¹ Агивец С. В. Теоретические проблемы правового регулирования медицинской помощи. Гродна: ГрГУ, 2002. – 168 с.

² Кашишцева О. Ю. Правовой статус людини в біомедичному експерименті: людина чи animal of necessity. [Електронний ресурс.] – Режим доступу: http://www.nbu.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/PrUk/2010_2/13.pdf

³ Стефанчук Р. О. До питання про систему особистих немайнових прав пацієнта. [Електронний ресурс.] – Режим доступу: http://medicallaw.org.ua/uploads/media/02_319.pdf

⁴ Marie Wilpart. Secret médical et assurances de personnes. [Accès électronique.] – Mode d'accès: <http://theses.univ-lyon3.fr/documents/getpart.php?id=1706&action=pdf>

⁵ Jean-Philippe Pierron. Une nouvelle figure du patient? Les transformations contemporaines de la relation de soins. [Accès électronique.] – Mode d'accès: http://www.persee.fr/doc/sosan_0294-0337_2007_num_25_2_1858

⁶ Louis Quere. La structure cognitive et normative de la confiance. [Accès électronique.] – Mode d'accès: <https://www.cairn.info/revue-reseaux1-2001-4-page-125.htm>

⁷ Claude Dupuy et Andre Torre. La confiance et proximité. [Accès électronique.] – Mode d'accès: <http://www.andre-torre.com/pdf/PDFpub107N1.pdf>

⁸ Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, №№ 40–44 ст. 356. [Електронний ресурс.] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

⁹ Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1993, № 4, ст. 19. [Електронний ресурс.] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>

¹⁰ La loi 2002-303 du 4 mars relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. [Accès électronique.] – Mode d'accès: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015>

¹¹ Code de la santé publique. [Accès électronique.] – Mode d'accès: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=02B587241654DE221E46F2C2027BFA34.tpdila19v_3?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20160714

¹² Rapport adopté lors de la session du Conseil National de l'Ordre de medecins du 8 Octobre 2010: [Accès électronique.] – Mode d'accès: <https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/la%20personne%20de%20confiance.pdf>

¹³ Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, №№ 40–44 ст. 356. [Електронний ресурс.] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

¹⁴ Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України. Зареєстровано в міністерстві юстиції України 22 лютого 2012 року за № 282/20595. [Електронний ресурс.] – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12>

Резюме

Чабан О. А. Доцільність запровадження інституту довіреної особи з питань здоров'я у медичному праві України.

Стаття присвячена дослідженню кола приватних осіб, яким може повідомлятися інформація про стан здоров'я згідно чинного законодавства України та Франції. Зокрема, зосереджується увага на інституті «довіреної особи з питань здоров'я», який запроваджено французьким законодавцем та доцільності імплементації такого інституту в українське медичне право.

Ключові слова: таємниця про стан здоров'я, довірена особа з питань здоров'я, автономія волі, гідність, медичне право, цивільне право, інформаційна згода.

Резюме

Чабан Е. А. Целесообразность имплементации института доверенного лица по вопросам здоровья в медицинское право Украины.

Статья посвящена изучению круга лиц, которые могут получать информацию о состоянии здоровья человека в соответствии с законодательством Украины и Франции. В частности, внимание уделяется институту доверенного лица по вопросам здоровья, который введен французским законодателем и целесообразности имплементации такого института в украинское медицинское право.

Ключевые слова: тайна о состоянии здоровья, доверенное лицо по вопросам здоровья, автономия воли, достоинство, медицинское право, гражданское право, информационное согласие.

Summary

Chaban O. Importance and necessity of the confidence person institute for the Law of Ukraine.

The article is dedicated to the analysis of the persons who are allowed to have access to the health data in conformity with the law of Ukraine and the law of France. In the course of research the attention was focused on the confidence person institute implemented by the French legislator and on the importance and necessity to introduce this institute to the law of Ukraine.

Key words: health data confidentiality, confidence person for health related issues, autonomy of will, dignity, medical law, civil law, information consent.

УДК 347.783:347.788.5

О. О. КУЛІНІЧ

Ольга Олексіївна Кулініч, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»

ВИЗНАЧЕННЯ ІНТЕРЕСІВ СУСПІЛЬНО ЗНАЧИМИМИ ЯК УМОВА ПРАВОМІРНОСТІ ПОШИРЕННЯ ФОТОГРАФІЙ ТА ІНШИХ ХУДОЖНІХ ТВОРІВ ІЗ ЗОБРАЖЕННЯМ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ

У законодавстві більшості країн передбачається умова про правомірність обмеження права фізичної особи на власне зображення з метою охорони державних, суспільних інтересів чи інтересів інших осіб. Цивільне законодавство України оперує категоріями «інтерес фізичної особи» або «інтереси інших осіб». Щодо інтересів самої особи, то може йтися, наприклад, про зникнення цієї особи (під час її розшуку може використовуватись її фотозображення). Інтереси інших осіб проявляються через інтереси будь-якої групи осіб, суспільства, держави. В розрізі викладеного слід звернути увагу на визначення суспільних та державних інтересів, котрі можуть визнаватися суспільно значимими і бути підставою для обмеження цивільних прав та інтересів фізичних осіб, зображених на фотографіях чи інших художніх творах.

Проблема визначення змісту державних або суспільних інтересів суспільно значимим при створенні та/або використанні фотографій та інших художніх творів із зображенням фізичної особи неодноразово висвітлювалася у наукових розробках, зокрема таких вчених, як: В. Болочагин, А. Бичков, К. Вивчарук, Р. Горнев, В. Гуревич, Ю. Ершов, А. Капишева, А. Курицина, М. Малєїн, К. Циганкіна, О. Ерделевський. Незважаючи на значну кількість праць, для вдосконалення правозастосовної практики доцільно виробити єдиний підхід до визначення суспільної значимості інтересів при створенні та/або використанні фотографій та інших художніх творів з зображенням фізичної особи.

Метою статті є дослідження підходів до розуміння суспільної значимості інтересів, що виникають при створенні та/або використанні фотографій або інших художніх творів із зображенням фізичної особи.

У науковій літературі при дослідженні правомірності створення та/або використання фотографій чи інших художніх творів із зображенням особи у позадоговірному порядку науковці найчастіше оперують поняттями «суспільно значимі інтереси», «публічні інтереси», «інтереси держави», «інтереси суспільства». Цікавим є визначення та співвідношення цих понять.

Поряд із загальноовживаними поняттями «державні», «суспільні» інтереси, використанням формулювання «**публічний інтерес**» виникають проблеми при тлумаченні норм права. О. М. Ерделевський звертає увагу, що навряд чи можна визначити який-небудь публічний інтерес, що не був би при цьому державним чи суспільним¹. Аналогічної позиції дотримується К. Г. Вивчарук². На його думку, з одного боку, дане поняття визначається як суспільне, тобто можна зробити висновок, що суспільний і публічний – синоніми. З іншого боку, ми знаємо такі дефініції, як публічне право (державне), публічна влада (державна).

При визначенні понять «державні або суспільні інтереси», науковцями звертається увага на туманність формулювання, за допомогою якого можна «затикати» за бажання будь-які законодавчі прогалини та недоробки³. У науковій літературі зазначається існування проблем, що виникають у зв'язку з відсутністю тлумачення зазначеного положення законодавства^{4,5}. Категорії «державний» та «суспільний» інтерес, що закріплені в чинному законодавстві, на думку багатьох вчених, мають неконкретний характер, внаслідок чого можуть тлумачитися по-різному, зокрема на шкоду зображеній особі. Більшість авторів^{6,7} визнають, що демонстрація зображення особи без її на те згоди є допустимою, тільки якщо інакше страждатимуть основи конституційного ладу, безпека громадян і держави.

Інтереси держави в частині фотографування та використання фотографій із зображенням фізичних осіб (без їх згоди) впливають зі змісту законодавства при виконанні владних повноважень спеціально уповноваженими законом особами. Публічно-правова регламентація здійснення фотографування фізичних осіб встановлює спеціальні умови для цього, що, як виняток, полягають у тому, що фотографування може здійс-

нюватися приховано, але у випадках, чітко визначених законодавством у рамках виконання службових обов'язків. Інтереси держави з питання створення й використання фотографій та інших художніх творів із зображенням фізичної особи визначаються спеціальними актами шляхом визначення прав та обов'язків посадових осіб проведення зйомки особи та використання форм об'єктивізації її зображення.

Зміст *інтересів суспільства* визначається об'єктивними умовами існування, розвитку й потребами не окремих представників суспільства, а в цілому – усїєї спільноти. Подібно до суспільства суспільний інтерес за своєю структурою не може бути зведений до простої суми колективних і особистих інтересів⁸. Слід враховувати, що інтереси суспільства не завжди збігаються із заявленими інтересами окремих фізичних осіб і груп, а в деяких випадках і суперечать їм⁹.

У правозастосовній практиці та науковій доктрині можна визначити два підходи до тлумачення поняття «*суспільні інтереси*».

У рамках першого підходу суспільні інтереси тлумачаться у вузькому розумінні як такі, що є суспільно значимими. До суспільних інтересів слід відносити не будь-який інтерес, який виявляється аудиторією, а, наприклад, потребу суспільства у виявленні та розкритті загрози демократичній правовій державі і громадянському суспільству, громадській безпеці, довіллію¹⁰. Він включає питання діяльності трьох гілок державної влади і, зокрема, питання, що стосуються громадських діячів і посадовців, – у сфері політики, охорони здоров'я та безпеки, правоохоронних органів, питань економіки, застосування сили, мистецтва і культури¹¹.

У науковій літературі звертають увагу на те, що суспільний інтерес – це *розумний інтерес*, який становить тільки суспільна, зовнішня, відкрита сторона діяльності особи, а не її приватне життя¹². Розумним не є «простий інтерес публіки», пересічний, буденний інтерес до особистості¹³. Внаслідок виявлення нерозумного інтересу відбуваються неправомірні втручання в життя особи. Різновидом останніх є *свавільні втручання*, під якими слід розуміти умисні вторгнення в особисте життя фізичної особи, що вчиняються всупереч чинному законодавству без дозволу уповноваженої особи або без достатніх правових підстав і заподіюють їй шкоду¹⁴.

У деяких випадках при фотографуванні та опублікуванні фотографій відомих осіб (до приватного життя яких у пересічних громадян існує неабиякий інтерес) засоби масової інформації при виникненні спорів посилаються саме на суспільно значимі інтереси до особи, не проводячи межі між приватними інтересами самої особи (право на її приватне життя) та суспільними інтересами, коли в суспільстві дійсно існує право на інформацію про діяльність певної публічної особи. Так, В. Ю. Болочагин звертає увагу, що зазначене формулювання потребує деталізації задля запобігання невинуватого обмеження права фізичної особи на власне зображення адміністративними органами¹⁵.

Наприклад, британські суди визнали той факт, що приватне життя публічних осіб повинно користуватися меншим захистом порівняно із забороною на вторгнення в особисте життя інших осіб. Досі існує велика невизначеність щодо того, як далеко преса має право зайти, розкриваючи інформацію особистого характеру, для того, щоб зробити історії про життя зірок реальнішими та правдоподібнішими. Дозвіл публікувати всю інформацію, яка суспільству цікава, буде означати практичну неможливість успіху позовів про розголошення особистої таємниці, тому журналісти публікують майже завжди те, що цікавить публіку (інакше газети і журнали, що містять їхні статті, не будуть продаватися), навіть якщо це дуже інтимні подробиці особистого життя зірок¹⁶.

Особливістю використання зображення особи в суспільно значущих інтересах є те, що зображення особи не повинно зазнати змін, а також спотворювати відображений в об'єктивній формі образ особи¹⁷.

Визнання інформації суспільно необхідною часто покладається на суд. Проте в законодавстві не міститься пояснень, на підставі чого суд визначає суспільну необхідність поширення такої інформації¹⁸.

У судовій практиці вироблено критерії для визначення наявності суспільного інтересу, зокрема такі:

– *соціальна цінність*. Соціальна цінність більшості фотографій носить суб'єктивний характер. Було б важко стверджувати, що фотографія знаменитості, яка п'є каву, має якесь соціальне значення. Інтимні фото зірок на пляжі також не мають соціальної цінності;

– *ступінь втручання* – це суб'єктивний критерій, що включає сукупність обставин втручання. Слід відрізнити серйозні вторгнення від простої незручності;

– *добровільна популярність*. Практично всі знаменитості бажають працювати із засобами масової інформації, але при цьому жодна популярна особа не хоче піддавати себе небажаним обставинам двадцять чотири години на добу, сім днів на тиждень. Права державних посадових осіб водночас можуть бути обмежені порівняно з особами, котрі не перебувають на державній службі, коли їх популярність та професійна діяльність має важливе значення для державного інтересу¹⁹.

У рамках другого підходу суспільні інтереси тлумачаться у широкому розумінні як такі, що є суспільно значимими та задовольняють суспільну цікавість.

Судова практика США склалася шляхом використання термінів «*суспільний інтерес*» і «*суспільна цікавість*». У разі, коли втручання в особисту сферу було виправдане суспільним інтересом, то розраховувати на покарання осіб, які опублікували або оприлюднили відомості приватного характеру (листування, інтимні фотографії, відеоматеріали), публічним персоналом не доводиться²⁰. Суспільний інтерес є загальноновизнаною підставою обмеження права фізичної особи на власне зображення.

Законодавство Німеччини, навпаки, замість суспільних інтересів допускає обмеження з метою задоволення цікавості суспільства²¹. У справі «фон Ганновер проти Німеччини» Європейський суд²² для відповіді на запитання, чи було правомірним втручання в приватне життя з боку ЗМІ, розглянув питання, чи був в

конкретному випадку суспільний інтерес у такій інформації або це була просто світська цікавість. За обставинами справи німецькі журнали публікували фотографії позивачки, на яких зображені сцени її повсякденного життя, коли вона була на прогулянці, робила покупки, займалася спортом, виходила з ресторану, знаходилася на відпочинку. Конституційний Суд Німеччини вказав, що «формування поглядів і розваги не є протилежностями. Розважальні матеріали також відіграють важливу роль у формуванні поглядів». Проте Європейський Суд не погодився з подібною аргументацією. На його думку, ці матеріали не привносять жодної інформації та ідей, що мають суспільний інтерес. Метою публікації усіх фотографій було «задоволення цікавості певного кола читачів про подробиці приватного життя позивачки, що не може вважатися внеском у обговорення питань суспільного значення»²³.

Викладене дає можливість зробити такі висновки. Публічні інтереси при створенні та/або використанні фотографій та інших художніх творів з зображенням фізичної особи становлять об'єктивні інтереси держави і суспільства, які взаємопов'язані та взаємообумовлені й визначаються нормами нормативно-правових актів, публічно-правовими нормами або важливістю та значимістю інформації не для окремо взятих фізичних осіб, а для держави та суспільства в цілому. Публічними інтересами обґрунтовуються закріплені в законодавстві випадки спеціально санкціонованої зйомки та використання її результатів у визначених законом випадках, що здійснюється уповноваженим суб'єктом, із застосуванням спеціальних механізмів та знарядь, визначеним способом, із відповідною метою тощо.

Суспільно значимий інтерес є розумним, стосується важливої та необхідної для життєдіяльності суспільства інформації. Суспільна цікавість, як правило, стосується інформації, що не становить значимості для суспільства, а є звичайною допитливістю, небайдужістю, цікавістю, увагою до конкретних публічних осіб. Прагнення дотримання балансу між інтересами суспільства та приватними інтересами осіб свідчить про доцільність підтримання першого підходу до розуміння суспільного інтересу, який був саме суспільно значимим, а не спрямований задовольняти звичайну цікавість пересічних фізичних осіб. Інтереси суспільства та держави, пов'язані з поширенням фотографій та інших художніх творів із зображенням фізичної особи, мають бути розумними й законними, тобто суспільний інтерес повинен у правозастосовній практиці розглядатися у вузькому розумінні.

Суспільно значимим публічним інтересом у сфері створення та/або використання форми об'єктивізації зображення фізичної особи є охоронюваний законом інтерес, спрямований на створення та/або використання форми об'єктивізації зображення фізичної особи посадовими особами органів державної влади у випадках, встановлених законом, або особами без спеціального статусу посадової особи з інформаційною, науковою, навчальною чи найвищою художньою метою за умови дотримання загальних засад законодавства та норм моралі. При розгляді у судовому порядку спорів про порушення права фізичної особи на власне зображення вкрай важливо враховувати суспільну значимість інтересу створення та/або використання фотографій чи інших художніх творів з зображенням фізичної особи.

¹ *Эрделевский А. М.* Об охране изображения гражданина / А. М. Эрделевский // *Законодательство*. – 2007. – № 7. – С. 11–15. – С. 10.

² *Вивчарук К. Г.* К вопросу об охране изображения гражданина / К. Г. Вивчарук // *Актуальные проблемы гуманитарных и социально-экономических наук : сб. материалов Седьмой международной заочной научно-практической конференции : в 4 ч. / под ред. канд. техн. наук, профессора генерал-майора М. М. Горбунова*. – Ч. 1. Актуальные проблемы отечественной истории и историографии. Актуальные проблемы социально-политических наук. – Саратов-Вольск : ООО Изд-во «Наука», ВФВМТО, 2013. – С. 103–106. – С. 104.

³ *Ершов Ю.* Охрана права на изображение / Ю. Ершов // *ЭЖ-Юрист*. – 2007. – № 9. – С. 3.

⁴ *Малеин Н. С.* Гражданский закон и права личности в СССР / Н. С. Малеин. – М. : Юрид. лит., 1981. – 216 с. – С. 156.

⁵ *Курицына А. С.* Охрана изображения гражданина / А. С. Курицына // *Защита гражданских прав : Материалы круглого стола по гражданскому праву и процессу 20 февраля 2009 г.* – М. : Моск.ун-т МВД России, 2011. – С. 54–57. – С. 57.

⁶ *Красавчикова Л. О.* Понятие и система личных, не связанных с имущественными прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации : дисс. ... доктора юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Красавчикова Лариса Октябрьевна. – Москва, 2007. – 435 с. – С. 430–432.

⁷ *Цыганкина Е. А.* Охрана изображения и частной жизни гражданина / Е. А. Цыганкина // *Законность и правопорядок в современном обществе : сб. материалов XIX Международной научно-практической конференции*. – Новосибирск : Изд-во ЦРНС, 2014. – С. 63–69.

⁸ *Свердлов Г. А.* Гражданско-правовые способы сочетания общественных, коллективных и личных интересов : учеб. пособ. / Г. А. Свердлов. – Свердловск : УрГУ, 1980. – 72 с. – С. 15–19.

⁹ *Горнев Р. В.* Гражданско-правовая охрана права гражданина на собственное изображение / Р. В. Горнев // *Материалы Международного молодежного научного форума «ЛОМОНОСОВ-2010»* / отв. ред. И. А. Алешковский, П. Н. Костылев, А. И. Андреев, А. В. Андриянов. – М. : МАКС Пресс, 2010 : [Электронный ресурс]. – 1 электрон. опт. диск (CD-ROM); 12 см.

¹⁰ О практике применения судами Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2010 г. № 16 (ред. от 9 февраля 2012 г.) / Официальный сайт компании «Гарант». Информационно-правовое обеспечение : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://base.garant.ru/1795394/>

¹¹ *Филимонова Е. А.* Конституционное право российских граждан на неприкосновенность частной жизни : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституционное право, конституционный судебный процесс, муниципальное право» / Филимонова Елена Александровна. – Волгоград, 2005. – 229 с. – С. 90–91.

¹² *Гуревич В. Б.* Право на собственное изображение в немецкой юриспруденции / В. Б. Гуревич // *Право*. – 1904. – № 37. – С. 1776–1787. – С. 1783–1784.

¹³ *Бычков А.* Использование налицо / А. Бычков // *ЭЖ-Юрист*. – 2013. – № 5. – С. 14.

¹⁴ Бобрик В. І. Цивільно-правова охорона особистого життя фізичних осіб : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Бобрик Володимир Іванович. – Х., 2004. – 19 с.

¹⁵ Болочагин В. Ю. Право на неприкосновенность личного изображения: перспективы гражданско-правового регулирования личных неимущественных отношений / В. Ю. Болочагин // Теоретические аспекты и правоприменительная практика российского законодательства : материалы Всероссийской научно-практической конференции 12–14 апреля 2007 г. – Курск : Изд-во Курск. гос. техн. ун-та, 2007. – С. 34–38. – С. 36.

¹⁶ Перова Н. Ограничения свободы слова в целях предотвращения разглашения личной и государственной тайны в праве США и Великобритании / Н. Перова // Право и управление. XXI век. – 2012. – № 1 (22). – С. 93–99. – С. 94–95.

¹⁷ Бычков А. Вказана праця. – С. 14.

¹⁸ Грицик А. Ф. Правова відповідальність за зловживання свободою інформації / А. Ф. Грицик // Україна в системі глобального інформаційного обміну: теоретико-методологічні аспекти дослідження і підготовки фахівців : всеукраїнська наукова конференція (м. Львів, 27 травня 2011 р.) / Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України, Національний університет «Львівська політехніка». – Л. : Вид-во Національного університету «Львівська політехніка», 2011. – С. 209–215. – С. 211.

¹⁹ Scharf J. Shooting for the stars: a call for federal legislation to protect celebrities' privacy rights / J. Scharf // Buffalo Intellectual Property Law Journal. – 2006. – Vol 3. – P. 164–195.

²⁰ Капышева А. К. Использование изображений человека в средствах массовой информации / А. К. Капышева // Вестник Казахско-русского международного университета. Материалы Международной научно-практической конференции «Интеллектуальная нация как основа правового Казахстана и повышения благосостояния граждан», посвященной 20-летию университета, 1 ноября 2013 г. – 2013. – Вып. № 4 (5). – С. 397–404. – С. 399–400.

²¹ Сидорина Н. Фотография в авторском праве России и Германии : моногр. / Н. Сидорина. – LAP LAMBERT Academic Publishing, 2012. – 65 с. – С. 41.

²² Von Hannover против Германии, № 59320/00 от 24 июня 2004 г. / Сайт Олега Анищика о подаче жалоб против России в Европейский Суд по правам человека : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://european-court.ru/uploads/ECHR_Von_Hannover_v_Germany_24_06_2004.pdf

²³ Лебедев К. А. Неприкосновенность частной жизни публичных лиц: подходы правоприменительной практики России и Европейского суда по правам человека / К. А. Лебедев // Материалы Международного молодежного научного форума «ЛЮМОНОСОС-2013» / отв. ред. А. И. Андреев, А. В. Андриянов, Е. А. Антипов, К. К. Андреев, М. В. Чистякова. – М.: МАКС Пресс, 2013 : [Электронный ресурс]. – 1 электрон. опт. диск (DVD-ROM); 12 см.

Резюме

Кулініч О. О. Визначення інтересів суспільно значимими як умова правомірності поширення фотографій та інших художніх творів із зображенням фізичної особи.

У статті досліджується визначення інтересів держави і суспільства при вільному поширенні фотографій та інших художніх творів із зображенням фізичної особи. Робиться висновок, що суспільна значимість є умовою вільного поширення. Розрізняються поняття «суспільний інтерес» та «суспільна цікавість». Наводяться критерії для визначення суспільного інтересу. Обґрунтовується недоцільність підтримання на законодавчому рівні концепції суспільної цікавості як основи суспільно значимого інтересу. На прикладі окремих судових рішень доводиться, що інтереси держави і суспільства повинні бути розумними, законними. Підкреслюється, що інтерес не повинен бути пересічним, буденним, таким, що задовольняє звичайну допитливість фізичних осіб. Звертається увага, що зображення не повинно зазнавати змін. Робиться висновок щодо відповідності інтересу критерію суспільно значимості.

Ключові слова: інтерес, держава, суспільство, фізична особа, зображення, розумність, законність, значимість.

Резюме

Кулініч О. А. Определение интересов общественно значимыми как условие правомерности распространения фотографий и других художественных произведений с изображением физического лица.

В статье исследуется определение интересов государства и общества при свободном распространении фотографий и иных художественных произведений с изображением физического лица. Делается вывод, что общественная значимость является условием свободного распространения. Различаются понятия «общественный интерес» и «общественное любопытство». Приводятся критерии для определения общественного интереса. Обосновывается нецелесообразность поддержки на законодательном уровне концепции «общественного любопытства» как основы общественно значимого интереса. На примере отдельных судебных решений аргументируется, что интересы государства и общества должны быть разумными, законными. Обращается внимание, что изображение не должно претерпевать изменений. Делается вывод о соответствии интереса критерию общественной значимости.

Ключевые слова: интерес, государство, общество, физическое лицо, изображение, разумность, законность, значимость.

Summary

Kulinich O. Definition of the interests as public-matter as a condition of legality dissemination of photographs and other artworks with an image of a natural person.

The paper examines the definition of the interests of the state and society in free dissemination of photographs and other artworks depicting natural person. The conclusion is made about public importance as a condition for free dissemination. Differing notion of «public interest» and «public curiosity». We give criteria for determining the public interest. Grounded unreasonableness keeping in law the concept of public curiosity as the basis of socially significant interest. For example, as shown in some court decisions, the interests of the state and society should be reasonable, legitimate. It is emphasised that the interest should not be ordinary, daily, satisfying the common curiosity of individuals. The attention is paid to the fact that the image should not be altered. The conclusion on the conformity of public-interest criteria significance.

Key words: interest, state, society, natural person, image, reasonableness, legality, significance.

О. А. КУЛЬБАШНА, О. С. ПАРАМОНОВА

Олена Анатоліївна Кульбашна, кандидат юридичних наук, доцент Черкаського національного університету ім. Б. Хмельницького

Ольга Сергіївна Парамонова, кандидат юридичних наук, доцент Черкаського національного університету ім. Б. Хмельницького

**ПОНЯТТЯ СЛУЖБОВОГО ОБ'ЄКТА ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ,
СТВОРЕНОГО НАУКОВО-ПЕДАГОГІЧНИМ ПРАЦІВНИКОМ**

Забезпечення інноваційної моделі розвитку економіки є пріоритетом державної політики України на сучасному етапі. Вища школа, поєднуючи освітню і наукову діяльність, має посісти в цій моделі гідне місце завдяки наполегливій праці науково-педагогічних працівників. Важливим результатом інтелектуальної творчості останніх є службові об'єкти права інтелектуальної власності.

Термін «службовий» дедалі активніше вживається як у науковому, так і законодавчому обігу щодо об'єктів права інтелектуальної власності, створених працівниками під час виконання трудового договору. Слід зазначити, що це питання перебуває у центрі уваги багатьох вчених, зокрема: А. В. Гончарової, Р. О. Денисової, Ю. С. Єпіфанової, М. І. Іншина, О. П. Орлюк, Ю. В. Осипової, О. О. Підпригори, Н. І. Рязанової, О. О. Тверезенко, О. І. Харитонової, О. О. Штефан, Т. В. Ярошевської та інших. Проте у наукових дослідженнях не має єдиного розуміння поняття службового об'єкта права інтелектуальної власності та умов надання йому такого статусу. Проблема ускладнюється існуючими термінологічними розбіжностями між різними нормативно-правовими актами, що регулюють відносини між працівниками і роботодавцями у сфері інтелектуальної власності.

Тому **метою** статті є визначення поняття службового об'єкта права інтелектуальної власності, створеного науково-педагогічним працівником, та аналіз умов, яким такий об'єкт повинен відповідати.

Існує кілька нормативно-правових актів, які містять визначення службових об'єктів права інтелектуальної власності:

1) у ст. 429 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) йдеться про права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору¹;

2) у спеціальних законах у сфері інтелектуальної власності застосовується поняття «службовий». Так, ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» визнає твір службовим, якщо він створений автором у порядку виконання службових обов'язків згідно зі службовим завданням або трудовим договором (контрактом) між ним і роботодавцем². Відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» службовий винахід (корисна модель) – винахід (корисна модель), створений працівником: у зв'язку з виконанням службових обов'язків чи дорученням роботодавця за умови, що трудовим договором (контрактом) не передбачене інше; з використанням досвіду, виробничих знань, секретів виробництва і обладнання роботодавця³. Інші об'єкти інтелектуальної власності (промисловий зразок, компонування (топографія) інтегральної мікросхеми, сорт рослин, порода тварин) свого легального визначення як службові поки що не мають. Зазначені об'єкти у спеціальних законах або визначаються як такі, що створені у зв'язку з виконанням службових обов'язків чи доручення роботодавця⁴, або взагалі не згадуються⁵.

Незалежно від мети, якою керувався законодавець, формулюючи назву та зміст ст. 429 ЦК, у результаті правознавці отримали термінологічну неузгодженість загального (ЦК) і спеціальних законів щодо охорони об'єктів права інтелектуальної власності. Задля її усунення О. О. Штефан пропонує словосполучення «об'єкт, створений у зв'язку із виконанням трудового законодавства» замінити на «службовий твір»⁶. погоджуючись з необхідністю удосконалення ст. 429 ЦК, вважаємо за доцільне запровадження терміна «службовий об'єкт права інтелектуальної власності», адже законодавець мав на увазі всі результати творчої діяльності працівника при виконанні трудового договору, а не лише об'єкти авторського права.

Складність визначення досліджуваного поняття пов'язана з тим, що з моменту виникнення ідеї до появи службового об'єкта права інтелектуальної власності відносини між працівником-творцем і роботодавцем регламентуються нормами трудового права, а після його об'єктивізації – цивільного. На жаль, сучасному законодавству бракує міжгалузевого нормативно-правового акта, який регулював би означені відносини. Для більш точного розуміння змісту поняття службового об'єкта права інтелектуальної власності, створеного, зокрема, науково-педагогічним працівником, визначимо умови, яким він має відповідати.

Спроби виділення таких умов вже мали місце у вітчизняній правовій науці. Так, Т. В. Ярошевська, поділяючи службовий винахід на категорії: у зв'язку з виконанням трудового завдання (перша категорія) та за власною ініціативою з використанням досвіду, виробничих знань, секретів виробництва та обладнання робо-

тодавця (друга категорія), вказує на його (їх) ознаки (умови набуття статусу службового – *авт.*). До останніх автор відносить: факт наявності трудових відносин між роботодавцем і працівником-винахідником; створення винаходу при чітко встановлених обставинах – виконанні трудового завдання (притаманні лише першій категорії); створення винаходу протягом певного періоду (протягом терміну дії належним чином оформленого трудового договору (контракту)); предмет винаходу належить до сфери діяльності роботодавця; створення винаходу за допомогою технічних засобів роботодавця (притаманні лише другій категорії)⁷. Дослідниця Ю. В. Осипова необхідними умовами для застосування режиму «службових» щодо об'єктів права інтелектуальної власності, створених у вищих навчальних закладах, вважає: наявність між майбутнім творцем об'єкта права інтелектуальної власності та вищим навчальним закладом трудових відносин, про що свідчить укладений вказаними особами трудовий договір; інтелектуальна, творча діяльність має бути визначена у якості трудової функції (обов'язку) творця-працівника вищого навчального закладу⁸.

На наш погляд, умови надання статусу службового об'єкта права інтелектуальної власності, створеного науково-педагогічним працівником, можна поділити на загальні і спеціальні. Загальні умови притаманні усім службовим об'єктам права інтелектуальної власності, а спеціальні – лише об'єктам права промислової власності. До загальних умов належать такі:

1. *Наявність оформленого трудового договору між науково-педагогічним працівником і вищим навчальним закладом.* Науково-педагогічний працівник набуває свого статусу лише після укладення трудового договору. Дослідники трудового права одностайні в тому, що саме трудовий договір, а не будь-які інші юридичні факти є підставою виникнення трудових відносин. На користь оформленого трудового договору свідчить нова редакція ст. 24 Кодексу законів про працю України⁹ (далі – КЗпПУ), якою заборонено допуск до роботи працівника без відповідного наказу або розпорядження. Тому критично сприймається положення, що трудовий договір може бути не єдиною підставою виникнення трудових відносин¹⁰.

Закон України «Про вищу освіту» встановлює особливий порядок зайняття вакантних посад науково-педагогічних працівників – конкурсний відбір¹¹. При такому заміщенні посад необхідними є: подання документів на конкурс, розгляд їх конкурсною комісією, прийняття рішення вченою радою про обрання за конкурсом, затвердження цього рішення наказом ректора¹². За результатами конкурсу з науково-педагогічним працівником укладається трудовий договір (контракт). Контракт як особлива письмова форма трудового договору надає можливість врегулювати спірні питання права інтелектуальної власності між працівником і вищим навчальним закладом.

2. *Створення об'єкта права інтелектуальної власності у зв'язку з виконанням трудових обов'язків науково-педагогічним працівником.* Створення об'єкта права інтелектуальної власності повинно входити до кола трудових обов'язків у межах трудової функції творця-працівника, визначених трудовим договором (контрактом). Трудова функція науково-педагогічного працівника конкретизується посадовою інструкцією, а також індивідуальним планом роботи викладача на кожен навчальний рік.

Поняття трудової функції працівника як предмета трудового договору чинний КЗпПУ не містить. Проте проект Трудового кодексу України в ст. 36 передбачає, що трудова функція працівника визначається в трудовому договорі та наказі про прийняття на роботу з посиланням на одну з професій, передбачених класифікацією професій¹³.

Зміст трудової функції науково-педагогічного працівника можна окреслити за нормативно-правовими актами освітньої галузі: Законом «Про вищу освіту»¹⁴, наказами МОН № 450 від 7 серпня 2002 р. «Про затвердження норм часу для планування і обліку навчальної роботи та переліків основних видів методичної, наукової й організаційної роботи педагогічних і науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів»¹⁵ та № 665 від 1 червня 2013 р. «Про затвердження кваліфікаційних характеристик професій (посад) педагогічних та науково-педагогічних працівників навчальних закладів»¹⁶.

До трудових обов'язків науково-педагогічного працівника у межах його трудової функції відповідно до зазначених вище нормативних актів входить навчальна, методична, наукова й організаційна робота. Основними видами навчальної роботи є: лекції, лабораторні, практичні, семінарські, індивідуальні заняття, консультації. Творчий підхід науково-педагогічного працівника до лекційного матеріалу дає можливість створювати такий об'єкт права інтелектуальної власності, як усний твір (лекція). Консультації, лабораторні, практичні, семінарські заняття спрямовані на організацію роботи студентів і проведення контролю щодо засвоєння ними знань, а тому не мають творчого характеру і не можуть призвести до створення об'єктів права інтелектуальної власності. До методичної роботи належать: підготовка конспектів лекцій; методичних матеріалів; підготовка, рецензування підручників, навчальних посібників, словників, довідників тощо. У переліку основних видів наукової роботи передбачені науково-технічні звіти, дисертації, монографії, підручники, навчальні посібники тощо. Методична й наукова робота науково-педагогічного працівника зазвичай завершуються появою службового об'єкта права інтелектуальної власності.

3. *Створення об'єкта права інтелектуальної власності при виконанні науково-педагогічним працівником службового завдання, виданого вищим навчальним закладом.* Під службовим завданням розуміємо доручення роботодавцем працівникові конкретного обсягу роботи в межах трудової функції останнього зі заздалегідь визначеним результатом. На відміну від посадової інструкції службове завдання завжди носить індивідуальний характер як щодо виконавців, так і видів виконуваних робіт.

Вищий навчальний заклад може видати службове завдання у вигляді окремого документа під назвою «Службове завдання» або зазначити у документації на отримання грантів на розвиток науки, інноваційної

діяльності, або зафіксувати в індивідуальному плані роботи науково-педагогічного працівника тощо. Воно має містити параметри майбутнього об'єкта права інтелектуальної власності: вид, орієнтовну назву, строк виконання, форми контролю.

Створення об'єкта права інтелектуальної власності у зв'язку з виконанням трудових обов'язків або службового завдання може бути здійснено: протягом робочого часу або у позаробочий час незалежно від місця його створення; із застосуванням засобів і матеріалів, що належать роботодавцю, а також без нього. Це твердження потребує окремого пояснення.

Загальним правилом є виконання трудових обов'язків працівником на означеному роботодавцем робочому місці у робочий час, визначений правилами внутрішнього трудового розпорядку. У зв'язку з виконанням цього обов'язку вищий навчальний заклад несе певні витрати, пов'язані, зокрема, зі створенням службового об'єкта права інтелектуальної власності науково-педагогічним працівником (оплата праці, тепло, електроенергія, утримання приміщень, обладнання, бібліотеки тощо). Отже, зрозумілим і справедливим є надання статусу службового такого об'єкта права інтелектуальної власності.

Особливості творчої праці науково-педагогічних працівників можуть вимагати їх усамітнення при здійсненні творчої діяльності, яке неможливо забезпечити на робочому місці у вищому навчальному закладі. Тому за згодою сторін трудового договору створення службового об'єкта цілком можливе у позаробочий час, поза місцем роботи, без застосування засобів і матеріалів, що належать роботодавцю. Трудовому законодавству відомі норми про роботу так званих надомників, які виконують свою трудову функцію поза робочим місцем, без підпорядкування правилам внутрішнього трудового розпорядку, без контролю роботодавця тривалості робочого часу і часу відпочинку. Головне – це виконання встановлених норм праці.

Спеціальними умовами визнання об'єктів права інтелектуальної власності службовими є їх створення з використанням досвіду, виробничих знань, секретів виробництва, обладнання роботодавця. Ці умови впливають з аналізу норми ст. 1 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі». Грамотичне тлумачення цього правила дозволяє стверджувати, що для набуття об'єктом права інтелектуальної власності статусу службового достатньо наявності будь-якого із перерахованих елементів.

Звичайно, що при створенні службового об'єкта права інтелектуальної власності використання обладнання роботодавця, виробничих знань, секретів виробництва, досвіду не презумуються, завжди потрібно встановлювати зв'язок між створенням об'єкта працівником та наявністю означених умов. Виняток становить факт використання обладнання роботодавця. Він є очевидним за умови створення об'єкта працівником на своєму робочому місці. Що ж до виробничих знань, досвіду, секретів виробництва, то їх існування як умови надання статусу «службового» об'єкта права інтелектуальної власності вимагатиме певних зусиль. Так, якщо вищий навчальний заклад не є першим місцем роботи науково-педагогічного працівника, то досвід та виробничі знання він міг набути раніше. У такому випадку роботодавець має доводити, який досвід, які виробничі знання отримав працівник саме у нього і використав при створенні службового об'єкта. Володіння секретами виробництва також потребує доказування, якщо працівника перед початком роботи не було ознаявлено з конфіденційною інформацією у письмовій формі.

Слушною є позиція Р. О. Денисової, згідно з якою об'єкт слід визнавати службовим, якщо роботодавець надавав його творцеві необхідну фінансову, матеріальну або іншу допомогу чи якимось інакше сприяв тому в процесі створення зазначеного об'єкта¹⁷.

Узагальнюючи зміст проаналізованих умов надання статусу службового об'єкта права інтелектуальної власності, зазначимо, що всі вони тісно пов'язані між собою, прямо впливають із сутності трудових правовідносин між науково-педагогічним працівником і вищим навчальним закладом, підставою виникнення яких є трудовий договір (контракт).

Отже, *службовим є об'єкт права інтелектуальної власності, створений науково-педагогічним працівником під час виконання ним трудових обов'язків відповідно до трудового договору (контракту) з вищим навчальним закладом*. Статус «службового» у об'єкта права інтелектуальної власності може виникнути за наявності загальних (наявність оформленого трудового договору; створення об'єкта права інтелектуальної власності у зв'язку з виконанням трудових обов'язків або службового завдання науково-педагогічним працівником) і за потреби спеціальних умов (створення об'єкта права інтелектуальної власності з використанням досвіду, виробничих знань, секретів виробництва, обладнання вищого навчального закладу).

¹ Цивільний кодекс України : Закон України № 435-IV від 16 січня 2003 р. (в редакції від 1 січня 2016 р.), підстава 1709-18, 835-19 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> – Ст. 429.

² Про авторське право і суміжні права : Закон України № 3792-XII від 23 грудня 1993 р. ; поточна редакція від 5 грудня 2012 р., підстава 5460-17 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> – Ст. 1.

³ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України № 3687-XII від 15 грудня 1993 р. ; поточна редакція від 5 грудня 2012 р., підстава 5460-17 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3687-12> – Ст. 1.

⁴ Про охорону прав на сорти рослин : Закон України № 3116-XII від 21 квітня 1993 р. ; поточна редакція від 2 березня 2014 р., підстава 763-18 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3116-12> – Ст. 17; Про охорону прав на промислові зразки : Закон України № 3688-XII від 15 груд-

ня 1993 р.; поточна редакція від 5 грудня 2012 р., підстава 5460-17 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3688-12> – Ст. 8; Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем : Закон України № 621/97-ВР від 5 листопада 1997 р.; поточна редакція від 5 грудня 2012 р., підстава 5460-17 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/621/97-вр> – Ст. 7.

⁵ Про племінну справу у тваринництві : Закон України № 3691-ХІІ від 15 грудня 1993 р.; поточна редакція від 28 червня 2015 р., підстава 222-19 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3691-12>

⁶ Штефан О. О. Проблеми правового статусу суб'єктів «службового» твору / О. О. Штефан // Приватне право і підприємництво. – 2009. – Вип. 8. – С. 105–108. – С. 105.

⁷ Ярошевська Т. В. Право на службовий винахід : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Т. В. Ярошевська. – К., 2009 – 19 с. – С. 13–14.

⁸ Осипова Ю. В. «Службові» об'єкти права інтелектуальної власності, створені педагогічними та науково-педагогічними працівниками / Ю. В. Осипова // Теоретичні і практичні аспекти економіки та інтелектуальної власності : зб. наук. праць : у 3 т. – 2013. – Вип. 1. – Т. 1. – С. 340–344. – С. 341 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eir.pstu.edu/handle/123456789/5140>

⁹ Кодекс законів про працю України : Закон України № 322-VIII від 10 грудня 1971 р.; поточна редакція від 1 січня 2016 р., підстава 911-19 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/322-08> – Ст. 24.

¹⁰ Гареев С. Ш. Правова охорона винаходів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / С. Ш. Гареев. – Одеса, 2007. – 20 с. – С. 18–19.

¹¹ Про вищу освіту : Закон України № 1556-VII від 1 липня 2014 р.; поточна редакція від 16 січня 2016 р., підстава 848-19 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1556-18> – Ст. 55.

¹² Єніфанова Ю. С. Підстави виникнення суб'єктивних авторських прав науково-педагогічних працівників ВНЗ / Ю. С. Єніфанова // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. – 2009. – № 841. – Вип. 1 (5). – С. 214–217. – С. 216. – (Серія «Право»).

¹³ Проект Трудового кодексу України : проект № 1658 від 27 грудня 2014 р. // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221 – Ст. 36.

¹⁴ Про вищу освіту : Закон України № 1556-VII від 1 липня 2014 р.; поточна редакція від 16 січня 2016 р., підстава 848-19 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1556-18> – Ст. 50.

¹⁵ Про затвердження норм часу для планування і обліку навчальної роботи та переліків основних видів методичної, наукової й організаційної роботи педагогічних і науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів : наказ Міністерства освіти і науки України № 450 від 7 серпня 2002 р. // Офіційний веб-портал Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0698-02>

¹⁶ Про затвердження кваліфікаційних характеристик професій (посад) педагогічних та науково-педагогічних працівників навчальних закладів : наказ Міністерства освіти і науки України № 665 від 1 червня 2013 р. // Національний освітній інтернет-ресурс : osvita.ua : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://osvita.ua/legislation/other/37302/>

¹⁷ Денисова Р. О. Авторське право на службові твори / Р. О. Денисова // Проблеми законності. – 2011. – Вип. 115. – С. 54–59. – С. 56 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Pz_2011_115_9.pdf

Резюме

Кульбашина О. А., Парамонова О. С. Поняття службового об'єкта права інтелектуальної власності, створеного науково-педагогічним працівником.

У статті розкривається зміст поняття службового об'єкта права інтелектуальної власності, створеного науково-педагогічним працівником під час виконання трудового договору. Виявлено термінологічні розбіжності у визначенні службового об'єкта між різними нормативно-правовими актами у сфері інтелектуальної власності. Авторами виокремлено й проаналізовано загальні і спеціальні умови, яким повинен відповідати службовий об'єкт. Зазначено, що загальні умови притаманні усім службовим об'єктам права інтелектуальної власності, а спеціальні – лише об'єктам права промислової власності.

Ключові слова: право інтелектуальної власності, науково-педагогічний працівник, службовий об'єкт, трудовий договір, службове завдання.

Резюме

Кульбашина О. А., Парамонова О. С. Понятие служебного объекта права интеллектуальной собственности, созданного научно-педагогическим работником.

В статье раскрывается содержание понятия служебного объекта права интеллектуальной собственности, созданного научно-педагогическим работником при выполнении трудового договора. Выявлено терминологические разногласия в определении служебного объекта между различными нормативно-правовыми актами в сфере интеллектуальной собственности. Авторами выделены и проанализированы общие и специальные условия, которым должен соответствовать служебный объект. Указано, что общие условия присущи всем служебным объектам права интеллектуальной собственности, а специальные – только объектам права промышленной собственности.

Ключевые слова: право интеллектуальной собственности, научно-педагогический работник, служебный объект, трудовой договор, служебное задание.

Summary

Kulbashna O., Paramonova O. The concept of official object of intellectual property law created by scientific and pedagogical staff.

In the article the content of term “official object of intellectual property law, created by scientific and pedagogical staff during execution of job duties” is revealed. Terminological differences of term of official object between different legal acts in intellectual

property law are discovered. Authors singled out and analysed general and specific conditions to which the official object should fulfil. It is pointed out that general terms are inherent to all the official objects of intellectual property law, but specific conditions – only for objects of industrial property law.

Key words: intellectual property law, scientific and pedagogical staff, official object, labour agreement, official task.

УДК [34.037/.06/.09]:004 (73)

О. В. КУЛЬТЕНКО

*Олександр Володимирович Культенко, канди-
дат юридичних наук*

АВТОМАТИЗОВАНА СИСТЕМА ОБЛІКУ І РОЗРАХУНКІВ (БІЛІНГ) ЮРИДИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА МОЖЛИВІСТЬ ВИКОРИСТАННЯ УТИЛІЗАЦІЇ І РЕАЛІЗАЦІЇ

Білінг (англ. *billing* – складання рахунку) – у деяких видах бізнесу, зокрема в телекомунікаціях – автоматизована система обліку наданих послуг, їх тарифікації і виставлення рахунків для оплати. У сфері телекомунікацій білінг офіційно іменується «Автоматизована Система Розрахунків» (АСР)¹.

Білінг (у галузі інтернет-комерції) – це послуга прийому оплати рахунків, як правило, за платіжними картами. Компанія, що надає послуги білінгу (автоматизованої системи формування, виставлення рахунків до сплати та прийому платежів), отримує з цього визначений відсоток, яка також, як її платіжна система, бере на себе функцію транспорту транзакції до банку-еквайєра, але при цьому виконує ще ряд функцій: моніторинг та управління ризиками, організацію доступу до детальної статистики з транзакції тощо².

Білінгова система – важливий елемент програмного забезпечення будь-якої операторської діяльності: чи звичайний це телефонний зв'язок, чи дзвінки з мобільних телефонів, чи доступ до Інтернет³.

Термін «білінг» вживається також стосовно компаній, зайнятих у сфері надання консультаційних послуг (юридична практика, аудит, бухгалтерський аутсорсинг, промисловий консалтинг і т. д.). Зазвичай у таких компаніях виставлення рахунків тісно пов'язане з обсягом витрат часу і опосередковане погодинними ставками фахівців⁴.

Функції білінгу на підприємстві групуються в три основні блоки: розрахункові операції, інформаційне обслуговування, фінансове обслуговування. У широкому сенсі при розгляді білінгу в інтеграції з управлінням доходами (англ. *billing and revenue management*) додатково виділяють такі функції, як гарантування отримання доходів (англ. *revenue assurance*), управління прибутковістю абонентів (англ. *profitability management*), контроль шахрайства абонентів (англ. *fraud management*)⁵.

У юридичній діяльності поняття білінгу в основному ґрунтується на тлумаченні погодинного обліку робочого часу співробітників підприємства, з якого формується ціна послуги і який логічно закінчується виставленням рахунку і отриманням грошей від замовника послуг. Зазвичай система білінгу використовується лише так. З її допомогою і з урахуванням погодинних ставок розраховуються суми, які можна надавати/надсилати замовнику послуг для оплати. Безумовно, ця функція білінгу запам'яталась більшості фахівців практиків, оскільки вона найбільш бажана для працівників юридичних фірм, попри це вона – не єдина.

Під час написання цієї публікації автор не володіє інформацією про проведені дослідження в окресленому напрямі інших науковців, проте тлумачення поняття білінгу залежно від сфери професійних послуг дає можливість читачеві зрозуміти практичну складову та висвітлює актуальність подальших розвідок.

У теорії з білінгу виділяють два фундаментальних показники професійної юридичної діяльності – утилізацію і реалізацію.

Завершення терміна експлуатації (*utilization*) – це співвідношення годин, які компанія планує виробити («забілити») до фактично врахованих у білінгу. Наприклад, внутрішні правила і звичаї фірми припускають, що обов'язок кожного юриста – звітувати про виконану роботу за 40 годин на тиждень. За фактом виходить всього 36. У підсумку отримуємо показник утилізації 90 %⁶.

До речі, в юридичних фірмах США середній річний показник білінгових годин дорівнює 1700–2300⁷. Виходить понад 9 годин на кожен робочий день одного працівника. Такий показник витраченого часу нараховується саме у білінгових системах. Які плани за годинами ставлять партнери фірм перед підлеглими і найманими працівниками без юридичної освіти, залишається тільки здогадуватися. На вітчизняних юридичних підприємствах аналогічна статистика якщо й ведеться, то є не публічною. Оскільки вона не була оприлюднена, проаналізувати її можливості немає.

Повернувшись до питання про утилізацію, вкажемо на те, що вважається цілком слушним, коли її показник коливається в межах 75–90 %, а фахівці на основі цього можуть робити прості, але важливі висновки.

Так, наприклад, якщо за підприємстві утилізація нижча, ніж звичайний показник, це може свідчити про перевантаженість компанії працівниками. Більш високий показник, навпаки, про те, що юристи занадто

завантажені роботою, що теж не дуже добре з точки зору ефективності. Якщо ж утилізація перевищує 100 % – це ще не привід стверджувати про позитивні показники працівників. Скоріш за все, працівники завищують у звіті кількість витрачених годин за фактично надані послуги, що потенційно загрожує виникненням колізійних питань з боку замовників послуг, оскільки їх вартість у конкурентів буде нижчою⁸.

Наступний показник – реалізація (*realization*). Це робочі години, які фактично включаються в рахунок клієнта і оплачуються ним. Він вважається основним показником, який характеризує діяльність підприємства та підтверджує його фінансову стабільність. На його підсумок мають прямий вплив надані знижки та списані борги замовникам послуг.

Якщо показник реалізації на рівні 80–85 % і нижче, то це негативне відображення функціональності юридичної діяльності. Керівництво підприємства повинно активно вживати заходів з метою з'ясувати причину цієї критичної умови.

Якщо ж показник вище 95 %, це може означати не тільки позитивні показники роботи підприємства зі збору «дебіторки», а й те, що просто ставки юристів досить низькі, і для клієнта не становить значних труднощів їх оплачувати. За таких показників виникає потреба підвищити ці самі ставки, оскільки існує загроза ліквідації підприємства.

Доцільно зазначити, що під реалізацією іноді розуміють і більш вузький параметр, який передбачає тільки співвідношення «забілених» і виставлених годин. Оцінку витрачених рекламних годин здійснюють через інший показник – *collection*.

Отже, таблиці білінгу можуть «підкинути» керівникам-партнерам юридичного підприємства достатньо інформації для її аналізу.

Ведення обліку наданих послуг, розрахунок їх вартості і подальший аналіз цих показників на довготривалій основі дає можливість підприємству ефективно управляти усіма важливими процесами: від ціноутворення до управління персоналом. Тому, якщо у юридичній професійній діяльності все ще немає нормативних показників утилізації та реалізації, саме час їх запровадити і не забувати потім регулярно аналізувати.

Небілінговий час – неналежно проігноровані години. Зазвичай небілінговими годинами мало цікавляться на підприємстві. І це зрозуміло – їх не зазначив у рахунку. Тому облік таких годин зазвичай не практикується. А даремно, адже зважаючи на відсутність грошової вигоди у юридичній діяльності в рамках небілінгових годин підприємства втрачають інформацію для аналізу ефективності заходів.

Насамперед не варто забувати, що не усі небілінгові години однакові. У деяких видів небілінгової діяльності явно у потенціалі більше цінності, здатності віддачі (*return of investments* (ROI)), ніж у інших. Йдеться насамперед про бізнес-розвиток, маркетинг і тому подібну активність. Очевидно, що краще здійснити розподіл небілінгових годин співробітників у цьому напрямі, ніж, наприклад, вимагати проходження якихось тренінгів чи участі у конференціях, семінарах і круглих столах.

До речі, час, який витрачають співробітники на сам білінг, також краще враховувати й аналізувати. Адже це дуже наочно показує ефективність професійної діяльності на підприємстві.

З огляду на це менеджер підприємства може бути неприємно здивований, як багато часу йде на облік небілінгового часу. За статистикою, 60 % невеликих юридичних фірм в США витрачають на облік білінгових годин по 8 годин на місяць. Виходить, що повноцінний робочий день витрачається повністю на те, щоб враховувати відпрацьований час. Білінг, звичайно, – важливий захід, але чи вартий він такої кількості витрат часу? Навряд чи.

Більш ефективно цей же час можна витратити на підвищення якості у небілінговій професійній діяльності, наприклад, на впорядкування бази замовників послуг – заповнення граф про день народження, звички-захоплення, спосіб життя і замовлені послуги. Останній захід здійснюється уже в рамках білінгової діяльності⁹.

Отже, основний рецепт підвищення ефективності юридичної діяльності на підприємстві до неподобства простий – потрібно відстежувати небілінгові години і скорочувати їх кількість. Це може бути зроблено за рахунок спрощення внутрішніх процедур, автоматизації процесів, впровадження програмного забезпечення та інших новітніх інформаційно-комунікаційних технологій.

Далі коротко розглянемо, яке ж програмне забезпечення для білінгу пропонують розробники на ринку в США, у чому його відмінні риси. Для подальшого аналізу функціональності та витрат у запропонованому форматі пропонуємо ознайомитися з наступними трьома програмами, а саме: Clio, Elite і Reuters.

Розумно почати зі стандартних і додаткових опцій програм. Очевидно, що основна мета білінгового програмного забезпечення – це ефективно враховувати й оперативно вписувати замовникам послуг години, відпрацьовані юристами; керувати їх завантаженням і ставками. Власне, цілі і встановлюють доречність загального для усіх програм функціоналу. Стандартний набір опцій може виглядати так:

- 1) таймер (облік часу юристів);
- 2) календар (дедлайни, інші важливі події);
- 3) білінг (узагальнення врахованого часу, аналітика, надсилання рахунків клієнтам).

Виробники такого програмного забезпечення можуть пропонувати і додаткові опції: наприклад, спеціальні бази даних, архіви справ і форм документів. Деякі постачальники виходять за рамки звичної юриспруденції і пропонують суміжні, управлінські рішення. Наприклад, у Reuters за додаткову плату можна додати блок «project management».

Білінгові програми, як і багато інших, за способом порядку розміщення здобутої інформації можна розподілити на хмарні і серверні. Стисло вкажемо на їх очевидні відмінності.

1. Хмарні:
 - інформація зберігається на сервері компанії-розробника софту;
 - клієнту надається доступ безпосередньо до «хмари»;
 - контроль за працездатністю системи та поновлення безпосередньо через Інтернет;
 - захист даних: резервне копіювання, швидке реагування на хакерські атаки, збереження конфіденційності за допомогою обмеження доступу.

2. Серверні:

- інформація зберігається на сервері підприємства;
- контроль за працездатністю системи та поновлення, зазвичай, силами власних ІТ-спеціалістів;
- захист даних: резервне копіювання, реагування на хакерські атаки займає робочий час¹⁰.

Як бачимо, у кожного з варіантів є свої плюси.

«Хмара» вимагає меншої кількості заходів у професійній діяльності фахівців з програмного забезпечення, не потрібно сильно «навантажувати» турботами свій ІТ-відділ. Разом із тим зберігання конфіденційних даних зовні навряд чи припаде до душі багатьом замовникам послуг. У серверного програмного забезпечення таких труднощів не виникає, проте можна чекати підступу через недостатній рівень оперативності оновлень або віроломного вторгнення в систему з боку хакерів.

Отже, безумовно, вибір програмного забезпечення для білінгу – справа відповідальна. Для зручності прийняття рішення буде адекватним звести якомога більше критеріїв оцінювання вказаних вище програм у таблиці.

Критерії	Clio	Elite (ProLaw)	Reuters
Технічні показники			
Розміщення	Хмарне	Хмарне	Серверне. Можна підключити повністю чи частково хмарне розміщення інформації
Мобільність доступу	iOs Android	iOs	iOS Android Blackberry
Можливості системи			
Календар	+	+	+
Систематизація інформації	+	+	+
Відстеження часу	+	+	+
Формування та надсилання рахунків	+	+	+
Пошук у законодавстві	+ FastCase	+ Westlaw / WestlawNext	+ WestlawNext
Вартість, одноразові чи поточні витрати на програмне забезпечення			
Ціна (один користувач / міс.)	\$ 39–99	\$ 5 200 (одноразово)	\$ 9,95–40

Функціональність білінгового програмного забезпечення, без сумніву, – важлива складова професійної діяльності. Якщо юридична фірма планує лише враховувати витрачені години для подальшого оформлення і надсилання рахунків споживачам послуг, то особливо якісна програма не потрібна¹¹. Цей варіант підходить для першої фази роботи компанії, коли замовників послуг не дуже багато, а тенденції аналізуються більше інтуїтивно. В окремих випадках для таких завдань вистачає і екселя (Microsoft Office Excel).

Якщо ж цілі більш грандіозні – потрібно використовувати програмне забезпечення для аналітики, виставлення рахунків, прив'язки документів до конкретних записів, організації спільної роботи тощо, то до вибору програмного забезпечення є сенс підійти вдумливо. Для цього потрібно з'ясувати статус програмного забезпечення (ISO/IEC 12207:2007, ISO/IEC TR 12182:2008), вивчити практичні правила управління інформаційною безпекою (ISO/IEC 27004:2014, ISO/IEC 13335-1:2009, ISO/IEC 27002:2008) і оцінити ризики використання обраного програмного забезпечення (ISO/IEC 25001:2007, ISO/IEC 25040:2011)¹².

Нарешті, не варто забувати про такий важливий чинник, як UX (*user experience*). Юристів всіх країн точно об'єднує одне – неприязнь до процедур білінгу, тобто до заповнення полів і опису робіт. Не в останню чергу таке ставлення викликане «зручністю» використання самого програмного забезпечення. А точніше, недоліком цієї зручності. Тому перед придбанням/використанням такого програмного забезпечення краще дати можливість його тестового користування своїм підлеглим для подальшого анонімного оцінювання за шкалою відрази.

Наостанок додамо, що використані критерії оцінювання не є догматичними, особливо у розрізі необхідної складової професійної діяльності юриста – урегулювання суспільних відносин. Отже, врахувавши такі чинники: кількість споживачів, користувачів програмного забезпечення для юридичної діяльності та кількість відгуків у соціальних мережах, можна вказати лише на сьоме місце в рейтингу програми Clio та відсутність у ньому двох інших запропонованих нами вище. Такий підхід може бути враховано на перспек-

тиву подальших розвідок у цьому напрямі. Пропонуємо читачам відгукнутися на цю публікацію з інформацією про те, на дослідження якого програмного забезпечення з останнього рейтингу на предмет його функціональності в юридичній діяльності звернути увагу, яке програмне забезпечення у своїй юридичній діяльності використовуєте і який час, що зручно і що викликає занепокоєння у користуванні, яке, на вашу думку, має бути програмне забезпечення для професійної юридичної діяльності, який час вам був потрібен для адаптації своєї діяльності до програмного забезпечення, чи є у програмному забезпеченні, яке ви використовуєте, додаткові функції для аналізу показників на підприємстві (утилізації, реалізації тощо), використовуєте додаткові функції, які пов'язані з білінгом (календар, створення шаблонів), додаткові функції потрібні взагалі для білінгового програмного забезпечення, які саме. Обіцяємо, що у разі отримання у відповідь електронного листа за прийнятною для вас формою з урахуванням вказаних вище запитань наступна робота автора, присвячена цій тематиці, буде надіслана на вашу електронну адресу у відповідь.

¹ Постанова КМ, Перелік, Правила № 295 від 11.04.2012, Про затвердження Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KP120295.html

² Биллинг / Elkomrevue – основы электронной коммерции : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://elcomrevue.ru/b-2/>

³ Systems Development Lifecycle: Objectives and Requirements // Bender RBT Inc. – NY. – 60 p. – P. 7.

⁴ Биллинговые системы. Технологии : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.tadviser.ru/index.php/Биллинговые_системы

⁵ Telecommunications billing : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://en.wikipedia.org/wiki/Telecommunications_billing

⁶ 7 советов для улучшения эффективности биллинга в юридической фирме : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.projectmate.ru/?p=3971>

⁷ The Truth about the Billable Hour – Yale Law School : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.law.yale.edu/student-life/career-development/students/career-guides-advice/truth-about-billable-hour>

⁸ Биллинг. Анализируй это – Law Re-Invented. Свежее право : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lawreinvented.com/legal-technology/billing-analyze-this/>

⁹ Там само.

¹⁰ Killing Billing: биллинговый софт для юридических фирм – Law Re-Invented. Свежее право : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lawreinvented.com/legal-technology/killing-billing/>

¹¹ Там само.

¹² Див.: Галузева система оцінки якістю. Методи оцінки показників якості програмного забезпечення програмно-технічних комплексів критичного призначення // НКАУ. – К., 2007. – 128 с.

Резюме

Культенко О. В. Автоматизована система обліку і розрахунків (білінг) юридичної діяльності та можливість використання утилізації і реалізації.

Стаття присвячена дослідженню білінгу юридичної діяльності. Визначено тлумачення поняття білінгу залежно від сфери професійних послуг. Розглянуто два фундаментальних показники – утилізацію і реалізацію. Аналізується білінгове програмне забезпечення.

Ключові слова: білінг, юридична діяльність, програмне забезпечення, утилізація, реалізація, функціональність, послуги.

Резюме

Культенко А. В. Автоматизированная система учета и расчетов (биллинг) юридической деятельности и возможность использования утилизации и реализации.

Статья посвящена исследованию биллинга юридической деятельности. Определено толкование понятия биллинга в зависимости от сферы профессиональных услуг. Рассмотрено два фундаментальных показателя – утилизацию и реализацию. Анализируется биллинговое программное обеспечение.

Ключевые слова: биллинг, юридическая деятельность, программное обеспечение, утилизация, реализация, функциональность, услуги.

Summary

Kultenko O. Automated accounting system and settlement (billing) in legal activities and the use the indicator the realization and utilization.

The article investigates legal activities the billing. Defined interpretation of the concept of billing depending on the scope of professional services. Considered two fundamental indicators – utilization and realization. The is carried out comparative analysis of the billing software.

Key words: billing, legal activities, software utilization, realization, functionality, services.

О. А. РАССОМАХІНА

Ольга Андріївна Рассомахіна, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

**НАБУТТЯ РОЗРІЗНЯЛЬНОЇ ЗДАТНОСТІ ПОЗНАЧЕННЯМИ,
ЯКІ РЕЄСТРУЮТЬСЯ ВПЕРШЕ В УКРАЇНІ**

В умовах розвитку ринкових відносин та глобалізації міжнародного торговельного простору різко зростає конкуренція між суб'єктами господарювання за збут своїх товарів та послуг. Ефективне залучення майнових прав інтелектуальної власності на торговельні марки до господарського й цивільного обороту дає змогу суб'єкту господарювання збільшити вартість своїх активів та їх інвестиційну привабливість на ринку. Саме тому належна реалізація прав інтелектуальної власності на торговельні марки розглядається як важливий фактор підвищення конкурентоспроможності продукції, захисту від недобросовісної конкуренції та створює можливості для отримання додаткових прибутків. Наявні у чинному законодавстві України про охорону прав на торговельні марки критерії охороноздатності торговельних марок прийнято розглядати у двох аспектах, у позитивному та негативному. Якщо розглядати їх у позитивному аспекті, серед них виділяють: 1) новизну; 2) розрізняльну здатність; 3) відповідність публічному порядку та моралі. Також слід врахувати й інші юридичні ознаки торговельних марок: умовність позначення; наявність правової охорони, які є допоміжними для застосування даних критеріїв. Разом із тим сьогодні у законодавстві України досі зберігаються прогалини та колізії як між нормами Цивільного та Господарського кодексів України, так і між внутрішніми нормами цих кодексів та спеціальних законодавчих актів, які ускладнюють процедуру реалізації прав на торговельні марки господарюючими суб'єктами у нашій державі, і пов'язані із застосуванням даних критеріїв. Тому одним із завдань законопроектної роботи у сфері правової охорони торговельних марок є усунення недоліків у правовому визначенні й закріпленні норм, що визначають умови застосування даних критеріїв під час реєстрації знаків в Україні та критерію розрізняльної здатності позначення зокрема.

Дослідженню даного критерію охороноздатності торговельних марок присвячено чимало наукових праць, зокрема, Є. А. Арієвича¹, Г. Боденхаузена², А. Н. Григорьєва³, С. А. Горленко⁴, О. А. Городова⁵, Т. С. Демченко⁶, О. Ю. Кашинцевої⁷, І. Ю. Кожарської⁸, О. М. Мельник⁹, Г. П. Рабець¹⁰, Ю. І. Свядосца¹¹ та інших. Разом із тим недослідженими залишаються питання законодавчого регулювання даного критерію охороноздатності та тлумачення відповідних законодавчих норм, в яких закріплено його обсяг та умови і порядок застосування під час процедури набуття прав на позначення торговельних марок, які вперше заявляються для реєстрації саме на території України. Крім того, у даних наукових працях не досліджено особливості правового регулювання встановлення факту набуття позначенням торговельної марки розрізняльної здатності у процесі використання як умову реєстрації позначення в Україні. Водночас іноземний досвід свідчить про ринкову розрізняльну здатність та містить багато прикладів із практики врахування й використання критерію розрізняльної здатності торговельної марки, набутої у процесі використання, під час процедури реєстрації¹². Тому такий аспект законодавчого визначення та застосування даного критерію охороноздатності позначень торговельних марок залишився недослідженим та не врахованим.

Протягом історії людства клеймо переростає у торговельну марку у кожній державі саме тоді, коли його основною функцією стає розрізняльна функція і йому надається правова охорона. Як соціальне явище торговельна марка визначається як відображення у суспільній свідомості об'єктивно існуючого встановленого зв'язку між специфічними споживчими властивостями товару певного роду і характерними зовнішніми рисами цього товару чи упаковки¹³. Якість відповідних асоціацій, які викликає у споживача торговельна марка, залежать саме від такої властивості торговельної марки, якою є її розрізняльна здатність. Вимога розрізняльної здатності передбачає, що знак сам по собі має бути оригінальним, тобто містити в собі своєрідні відмітні ознаки, що надають йому змогу достатньою мірою індивідуалізувати товар. Ця вимога стосується як його форми (видів товарних знаків), так і змісту.

Товарний знак треба обирати довільно і незалежно від позначуваного предмета, що впливає із суті умовного позначення. Товарний знак не повинен складатися виключно із звичайного слова (слово не повинно бути звичайним саме стосовно об'єкта, що ним маркується), бути видовим, описовим чи необхідним позначенням. У даному випадку *розрізняльна здатність розглядається у вузькому розумінні, якщо ж розглядати її широко, то тоді до неї треба включити всі інші вимоги, окрім вимоги про відповідність публічному порядку, принципам гуманності й моралі.*

Слід зауважити, що в літературі рідко дається визначення поняттю «розрізняльна здатність». За одним із підходів *розрізняльна здатність* – це здатність торговельної марки викликати у споживача асоціативні образи, необхідні та точні для індивідуалізації товару і його виробника¹⁴. Деякі фахівці визначають розрізняльну здатність як властивість знака бути індивідуалізованим завдяки специфічним властивостям його елементів¹⁵. З ана-

лізу різноманітних визначень поняття торговельної марки, зокрема змісту ст. 15 Угоди ТРІПС, можна стверджувати, що розрізняльна здатність є головним критерієм для можливості реєстрації торговельної марки.

У Паризькій конвенції серед виключних випадків, коли іноземному заявнику, який зареєстрував свій знак у країні походження, може бути відмовлено в 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 узвичаєних торговельних звичаях країни, де витребується охорона (ст. 6 *quinquies* B2).

З точки зору форми через відсутність розрізняльних ознак до реєстрації не приймаються позначення, які є: 1) однією літерою, цифрою, лінією, простою геометричною фігурою, що не має характерного графічного виконання; 2) реалістичним 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 (п. 4.3.1.4. Правил¹⁶).

Більш складною є оцінка торговельної марки за її змістом. До позначень, які *не мають розрізняльної здатності* за своїм *смысловим значенням*, відносять звичайні словесні позначення, які не є достатньо оригінальними. Часто вживані, банальні слова, позбавлені будь-якої виразності, не можуть стати спеціальним товарним символом, оскільки вони не здатні створити індивідуальну характеристику виробів¹⁷. Вирішення питання про те, чи є слова невизначеними, загальноживаними, цілком залежить від суб'єктивної оцінки спеціалістів патентного відомства. Важливою вимогою, пов'язаною з розрізняльним характером торговельної марки, є те, що вона не повинна являти собою позначення, що прямо чи опосередковано виражає товарну характеристику виробу. Зміст товарного знака має носити незалежний характер щодо об'єкта маркування, сприйматися як вигаданий символ, що не відображає товарну характеристику виробу¹⁸. У зв'язку з цим до змісту торговельної марки висуваються наступні основні вимоги. Так, позначення не повинно бути: 1) описовим при використанні щодо зазначених у заявці товарів і послуг або у зв'язку з ними; 2) загальноживаним як позначення товару (послуги) певного виду; 3) загальноживаним символом чи терміном (підпункти б), в), г) п. 4.3.1.3. Правил).

Серед позначень, безпосередньо пов'язаних з характеристикою товару, особливе місце посідають *описові позначення*. Позначення вважається описовим при використанні щодо зазначених у заявці товарів і послуг або у зв'язку з ними, якщо воно містить ту чи іншу їх характеристику, зокрема безпосередньо вказує на вид, якість, склад, кількість, властивості, призначення, цінність товарів і послуг, місце і час виготовлення чи збуту товарів або надання послуг тощо (п. 4.3.1.7. Правил). Для того, щоб позначення вважалось описовим повною мірою, воно повинно розкривати природу товару, його склад, властивості, що дають змогу ідентифікувати цей товар і визначають вибір цього товару покупцем¹⁹. Слід зауважити, що питання про описовий характер торговельної марки є одним із найскладніших, його вирішення досить часто є суб'єктивним. Так, в Україні надано правову охорону позначенню для горілки «Таврійська», проте спочатку було надано відмову у реєстрації позначень «Яготинське», «Яготинський», «Яготинська» відповідно до молока, сиру та сметани. Тому дану норму Правил слід конкретизувати стосовно того, як визначити, що позначення є описовим, а також закріпити приблизний перелік запитань, за допомогою яких можна визначити, чи має позначення описовий характер. Сьогодні наведені вище позначення вже отримали правову охорону на підставі набуття розрізняльної здатності у зв'язку із використанням шляхом подання відповідних доказів та документів і заперечень у процедурі реєстрації позначень.

Таким чином, у зв'язку з великою кількістю відмов у реєстрації описових позначень *виникає необхідність виявлення критеріїв допустимості використання описових елементів під час розробки торговельних марок*: тут точки зору маркетологів та юристів розходяться. Це пов'язано з тим, що торговельна марка, окрім розрізняльної, виконує ще й рекламну функцію, тому маркетологи намагаються вкласти в зміст торговельної марки відомості про певні позитивні якості товару. З правової точки зору торговельна марка може повідомляти про певні переваги товару, але не прямо, а опосередковано, за допомогою аналогій.

Наступну групу позначень, що зазвичай не мають розрізняльної здатності, становлять позначення, які стали загальноживаними як позначення товарів і послуг певного виду, наприклад пшениця «Миронівська», корова «Українська чорно-ряба», хліб «Український», вода «Лимонад» тощо. Відповідно до п. 4.3.1.5. *Правил загальноживаним як позначення товару (послуги) певного виду* є позначення, які використовуються для певних товарів і які, внаслідок їх тривалого використання для одного й того ж товару такого ж виду різними виробниками, стали видовими або родовими поняттями. Тобто, це може бути: номенклатурна (загальна, родова, видова) назва товару; назва певного живого організму (сорту рослин, породи тварин, штаму мікроорганізму тощо); назва певного іншого товару (послуги), яка добросовісно застосовується при його (її) маркуванні кількома незалежними одна від одної особами. Подібні позначення безпосередньо пов'язані з об'єктом маркування, тому не можуть виконувати функцію індивідуалізації.

Внаслідок універсалізації застосування деякі товарні знаки в очах масового споживача стають назвою певного виду товару²⁰, тобто в результаті масового та тривалого застосування знак стає «вільним» позначенням, він асоціюється не з виробником, а з певним видом продукції (що сталося з позначенням Ramblers), що являє собою проблему для власників торговельних марок. Вони повністю чи значною мірою втрачають здатність бути засобом індивідуалізації виробів, викликали уявлення про джерело їх походження, в результаті чого перестають виконувати функції товарних знаків²¹. Існує певна методика проведення маркетингової політики підприємства, що дає змогу уникнути зазначених проблем, відповідні рекомендації розробляються в рамках Всесвітньої організації інтелектуальної власності, тому бажано було б прийняти відповідні Реко-

ментації для власників торговельних марок щодо їх використання у господарському та цивільному обороті на національному рівні, щоб унеможливити втрату останніми розрізняльної здатності. Проведення ж розумної маркетингової політики сприяє постійному зростанню вартості торговельної марки серед активів підприємства і, навпаки, посилює її розрізняльну здатність.

Нарешті, *не мають розрізняльної здатності позначення, які є загальнозживаними символами чи термінами*. Відповідно до п. 4.3.1.6. Правил загальнозживаним символом вважається стале позначення, що символізує певну галузь господарства чи сферу діяльності, до якої належать товари чи послуги, зазначені у заявці; умовне позначення, що застосовується в різних галузях науки і техніки. Загальнозживаним терміном вважається лексична одиниця, притаманна певній галузі науки й технології, тобто слово або словосполучення, що означає чітко окреслене спеціальне поняття в якій-небудь сфері знань.

У абзаці восьмому п. 2 ст. 6 Закону, п. 4.3.1.8. Правил вказується на те, що всі перелічені вище позначення, які не мають розрізняльної здатності, можуть бути внесені до знака як елементи, що не охороняються, якщо вони не будуть займати домінуючого положення в зображенні знака. Дану норму слід конкретизувати стосовно того, як визначити, що позначення займає домінуюче положення в торговельній марці, а також закріпити приблизний перелік факторів, за допомогою яких можна визначити, чи займає позначення домінуюче положення в торговельній марці. Дане питання може бути окремим предметом дослідження.

Подібні символи, наведені вище, позбавлені будь-яких індивідуальних рис, не здатні виконувати функцію розмежувального характеру. Проте в окремих випадках можливі винятки із зазначеного правила. Позначення, звичайно не придатне для вирізнення товарів і послуг, може стати придатним для вирізнення товару чи послуги внаслідок його використання. Це і є правилом про набуття позначенням розрізняльної здатності у процесі використання. Як було зазначено вище, розрізняльна здатність означає здатність позначення індивідуалізувати товар завдяки своєрідним, оригінальним, відмітним рисам, які можуть знаходити свій прояв як у формі, так і у змісті позначення, що використовується у якості торговельної марки. Тобто, *встановити наявність розрізняльної здатності можна шляхом аналізу форми і змісту позначення для виявлення у ньому оригінальних рис*.

Вважається, що *краще індивідуалізувати товар може таке позначення, при виборі якого враховано таку ознаку торговельної марки, як умовність позначення*. Індивідуалізація товарів та послуг, а також опосередковано й виробника, відбувається завдяки тому, що у свідомості споживача виникають асоціативні образи, які вказують на зв'язок між позначенням і певним товаром, послугою, і врешті-решт виробником. *Якість відповідних асоціацій, які викликає у споживача торговельна марка, є індикатором її розрізняльної здатності*. Перевірка того, чи має позначення розрізняльну здатність, здійснюється на етапі його реєстрації у якості торговельної марки.

У ст. 15 п. 1 Угоди ТРІПС²² закріплено норму: «якщо позначення не має розрізняльної здатності стосовно відповідних товарів та послуг, країни-учасниці можуть поставити можливість реєстрації знака в залежності від розрізняльної здатності, набутої у процесі використання». У такому випадку патентному відомству необхідно враховувати інші фактори, що дають змогу встановити наявність у споживачів якісного асоціативного зв'язку між позначенням та товарами і послугами, які ним позначаються, або, іншими словами, 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.

У літературі вже порушувалось питання про *групи товарів, щодо яких позначення може набути розрізняльної здатності у процесі використання; коло позначень, щодо яких можна застосувати дане правило; момент, з якого позначення повинно набути розрізняльну здатність*²³. Проте крім даних умов, до критеріїв застосування даного 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 із даним правилом норми Паризької конвенції²⁴, якими встановлено *винятки із національного режиму стосовно застосування критерію розрізняльної здатності*. Так, якщо деякі суттєві розбіжності у національному законодавстві окремих країн-учасниць Союзу не допускають реєстрацію у якості товарного знака позначення, зареєстрованого у 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 Союзу²⁵. 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 нема 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, у 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 товар-

ного знака у іншій країні, ця країна не зобов'язана його реєструвати або охороняти²⁶. Зазвичай законодавство про товарні знаки кожної країни містить норму, що визначає коло позначень, які можуть бути об'єктом торговельної марки. Прикладом застосування даної норми в Україні може стати реєстрація торговельної марки CAPRI тютюновою компанією Браун енд Вільямсом Тобакко Корпорейшн, США, стосовно товарів 34 класу МКТП: тютюну, приладдя для паління, сірники.

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. На практиці можуть виникати ситуації, коли знаку, що реєструється в іноземній державі на основі попередньої реєстрації, можна буде відмовити у правовій охороні на підставах, встановлених у ст. 6 *quinquies* B. – (1), (2), (3) Паризької конвенції. 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: передусім стосовно кола позначень, до яких можна застосувати дану норму, йдеться про вирішення питання, чи відповідає знак правовій охороні. Г. Боденхаузен зазначає, що 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 вирізняльних рис, в результаті тривалого його використання набув інше, вторинне значення, яке надало йому вирізняльний характер; або фактичні обставини інколи показують, 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 громадськість²⁷. 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 застосувати правило про врахування усіх фактичних обставин використання знака. Перелік же усіх фактичних обставин, які слід враховувати, щоб визначити, чи може знак бути предметом охорони, не розкривається ні у Паризькій конвенції, ні у коментарі до нього, окрім однієї з них – тривалість використання, якій надано певну перевагу. Зокрема, відповідно до коментаря до Паризької конвенції враховуватися може як факт використання позначення на території країни, де вимагається правова охорона, так і на території інших держав²⁸. Одразу слід зазначити, що перелік додаткових матеріалів, якими можна підтвердити відповідні фактичні обставини у Паризькій конвенції, не визначено, так само як і у чинному національному законодавстві. Також 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 п. D ст. 6 *quinquies* встановлює правило, що стосується усієї ст. 6 *quinquies* Паризької конвенції, якою встановлено виключний випадок, коли реєстрація повністю залежить від реєстрації у країні походження²⁹. Тобто, обидва принципи, встановлені у пунктах A та C ст. 6 *quinquies* Паризької конвенції, об'єднують те, що вони застосовуються у тому випадку, якщо знак зареєстровано у країні походження.

Враховуючи норми Угоди ТРІПС, яка стосується удосконалення національних законодавств держав-учасниць та імплементована у національні законодавства, не слід обмежувати можливість застосування правила про набуття позначенням розрізняльної здатності у процесі використання умовою про реєстрацію, 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. Адже для тих позначень, які вперше реєструються саме на території України, особливо якщо це здійснюється національними виробниками, може й не існувати такої. Відповідно, мають бути розглянуті усі можливі умови набуття позначенням розрізняльної здатності у процесі використання з наявного переліку при першій реєстрації знака саме в Україні.

Вітчизняна правозастосовна практика, наприклад, справи щодо позначень ГРІНВІЧ та CAPRI³⁰, а також 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.³¹ за аналогією були взяті за основу для визначення переліку факторів, які слід враховувати під час вирішення питання, чи стало позначення придатним для вирішення товару чи послуги внаслідок його використання, тобто чи набуло позначення другорядного значення у процесі використання, і відображені у Методичних рекомендаціях з окремих питань проведення експертизи на знак для товарів і послуг³². З викладеного вище випливає, що на набуття позначенням розрізняльної здатності у процесі використання у цивільному обороті впливають такі фактори: 1) тривалість, територія, обсяг використання позначення; 2) ступінь відомості позначення; 3) факт реєстрації позначення на певній території на ім'я того самого заявника тощо.

Слід також звернути увагу, що уніфіковане законодавство Європейського Союзу встановлює момент, з якого позначення може набути розрізняльної здатності. Зазвичай набуття розрізняльної здатності внаслідок використання має статися до дати подання заявки на його реєстрацію у якості торговельної марки. Проте зазна-

часться, що будь-яка держава-член може передбачити, що дане позначення може набути розрізняльну здатність після подання заявки про реєстрацію чи після дати реєстрації (ст. 3 п. 3 Першої Директиви Ради ЄС 89/104/ЄЕС).

Отже, можемо зробити висновок, що у даній статті продовжено дослідження особливостей правового регулювання набуття розрізняльної здатності позначеннями у процесі використання та його врахування під час національної реєстрації.

У Паризькій конвенції серед виняткових випадків, коли іноземному заявнику, який зареєстрував свій знак у країні походження, може бути відмовлено в реєстрації чи визнано недійсним його знак в інших країнах Союзу, передбачено 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 узвичаєних торговельних звичаях країни, де потрібна охорона (ст. 6 *quinquies* B2). А правила про винятки, закріплені у нормах ст. 6 *quinquies* A та ст. 6 *quinquies* C (1) згідно зі ст. 6 *quinquies* D стосуються лише знаків, попередньо зареєстрованих у країні походження. Угода ТРІПС пішла далі у формулюванні даної норми і дозволяє поставити можливість реєстрації знака в залежність від розрізняльної здатності, набутої у процесі використання. При цьому фактори, які дозволять встановити, що позначення стало придатним для вирізнення товару чи послуги у процесі його використання Угода ТРІПС не визначає і залишає на розсуд кожної країни-учасниці.

Відповідно до національного законодавства, з точки зору форми, через відсутність розрізняльних ознак, до реєстрації не приймаються позначення, які є: 1) однією літерою, цифрою, лінією, простою геометричною фігурою, що не має характерного графічного виконання; 2) реалістичним 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 (п. 4.3.1.4. Правил). До змісту торговельної марки висуваються наступні основні вимоги. Позначення не повинно бути: 1) описовим при використанні щодо зазначених у заявці товарів і послуг або у зв'язку з ними; 2) загальноживаним як позначення товару (послуги) певного виду; 3) загальноживаним символом чи терміном (підпункти б), в), г) п. 4.3.1.3. Правил). Обидва аспекти, як бачимо, форма та змістове наповнення знака певним чином збігаються з нормою Паризької конвенції, яка стосується іноземних заявників. Встановити наявність розрізняльної здатності можна шляхом аналізу форми і змісту позначення для виявлення у ньому оригінальних рис. Відповідно до вищевказаних норм, символи, позбавлені будь-яких індивідуальних рис як за формою, так і за змістом, не здатні виконувати функцію розмежувального характеру. Проте в окремих випадках можливі винятки із зазначеного правила. Позначення, звичайно не придатне для вирізнення товарів і послуг, може стати придатним для вирізнення товару чи послуги внаслідок його використання. Це і є правилом про набуття позначенням розрізняльної здатності у процесі використання.

Сьогодні напрямом удосконалення національного законодавства України із даного питання є визначення у відповідному Законі та Правилах: 1) кола позначень, щодо яких можна застосувати дане правило (як зареєстровані, так і не зареєстровані; за видами знаків (прості та складні); 2) обсяг застосування даного правила (щодо перевірки на відповідність критерію розрізняльної здатності або ж щодо відповідності й іншим критеріям охороноздатності, крім умови про відповідність публічному порядку, принципам гуманності та моралі); 3) групи товарів, щодо яких позначення може набути розрізняльну здатність у процесі використання; 4) момент, з якого позначення повинно набути розрізняльну здатність (до дати подання заявки на реєстрацію; після подання заявки про реєстрацію чи після дати реєстрації); 5) фактори, які свідчать про те, що позначення набуло розрізняльної здатності у процесі використання та докази, якими це можна підтвердити (тривалість, територія, обсяг використання позначення; ступінь відомості позначення; факт реєстрації позначення на певній території на ім'я того самого заявника).

Також у зв'язку з великою кількістю відмов у реєстрації описових позначень виникає необхідність виявлення критеріїв допустимості використання описових елементів під час розробки торговельних марок та їх відображення у відповідних Рекомендаціях. Бажано було б прийняти відповідні Рекомендації для власників торговельних марок щодо їх використання (у господарському та цивільному обороті), щоб унеможливити втрату останніми розрізняльної здатності внаслідок універсалізації застосування і перетворення їх на видове поняття і на національному рівні.

¹ Ариєвич Е. А. Новизна обозначений, заявляемых для регистрации в качестве словесных товарных знаков / Е. А. Ариєвич // Вопросы изобретательства. – 1979. – № 10. – С. 36–38.

² Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности : комментарий / Г. Боденхаузен ; под ред. М. М. Богуславского ; пер. Н. Л. Туманова. – М. : Прогресс, 1977. – 310 с.

³ Григорьев А. Различительная способность – главный критерий охраноспособности товарного знака / А. Григорьев // Интеллектуальная собственность. – 1994. – № 5–6. – С. 19–21.

⁴ Горленко С. А. О принципе обязательного использования товарных знаков / С. А. Горленко // Вопросы изобретательства. – 1973. – № 4. – С. 33–35.

⁵ Городов О. А. Право на средства индивидуализации : учеб.-практ. пособ. / О. А. Городов. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 448 с.

⁶ 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.

⁷ Кашинцева О. Ю. Правовая охрана знаков для товаров и услуг в Украине : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04. «Господарське право; арбітражний процес» / О. Ю. Кашинцева – К., 2000. – 24 с.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ Рабец А. П. Гражданско-правовые вопросы охраны товарных знаков в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Рабец Анна Петровна. – Владивосток, 2002. – 258 с.

¹¹ Свядосц Ю. И. Правовая охрана товарных знаков в капиталистических странах / Ю. И. Свядосц. – М. : ЦНИПИ, 1969. – 192 с.

¹² Фюннер А. Регистрация и использование товарных знаков украинских предприятий в Европе – новые возможности / Александр фон Фюннер // Интеллектуальная собственность. – 2004. – № 8. – С. 11–19.

¹³ Городов О. А. Право на средства индивидуализации : учеб.-практ. пособ. / О. А. Городов. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – С. 58.

¹⁴ Рабец А. П. Вказана праця. – С. 46.

¹⁵ Кашинцева О. Ю. Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04. «Господарське право; арбітражний проце» / О. Ю. Кашинцева – К., 2000. – 24 с.

¹⁶ Про затвердження Правил складання і подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг : наказ Державного патентного відомства України від 28 липня 1995 р. № 116 : [станом на 14 червня 2011 р.].

¹⁷ Свядосц Ю. И. Вказана праця. – С. 38.

¹⁸ Григорьев А. Вказана праця. – С. 20.

¹⁹ Григорьев А. Вказана праця.

²⁰ Свядосц Ю. И. Вказана праця. – С. 44.

²¹ Свядосц Ю. И. Вказана праця.

²² Угода про торговельні аспекти прав на інтелектуальну власність від 15 квітня 1994 р. // Право интеллектуальной собственности : торговые аспекты / Г. Андрощук, П. Крайнев, И. Кавасс. – К. : Издат. дом «Ин Юре», 2000. – 164 с.

²³ Демченко Т. С. Вказана праця. – С. 92.

²⁴ Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. : станом на 25 грудня 1991 р. // Зібр. чинних міжнар. договорів України. – 1990. – № 1. – Ст. 320.

²⁵ Боденхаузен Г. Вказана праця. – С. 124–126.

²⁶ Боденхаузен Г. Вказана праця. – С. 127–129.

²⁷ Боденхаузен Г. Вказана праця. – С. 137.

²⁸ Боденхаузен Г. Вказана праця.

²⁹ Боденхаузен Г. Вказана праця. – С. 140.

³⁰ Макаришева Т. Оманливість – стовідсоткова підстава для відмови? / Тетяна Макаришева // Інтелектуальна власність. – 2006. – № 2. – С. 19–22.

³¹ Совместная рекомендация о положениях в отношении охраны общеизвестных знаков, принята Ассамблеей Парижского союза по охране промышленной собственности и Генеральной Ассамблеей Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) на тридцать четвертой серии заседаний Ассамблей государств-членов ВОИС 20–29 сентября 1999 г. // Публикация Всемирной организации интеллектуальной собственности. – Женева 2000 г. – № 833 (R). – 20 с. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.wipo.int/about-ip/ru/docs/pub833.pdf>

³² 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

Резюме

Рассомахіна О. А. Набуття розрізняльної здатності позначеннями, які реєструються вперше в Україні.

У статті досліджено особливості правового визначення та закріплення у національному законодавстві такого критерію охороноздатності торговельних марок, як розрізняльна здатність. Основну увагу приділено відповідним нормам Паризької конвенції з охорони промислової власності, Угоди ТРИПС та спеціальних нормативно-правових актів у даній сфері. За результатами дослідження визначено напрями удосконалення Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» та Правил складання і подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг щодо визначення умов застосування даного критерію.

Ключові слова: торговельна марка, розрізняльна здатність, набуття прав інтелектуальної власності на торговельну марку, державна реєстрація прав на торговельну марку, національна реєстрація, набуття прав на основі використання.

Резюме

Рассомахина О. А. Приобретение различительной способности обозначениями, которые регистрируются впервые в Украине.

В статье исследованы особенности правового определения и закрепления в национальном законодательстве такого критерия охраноспособности товарных знаков, как различительная способность. Основное внимание уделено соответствующим нормам Парижской конвенции по охране промышленной собственности, Соглашения ТРИПС и специальных нормативно-правовых актов в данной сфере. По результатам исследования определены направления совершенствования Закона Украины «Об охране прав на знаки для товаров и услуг» и Правил составления и подачи заявки на выдачу свидетельства Украины на знак для товаров и услуг относительно определения условий применения данного критерия.

Ключевые слова: товарный знак, различительная способность, приобретение прав интеллектуальной собственности на товарный знак, государственная регистрация прав на товарный знак, национальная регистрация, приобретение прав на товарный знак на основе использования.

Summary

Rassomakhina O. Acquired distinctiveness for trademarks that are registering for the first time in Ukraine.

In the article are investigated the peculiarities of the legal definitions and consolidation in the national legislation of such a criterion for protection of trademarks like distinctive character. The work is based on certain standards of the Paris Convention for the Protection of

Industrial Property, of the TRIPS Agreement, and special legal acts in this area. The study identifies areas for improvement of the Law of Ukraine "On Protection of Rights to Marks for Goods and Services" and of the Rules of preparation and submission of application for issuance of a certificate of Ukraine on sign for goods and services with respect to determining the conditions of application of this criterion.

Key words: distinctive character of trademark, the acquisition of intellectual property rights to the trademark, the state registration of trademark rights, national registration, acquisition of rights through use.

УДК 347.77.038

Л. Л. ТАРАСЕНКО

Леонід Леонідович Тарасенко, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка, адвокат

ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ЩОДО ПОРУШЕННЯ ПАТЕНТНИХ ПРАВ

Актуальність цієї теми дослідження зумовлена тим, що кількість судових спорів щодо порушення прав на винаходи, корисні промислові зразки неухильно зростає. Закони України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» та «Про охорону прав на промислові зразки» не врегульовують належним чином відносини, пов'язані з вирішенням спорів на ці об'єкти патентних прав, оскільки вказують лише на перелік можливих патентних спорів. Вказівка на способи захисту міститься у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) та Господарському кодексі України (далі – ГК України). У цивільному судочинстві відсутні роз'яснення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ з питань патентного права. Натомість постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 р. № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності»¹, яка є дуже корисною для судів при розгляді справ цієї категорії, містить тлумачення та аналіз лише кількох аспектів вирішення патентних спорів. Тому і судова практика як в рамках цивільного, так і господарського судочинства щодо захисту прав винахідників (інших суб'єктів патентних прав) не є уніфікованою, судові справи часто направляються касаційною інстанцією на новий розгляд у зв'язку з неналежним з'ясуванням всіх обставин справи та неправильним застосуванням норми матеріального права. Відтак тематика патентних спорів є актуальною для наукового дослідження.

У науковій літературі відсутні монографічні праці щодо вирішення патентних спорів. Слід звернути увагу на такі дисертаційні роботи: О. М. Мельник («Цивільно-правова охорона інтелектуальної власності в Україні», 2004 р.²), Є. Ш. Гарєєва («Правова охорона винаходів», 2007 р.³), однак вказані дослідження не охоплювали питання захисту прав на винаходи та корисні моделі. Винятком є дисертаційне дослідження Л. Л. Давид «Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав на промисловий зразок», 2015 р.⁴, проте воно стосувалося лише окремих аспектів здійснення прав на промислові зразки. Навчальні підручники та посібники, а також статті в періодичних фахових виданнях також належним чином не висвітлюють вказаної проблематики. Тому проблематика захисту прав винахідників, інших осіб, яким належать майнові права інтелектуальної власності на об'єкти патентних прав, потребує більш детального наукового дослідження.

Метою цієї статті є здійснення аналізу правових норм, які врегульовують відносини щодо здійснення та захисту патентних прав, аналізу теоретичних позицій і судової практики, а також висунення пропозицій для вдосконалення правового регулювання цих відносин.

Відносини інтелектуальної власності, пов'язані з охороною прав на винаходи і корисні моделі, врегульовано як на міжнародному рівні, так і на рівні національного законодавства. Основним міжнародним нормативно-правовим актом є Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. (з наступними змінами та доповненнями), яка набула чинності для України у 1991 році. Конвенція містить загальні засади охорони прав інтелектуальної власності на винаходи (корисні моделі) та інші об'єкти промислової власності. Відповідно до ст. 1 конвенції промислова власність розуміється в найбільш широкому значенні і розповсюджується не тільки на промисловість і торгівлю, а й на галузі сільськогосподарського виробництва і добувної промисловості та на всі продукти промислового чи природного походження. При цьому об'єктами охорони промислової власності є патенти на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, товарні знаки, знаки обслуговування, фірмові найменування та вказівки про походження чи найменування місця походження, а також припинення недобросовісної конкуренції.

Норми щодо охорони та захисту патентних прав у законодавстві України потребують вдосконалення. Зокрема, на відміну від Закону України «Про авторське право і суміжні права» (розділ V закону, який визначає види порушень авторського права (суміжних прав), порядок захисту, спеціальні способи захисту прав, способи забезпечення позову у справах про порушення авторського права і суміжних прав), законодавство про винаходи (корисні моделі), промислові зразки містить лише дві спеціальні статті про порушення прав власника патенту та способи захисту прав. Йдеться про ст.ст. 34, 35 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», ст.ст. 26, 27 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки». Однак ці норми лише поверхово

визначають будь-яке посягання на права власника патенту, що передбачені цими законами, вважається порушенням прав власника патенту, що тягне за собою відповідальність згідно з чинним законодавством України. До того ж, статті вказаних законів про способи захисту прав за змістом передбачають лише види спорів, які можуть вирішуватися судами. Положень щодо спеціальних способів захисту патентних прав ці норми не містять.

Зокрема, ст. 35 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (як і ст. 27 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки») хоча і має назву «Способи захисту прав», однак за змістом містить зовсім інші положення. У ч. 1 цих статей йдеться про порядок захисту (судовий або інший передбачений законом). У ч. 2 цих статей зазначено перелік спорів, які суди вирішують відповідно до їх компетенції, зокрема, це спори про:

- авторство на винахід (корисну модель), промисловий зразок;
- встановлення факту використання винаходу (корисної моделі), промисловий зразок;
- встановлення власника патенту;
- порушення прав власника патенту;
- укладання та виконання ліцензійних договорів;
- право попереднього користування;
- компенсації.

Вказаний перелік спорів не є вичерпним. Можуть виникати й інші обставини, які зумовлюватимуть необхідність захисту прав патентовласника. Споры щодо захисту прав на винаходи (корисні моделі), промислові зразки вирішуються у позовному провадженні у порядку цивільного або господарського судочинства. В окремому провадженні ці справи розглядатися не можуть, оскільки завжди існує спір про право між позивачем та відповідачем. Навіть у спорі про встановлення факту використання винаходу (корисної моделі) йдеться не про встановлення факту, що має юридичне значення, а про встановлення факту порушення майнових прав патентовласника на винахід (корисну модель), промисловий зразок. Ця обставина входить до предмета доказування позовних вимог власника патенту (іншої особи, якій належать майнові права) у справі про припинення такого незаконного використання винаходу (корисної моделі), промислового зразка.

Вид судочинства залежить від суб'єктного складу розгляду справи, зокрема, спори між суб'єктами господарювання вирішуються господарським судом.

Перелік судових спорів дає можливість опосередковано зробити висновок про можливі способи захисту патентних прав. Водночас встановлення факту використання винаходу (корисної моделі), промислового зразка, порушення прав власника патенту, укладання та виконання ліцензійних договорів не є способами захисту прав. Це обставини, які підлягають встановленню під час судового розгляду справи, та є підставою позову.

Отже, вважаємо, що патентне законодавство України (Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», Закон України «Про охорону прав на промислові зразки») слід доповнити нормами про види порушень патентних прав, про спеціальні способи захисту прав на винаходи (корисні моделі), промислові зразки. Зокрема, аналіз законодавства і судової практики допомагає зробити висновок, що до спеціальних способів захисту власника патенту (або іншої особи, якій належать права на винахід, корисну модель, промисловий зразок) належать вимоги про:

- визнання недійсним патенту на винахід (корисну модель), промисловий зразок;
- зобов'язання Державної служби інтелектуальної власності України внести до Державного реєстру патентів України відомості стосовно визнання недійсними відповідного патенту на винахід (корисну модель), промисловий зразок та здійснити публікацію про це в офіційному бюлетені «Промислова власність»;
- зупинення пропуску через митний кордон України товарів, імпорту чи експорту яких здійснюється з порушенням прав патентовласника;
- вилучення з цивільного обороту товарів, виготовлених або введених у цивільний оборот з порушенням прав власника патенту та знищення таких товарів;
- вилучення з цивільного обороту матеріалів та знарядь, які використовувалися переважно для виготовлення товарів з порушенням права інтелектуальної власності або вилучення і знищення таких матеріалів та знарядь;
- заборона відповідачу вчиняти певні дії, пов'язані з використанням винаходу (корисної моделі), промислового зразка;
- опублікування в засобах масової інформації відомостей про порушення права інтелектуальної власності та зміст судового рішення щодо такого порушення та ін.

Закріплення норм про види порушень прав власника патенту та спеціальні способи захисту у відповідних законах про охорону прав на винаходи, корисні моделі, промислові зразки дасть змогу вдосконалити законодавчі положення щодо здійснення права патентовласника, іншої особи, якій належать права інтелектуальної власності, на захист.

Слід наголосити, що порушенням прав патентовласника визнається будь-яке використання винаходу (корисної моделі), що здійснюється без його дозволу, крім випадків, прямо передбачених законом (йдеться про дії, які не визнаються порушенням прав патентовласника, передбачені ст. 31 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»: право попереднього користувача, використання без комерційної мети, з науковою метою, в порядку експерименту, за надзвичайних обставин тощо). У Законі України «Про охорону прав на промислові зразки» містяться такі ж правові норми щодо дій, які не визнаються порушенням прав власника патенту на промисловий зразок (ст. 22 Закону).

За патентно-правовою системою охорони захист прав інтелектуальної власності надається проти будь-якого несанкціонованого використання іншою особою винаходу, корисної моделі, промислового зразка. Такі дії вважаються порушенням незалежно від того, чи був цей винахід (корисна модель) свідомо використаний іншою особою або ці об'єкти були створені іншою особою в результаті її власної творчої діяльності, але вже після публікації відомостей про видачу відповідного патенту про їх охорону. Тому, як зазначає ВГС України у п. 82, 83-1 постанови Пленуму «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності», будь-яке несанкціоноване використання прав інтелектуальної власності на зазначені об'єкти іншими особами є встановленим фактом недоговірного порушення патентних прав, яке відповідно до закону не доводиться при розгляді справи.

Факт використання винаходу (корисної моделі) встановлюється шляхом порівняння ознак об'єкта, який впроваджується (виробляється, використовується, реалізується) на практиці, із сукупністю ознак, наведених у формулі винаходу (корисної моделі) патентовласника. У науковій літературі наголошують, що для того, щоб встановити, чи підпадає спірний об'єкт під поняття, зазначене у формулі, необхідно перевірити наявність у ньому сукупності всіх ознак формули, незалежно від того, є вони родовими чи індивідуальними⁵.

Слід також врахувати позицію Верховного Суду України, який наголошує, що для встановлення того, що продукт виготовлений із застосуванням винаходу, необхідно проводити оцінку формули винаходу та вирішувати питання про використання ознак такої формули у продукті⁶.

Цікавою є також позиція, висловлена у науковій літературі, щодо тлумачення формули винаходу. Зокрема, існує два підходи: «центральный» та «периферійний». При першому підході суд намагається виявити суть винаходу з формули і опису винаходу на основі загальних знань і з урахуванням сучасного рівня техніки. Потім з'ясовують, чи дійсно у випадку, що розглядається, продукція включає елементи, що являють собою суть винаходу. При другому підході суд намагається визначити, яке рішення описує формула винаходу і чи дійсно рішення, яке є предметом судового спору, відповідає зазначеному в формулі винаходу⁷.

Вважаємо, що при вирішенні спорів про захист права інтелектуальної власності на винахід (корисну модель), промислові зразки судом лише за допомогою експертного дослідження можуть бути встановлені фактичні дані про:

- наявність новизни винаходу, корисної моделі, промислового зразка на дату подання заявки на видачу патенту або якщо заявлено пріоритет, на дату пріоритету (порівняно з протиставленим винаходом (корисною моделлю) або відомим технічним рішенням);

- наявність у винаходу винахідницького рівня, тобто чи не впливає він явно з рівня техніки (не є очевидним для фахівця);

- відповідність корисної моделі умові патентоспроможності «промислова придатність»;

- наявність у формулі запатентованого винаходу (корисної моделі) усіх ознак, які були у поданій заявці.

У процесі вирішення спору між сторонами можуть виникнути розбіжності стосовно можливого виготовлення продукту із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі). Відповідно до п. 6 постанови Пленуму ВГС України «Про деякі питання практики призначення судових експертів у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності» суд залежно від обставин справи повинен запропонувати судовому експерту дослідити такі питання:

- чи використано у процесі виготовлення продукту кожен ознаку, включену до незалежного пункту формули винаходу, або ознаку, еквівалентну їй;

- чи є новим продукт, виготовлений із застосуванням запатентованого процесу (способу).

У спорах про встановлення авторства на винахід (корисну модель), промисловий зразок ці вимоги можуть поєднуватися з вимогою про визнання патенту недійсним, оскільки видача патенту відбулася з порушенням прав позивача (автора винаходу, корисної моделі). Авторство на винахід засвідчується патентом. Тому, вважаємо, особа, вказана у патенті як автор винаходу, не може звернутися до суду з позовною вимогою про встановлення її авторства.

Так, у судовій справі за позовом особи 1 та особи 2 до Фонду цивільних досліджень «U.S. Civilian Research & Development Foundation» Виконавчого комітету Львівської міської ради позивачі звернулись до суду з позовом, в якому просять стягнути з відповідачів винагороду за створення винаходів, а також визнати їх співавторами винаходів. В обґрунтування позову позивачі зазначають, що вони є авторами та співавторами винаходів, захищених патентом СРСР на винахід «Способ хранения сельскохозяйственной продукции», патентом України на винахід «Способ збереження сільськогосподарської продукції», деклараційним патентом України на винахід «Способ збереження зерна» та патентом України на корисну модель «Сховище для зерна». Відповідачі вчиняють дії, пов'язані з використанням вказаних винаходів (корисних моделей). Суд відмовив у задоволенні позову, оскільки, по-перше, вимоги позивачів про визнання їх співавторами винаходів є безпідставними, адже їх авторство на винаходи жодним чином не оспорується, і вони представили суду патенти, видані на їх імена, по-друге, на момент звернення до суду позивачі не були володільцями жодного з вказаних ними патентів на винахід чи корисну модель (у зв'язку з закінченням строку чинності майнових прав інтелектуальної власності)⁸. Рішення суду є законним та обґрунтованим, оскільки право авторства позивачів на винаходи ні відповідачами, ні іншими особами не оспоровалося. Позивачі були вказані винахідниками у відповідних охоронних документах. Натомість майнові права інтелектуальної власності на винахід і корисну модель вже не були чинними у зв'язку зі спливом строків їх правової охорони.

Інколи виникають спори щодо виплати винагороди авторам винаходів (корисних моделей). Зазвичай в таких справах йдеться про винагороду за використання службових винаходів. Така винагорода присуджується-

ся за умови доведення факту її невиконання. Однак якщо роботодавець не сплатив щорічного збору за продовження дії патенту (відповідно до вимог ч. 2 ст. 32 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»), суди констатують, що дія патенту припинена, і права, які з нього випливають, також припинилися. Відтак відмовляють винахідникам в задоволенні позову про стягнення винагороди з роботодавця. При цьому нерідко не має правового значення факт подальшого використання винаходу (корисної моделі) на виробництві відповідачем (роботодавцем) за патентом, який припинив свою дію. Вважаємо, що у таких випадках відносини сторін щодо виплати винагороди повинні врегульовуватися договором, що укладається між винахідником і роботодавцем. Саме в договорі мають бути визначені умови та розмір грошової винагороди за створення і використання винаходу (корисної моделі).

Так, у судовій справі за позовом особи_1 і особи_2 до ТзОВ «Науково-біотехнологічний центр «Ензіфарм» про визнання права власності на патенти та відшкодування збитків суд встановив наступне. Позивачі зазначають, що приймали участь у дослідній роботі щодо кількох лікарських препаратів, яка передувала отриманню патентів на винаходи, в яких позивачі вказані як винахідники. Водночас позивачі вважають, що мали б бути власниками вказаних патентів та отримувати винагороду внаслідок їх використання. Позивачі стверджують, що з урахуванням того, що протягом тривалого часу патенти використовувалися відповідачем без виплати винагороди позивачам, їм також завдано збитків. Суд встановив, що позивачі були обізнані з тим, що вони зазначені у патенті на винахід як винахідники. Також позивачі були обізнані з тим, що право на отримання патенту за вказаною заявкою вони передали юридичній особі – відповідачу. Зокрема, позивачі як співавтори винаходу підписали договір про переуступку права на патент відповідачу, усвідомлюючи, що передають відповідачу право на отримання патенту на винахід. Проте позивачі не знали, що не набудуть права на вказаний винахід та не стануть власниками патенту. Суд вказав, що незнання вказаними фізичними особами положень чинного законодавства України та неусвідомлення різниці між поняттями «винахідник», «заявник», «власник патенту» на момент виникнення правовідносин щодо патентування винаходу не може слугувати підставою для визнання за позивачами права на патент на вказаний винахід. Суд також вказав, що позивачам ніколи не належали майнові права на вказані ними винаходи, бо власником патентів був відповідач. У зв'язку з вказаним позивачам було відмовлено в задоволенні позову». При вирішенні позовної вимоги про стягнення винагороди за створення винаходу суд повинен був врахувати умови договору, що був укладений між винахідниками і юридичною особою – відповідачем, якій було переуступлено право на подання заявки на винахід. Враховуючи те, що позивачі і відповідач не перебували у трудових відносинах, саме у цьому договорі сторони повинні були передбачити розмір та порядок виплати винагороди позивачам.

Попри законодавчу вказівку про можливість стягнення компенсації у спорах про захист прав на винахід (корисну модель), промисловий зразок, порядку та механізму її стягнення законом не передбачено. Відтак такий спосіб захисту як стягнення компенсації у патентних спорах не застосовується. Однак застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання винаходу (корисної моделі) могло б бути дієвим способом захисту. Цей спосіб захисту передбачений також і п. 5 ч. 2 ст. 432 ЦК України для захисту прав щодо всіх об'єктів інтелектуального права. Розмір стягнення повинен визначатися відповідно до спеціального закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення. На сьогодні таку компенсацію можна стягнути за порушення авторських або суміжних прав. Відповідно до ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права» суд має право постановити рішення про виплату компенсації, що визначається судом, у розмірі від 10 до 50000 мінімальних заробітних плат, замість відшкодування збитків або стягнення доходу. У Законі України «Про охорону прав на сорти рослин» також є аналогічна норма щодо розміру компенсації (п. г) ч. 1 ст. 55). Для належного захисту прав власника патенту на винахід (корисну модель), промисловий зразок доцільно запозичити такий спосіб захисту з унесенням відповідних змін до Законів України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», «Про охорону прав на промислові зразки». Зміни повинні містити умови, порядок стягнення компенсації за порушення прав інтелектуальної власності, її розмір. Компенсація є штрафною санкцією, яка застосовується незалежно від наявності (обґрунтованості) збитків.

Отже можемо зробити такі висновки.

1. Законодавство про винаходи (корисні моделі), промислові зразки містить лише дві спеціальні статті про порушення прав власника патенту та способи захисту прав (ст.ст. 34, 35 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», ст.ст. 26, 27 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки»). Норми цих законів про способи захисту прав на винаходи (корисні моделі), промислові зразки за змістом передбачають лише види спорів, які можуть вирішуватися судами, а не відповідні способи захисту. Положень щодо спеціальних способів захисту патентних прав ці норми не містять.

2. Спори щодо захисту прав на винаходи (корисні моделі), промислові зразки вирішуються у позовному провадженні у порядку цивільного або господарського судочинства. Вид судочинства залежить від суб'єктного складу розгляду справи, зокрема спори між суб'єктами господарювання вирішуються господарським судом.

3. Вважаємо, що патентне законодавство України слід доповнити нормами про види порушень патентних прав, про спеціальні способи захисту прав на винаходи (корисні моделі), промислові зразки, про які йшлося вище. Закріплення таких норм дасть змогу вдосконалити законодавчі положення щодо здійснення права патентовласника або іншої особи, якій належать права інтелектуальної власності, на захист.

4. Обґрунтовуємо, що відносини щодо виплати винагороди винахіднику роботодавцем (замовником) повинні врегульовуватися договором, який укладається між ними. Саме в такому договорі повинні бути визначені умови та розмір грошової винагороди за створення і використання винаходу (корисної моделі).

5. Для належного захисту прав власника патенту на винахід (корисну модель), промисловий зразок доцільно запозичити з авторського права такий спосіб захисту, як компенсація за порушення патентних прав з унесенням відповідних змін до Законів України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», «Про охорону прав на промислові зразки». Зміни повинні містити умови, порядок стягнення компенсації за порушення прав інтелектуальної власності, її розмір.

¹ Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності : постанова Пленуму Вишого господарського суду України від 17 жовтня 2012 р. № 12 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12>

² Мельник О. М. Цивільно-правова охорона інтелектуальної власності в Україні : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.03 / О. М. Мельник; Ін-т держ. і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2004. – 37 с.

³ Гареев Є. Ш. Правова охорона винаходів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Є. Ш. Гареев; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». – Одеса, 2007. – 20 с.

⁴ Давид Л. Л. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав на промисловий зразок : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Л. Л. Давид; Ген. прокуратура України, Нац. акад. прокуратури України. – К., 2015. – 20 с.

⁵ Кириченко Т. С. Захист патентного права на основі формули винаходу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Т. С. Кириченко; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2005. – С. 5.

⁶ Ухвала колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 25 червня 2008 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua>

⁷ Право інтелектуальної власності: Акад. курс: підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. – С. 378.

⁸ Рішення Галицького районного суду м. Львова від 27 березня 2014 р. Справа №461/11555/13-ц : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37974336>

⁹ Рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 12 березня 2014 р. Справа № 760/3993/13-ц : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37674680>

Резюме

Тарасенко Л. Л. Вирішення спорів щодо порушення патентних прав.

У статті досліджуються проблемні питання вирішення спорів щодо порушення прав інтелектуальної власності на винаходи, корисні моделі, промислові зразки. Здійснено аналіз правових норм чинного законодавства щодо порядку та способів захисту. Проаналізовано судову практику з тематики наукового дослідження. Зроблено висновок про необхідність вдосконалення законодавства про винаходи (корисні моделі), промислові зразки щодо визначення видів порушення прав власника патенту та способів захисту прав. Обґрунтовано, що відносини щодо виплати винагороди винахіднику роботодавцем (замовником) повинні врегулюватися договором, що укладається між ними. Визначено, що для належного захисту прав власника патенту на винахід (корисну модель), промисловий зразок доцільно запровадити такий спосіб захисту, як компенсація за порушення патентних прав із внесенням відповідних змін до Законів України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», «Про охорону прав на промислові зразки».

Ключові слова: патент, винахід, корисна модель, промисловий зразок, захист, порушення, суд.

Резюме

Тарасенко Л. Л. Разрешение споров о нарушении патентных прав.

В статье исследовались проблемные вопросы разрешения споров о нарушении прав интеллектуальной собственности на изобретения, полезные модели, промышленные образцы. Осуществлен анализ правовых норм действующего законодательства о порядке и способах защиты. Проанализирована судебная практика по тематике научного исследования. Сделаны выводы о необходимости совершенствования законодательства об изобретениях (полезные модели), промышленные образцы по определению видов нарушения прав владельца патента и способов защиты прав. Обосновано, что отношения по выплате вознаграждения изобретателю работодателем (заказчиком) должны регулироваться договором, заключаемым между ними. Определено, что для надлежащей защиты прав владельца патента на изобретение (полезную модель), промышленный образец целесообразно ввести такой способ защиты, как компенсация за нарушение патентных прав с внесением соответствующих изменений в Законы Украины «Об охране прав на изобретения и полезные модели», «Об охране прав на промышленные образцы».

Ключевые слова: патент, изобретение, полезная модель, промышленный образец, защита, нарушение, суд.

Summary

Tarasenko L. Settlement of patent infringement disputes.

In the article the author examines issues about violation of intellectual property rights for inventions, utility models, and industrial designs. The author analyzes the legal provisions of the current legislation on the procedure and methods of protection. Litigation on the subject of scientific study was analyzed. The author makes conclusions about the need to improve the legislation on inventions (utility models), industrial designs. These changes should determine the types of violations of the rights of the patents' owners and the methods of protection of these rights. The author proves that the relations concerning remuneration to the inventor by the employer (customer) should be regulated by the contract concluded between them. It's quite expedient to introduce such method of protection as compensation for patent infringement to properly protect the patent rights for invention (utility model), industrial design. Therefore it is necessary to amend the Law of Ukraine "About Protection of Rights to Inventions and Utility Models", "About Protection of Rights to Industrial Designs".

Key words: patent, invention, utility model, industrial design, protection, infringement, court.

Р. Ф. ЧЕРНИШ, Б. Ю. НАЗАРЧУК

Роман Федорович Черниш, кандидат юридичних наук, доцент Житомирського національного агро-екологічного університету

Богдан Юрійович Назарчук, незалежний експерт в галузі цивільного права

«ПАТЕНТНИЙ ТРОЛІНГ» ЯК ПЕРЕДУМОВА ДО ЗАГОСТРЕННЯ СУСПІЛЬНО-ПОЛІТИЧНОЇ СИТУАЦІЇ В ДЕРЖАВІ ТА ФОРМУВАННЯ НЕГАТИВНОГО ІМІДЖУ УКРАЇНИ НА МІЖНАРОДНІЙ АРЕНІ (ЗА ПРИКЛАДОМ ЖИТОМИРСЬКОЇ ОБЛАСТІ)

Зважаючи на реалії сьогодення, все частіше трапляються випадки зловживання з боку окремих неспівідомих громадян (суб'єктів господарської діяльності) правами інтелектуальної власності (у т.ч. «патентний тролінг»), за яких останні використовуються виключно як засіб для шантажу, здирництва, недобросовісної конкуренції та інших протиправних дій.

На жаль, в Україні «патентний тролінг» уже давно перейшов у сферу окремого прибуткового бізнесу, від якого потерпають насамперед імпортери, втрачаючи прибутки.

Особливо небезпечним вищевказане явище є наразі, адже на фоні ведення бойових дій на сході України¹, скрутного економічного становища в державі воно може призвести як до виникнення джерел соціальної напруги, так і формування іміджу України на міжнародній арені як такої держави, в якій нівелюються передбачені законом права та, в цілому, набув широкого поширення правовий нігілізм.

Окремі проблемні питання «патентного тролінгу» були результатами наукових досліджень як вітчизняних, так і зарубіжних науковців та юристів-практиків. Зокрема: Г. Андрощука, Л. Лінника, І. Кидалова, М. Котенка, А. Жарінової та ін. Однак до цього часу майже не розкритою залишається проблематика впливу вищевказаного негативного явища на розвиток суспільних процесів та передумови до формування протестного потенціалу як в межах конкретного регіону, так і держави в цілому.

Метою статті є розробка за результатами критичного аналізу національного законодавства пропозицій щодо внесення змін до чинних нормативно-правових актів у сфері патентування (правова регламентація, яка відповідає реаліям сьогодення, вдосконалення діючої процедури патентування тощо) з метою унеможливлення в подальшому виникнення такого антиправового явища, як «патентний тролінг».

Патент надає його власнику виключне право використовувати винахід (корисну модель) за своїм розсудом, якщо таке використання не порушує прав інших власників патентів². Однак протягом останніх років почастишали випадки так званого патентного тролінгу, тобто дій, за яких об'єкт права інтелектуальної власності патентується не з метою набуття виключних прав на застосування запатентованого об'єкта, а для отримання виключних прав заборонити іншим суб'єктам використовувати запатентований об'єкт без дозволу його власника – патентного тролія.

Поняття «патентний тролінг» виникло у США. Патентними троліями називали фірми, які фактично не займалися виробництвом, а лише скуповували патенти й ініціювали судові процеси з вимогою заборони виробництва або сплати роялті, заробляючи в такий спосіб гроші. Фактично патентні тролі в Америці не були ані виробниками, ані винахідниками, а володіли тільки майновими правами на об'єкт інтелектуальної власності і реалізовували ці права лише шляхом заборони, власне, тому і дістали таку назву³.

Перша масштабна хвиля патентних позовів сталася в 1880 роках, коли були зареєстровані десятки тисяч патентів на дрібні особливості відомих технологій. Наприклад, 6211 патентів на соху і плуг – «патентні акули», як їх тоді називали, тягли до суду фермерів, звинувачуючи їх у використанні чужої технології⁴.

Яскравим прикладом діяльності патентних тролів в наш час є функціонування компанії NTP Inc., яка «заробила» на патентній війні з компанією – виробником телефонів Blackberry понад 600 млн доларів, а інший відомий патентний тролі VirnetX, який отримав патент на технології сервісу відеозв'язку, внаслідок чого подав позов до найлояльнішого до патентних тролів суду – техаського суду, виграв 368 млн доларів у компанії Apple⁵.

Як свідчить статистика, «патентні тролі», як правило, переслідують представників малого та середнього бізнесу, адже їм набагато тяжче відстоювати свої права в суді. Внаслідок чого невеликі компанії зазнають значних збитків та, відповідно, змушені обмежувати вкладення інвестицій в інновації чи взагалі закривати бізнес. У результаті чого порушується конкуренція на ринку, сповільнюється технологічний розвиток та страждають інтереси споживачів.

Однак не лише дрібний та середній бізнес стає жертвою патентних тролів. Так, один із найвідоміших випадків «патентного тролінгу» в Україні – це реєстрація торгівельної марки «Гоу Огле», яка дозволила тролію зареєструвати домен UA (google.ua). Історія закінчилася тим, що компанія Google домоглася визнання

мети реєстрації даної торгової марки недобросовісної і реєстрацію скасували в судовому порядку. Однак домен google.ua так і залишився за тролем, а компанія Google використовує локальну сторінку google.com.ua⁶.

Арсенал засобів протиправної діяльності «патентних тролів» досить різноманітний. Зважаючи на предмет та обсяги дослідження, вони більш детально будуть проаналізовані в наступних публікаціях. Однак потрібно зазначити, що найбільш поширеними серед них є наступні: зловмисне використання «територіального принципу» охорони об'єктів права інтелектуальної власності («патентний троль», знаючи про бажання якоїсь іноземної особи освоювати вітчизняний ринок, намагається отримати правову охорону на ще незахищені об'єкти права інтелектуальної власності іноземної особи, користуючись спрощеними системами набуття права інтелектуальної власності, такими як деклараційний патент на корисну модель або патент на промисловий зразок (для якого теж передбачена лише експертиза за формальними ознаками)); «ловля на живця» (патентний троль намовляє (сам або через третіх осіб) виробника чи надавача послуг вчинити певні дії, які порушуватимуть права інтелектуальної власності, що належать патентному троллю) тощо⁷.

Зважаючи на загрозливість вищевказаного явища, міжнародною спільнотою систематично вживаються кроки щодо протидії йому. Зокрема, 16 березня 2013 р. набрали чинності положення так званого The Leahy – Smith America Invents Act, які спрямовані насамперед на ускладнення процедури патентування, адже чим важче патентним троллям отримати патент, тим складніше їм вступити в судові суперечки з реальними виробниками. Однією з перспективних новацій є право третіх осіб впливати на експертизу заявок. Наприклад, якщо компанії стало відомо подання патентним тролем заявки на патентування винаходу чи корисної моделі, який на думку компанії не відповідає критеріям патентоспроможності, то вона може подати своє дослідження рівня техніки (prior art) і коментарі до нього.

Другим цікавим нововведенням є введення вищезгаданим актом обмежень на подання позовів проти групи відповідачів, зокрема заборонено подання позовів до групи відповідачів тільки на тій підставі, що кожен із них окремо порушує патент. Адже шляхом подання групових позовів патентні тролі могли блокувати роботу і розвиток цілих індустрій⁸.

Певні кроки у вказаній сфері вживаються й українською стороною. Так, 15 липня 2014 р. відбувся прес-брифінг на тему: «Боротьба з патентними троллями в Україні: реалії та перспективи» за участю Голови Державної служби інтелектуальної власності України (Державна служба) М. Ковіні⁹, у ході якого було проаналізовано положення національного законодавства у вказаній сфері та запропоновано окремі шляхи вирішення вищевказаного проблемного питання.

В Україні патентний тролінг – дещо інше явище, ніж в європейських країнах, у нас це зловживання існуючою системою реєстрації промислових зразків. Також специфікою вітчизняного патентного тролінгу є те, що під загрозою може опинитися будь-який бізнес. Адже патентний троль має просту мету – поставити будь-яку компанію (виробника) в таке становище, у якому оплатити так зване роялті вигідніше, ніж зважаючи на реалії сьогодення у судовому порядку відстоювати свої законні права.

На нашу думку, причинами даної ситуації є недосконалість чинної нормативної бази, а також очевидна наявність корупційної складової в системі державного патентного відомства, що дозволяє недобросовісним підприємцям в обхід Закону України «Про охорону прав на промислові зразки»¹⁰ проходити експертизу та реєструвати патенти на зразки, що однозначно є не новими і стали загальнодоступними у світі задовго до подання заявки на його пріоритетність. Зазначене, в свою чергу, надає їм право здійснювати т.зв. «патентний тролінг», примушуючи добросовісних суб'єктів підприємницької діяльності сплачувати їм кошти за «псевдоноваторську ідею» під час розпорядження запатентованими зразками.

Згідно зі ст. 6 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» зазначено, що промисловий зразок відповідає умовам патентоспроможності, якщо він є новим. Крім того, таким зразком вважається зовнішній вигляд виробу, що відповідає критеріям новизни та промислової придатності. Відповідно до ст. 14 вищевказаного нормативно-правового акта для отримання патенту проводиться експертиза заявки на об'єкт патентування і має статус науково-технічної експертизи¹¹.

Однак, незважаючи на задекларованість науково-технічних підходів до вказаної експертизи, практика її проведення свідчить, що на даний час патенти в Україні видаються лише за результатами формальної експертизи заявки, тобто перевірки правильності заповнення документів. При цьому відповідність заявленого зразка критеріям охороноздатності залишається на совісті заявника, що є значним недоліком в умовах засилля шахраїв (умовою отримання патенту є лише вірно складена заявка і сплата всіх зборів).

Аналогічно вважає й С. Левицька. Зокрема, вона зазначає, що одна із головних проблем виникнення «патентного тролінгу» полягає в тому, що патент на промисловий зразок видається під відповідальність заявника, без проведення кваліфікованої експертизи на патентну новизну. Ця прогалина у законодавстві й стала основою для всякого роду зловживань з боку недобросовісних людей¹².

Аналіз відкритих джерел інформації свідчить, що тривалий час ситуація навколо патентування промислових зразків в Україні розвивалася стабільно. Однак обставини суттєво змінилися у 2012 р. після набуття чинності змін до Митного кодексу України, якими скасовано необхідність внесення застави (спочатку 5 тис. євро, пізніше – 1 тис. євро) при включенні об'єкта інтелектуальної власності до Митного реєстру.

Такі зміни спровокували масову реєстрацію патентів недобросовісними заявниками, які у найкоротші терміни запатентували вішалки, зубочистки, сірники, деталі для автомобілів «ВАЗ» та інші давно відомі вироби, в результаті чого було зупинено експорт та імпорт значних партій товарів.

Адже після отримання патенту його власник отримує повний пакет юридичних інструментів для захисту своїх прав інтелектуальної власності, як-то цивільно-правовий спосіб захисту, кримінально-правовий спосіб захисту чи захист прав інтелектуальної власності в адміністративному порядку, зокрема, захист на митному кордоні¹³.

Яскравою ілюстрацією вищевказаного антисоціального явища є ситуація, яка склалася в травні місяці поточного року на території Житомирської області і є актуальною для всієї країни.

Зокрема, в результаті надходження в травні 2016 р. до Житомирської митниці ДФС звернення власника патенту («патентного трояля») на промислові зразки – вироби з граніту щодо порушення його права на інтелектуальну власність, відбулась фактична зупинка митного оформлення експорту такої продукції, що вже завдало та продовжує завдавати збитки суб'єктам малого і середнього бізнесу, а також державі.

Зокрема, 23 травня 2016 р. на адресу Житомирської митниці ДФС надійшла заява від громадянина України Т., який діє в інтересах громадянина України Ч. щодо призупинення керування положеннями ст. 400 Митного кодексу України митного оформлення в зоні діяльності Житомирської митниці ДФС виробів з природного каменю, таких як «Бордюр для квітника» (патент України № 29287, виданий ДСІВ України та зареєстрований в Держреєстрі патентів України на промислові зразки 27 квітня 2015 р.), промисловий зразок «Постамент для пам'ятника» (патент України № 29288), а також «Плита надгробна» (патент України № 29289). При цьому зазначені патенти зареєстровані за загальними характерними ознаками, які не містять детального опису виробу (для прикладу: характерною ознакою промислового зразка «постамент для пам'ятника» є – прямокутний паралелепіпед горизонтальної орієнтації з пропорцією своїх габаритних розмірів (ширина дещо перевищує висоту, а довжина значно більша за них), що вказує на віднесення до запатентованих виробів переважної більшості виробів із граніту.

У результаті надходження вищевказаної заяви, з метою проведення відповідного митного оформлення експорту гранітних виробів, працівникам митниці ДФС мають бути надані документи, які засвідчують погодження власника патенту на експорт таких виробів, що зумовлено включенням вказаного об'єкта інтелектуальної власності до Митного реєстру об'єктів інтелектуальної власності (ст. 398 та ст. 400 Митного кодексу України). Умовою такого погодження є сплата кожним експортером власнику патенту відповідної грошової компенсації (25 тис. грн в місяць з кожного експортера або 11 тис. грн з поставки).

Поряд з тим всі експортери гранітних виробів Житомирської області одностайно виказали свою негативну позицію щодо вказаної ситуації та заявили про недопустимість взаємовідносин із власником патентів, оскільки вважають їх реєстрацію незаконною.

У зв'язку з викладеним протягом 23–27 травня 2016 р. в зоні діяльності Житомирської митниці ДФС України було призупинено митне оформлення зазначених товарів відповідно до кодів УКТ ЗЕД 680291000, 6802931000 та 6802939000, під які фактично потрапляє переважна більшість товарів декоративної переробки граніту.

Вказані недобросовісні економічні дії спричинили негативний резонанс в середовищі виробників та експортерів декоративного каменю, що зумовило проведення протягом 26–27 травня 2016 р. в м. Коростишіві Житомирської області низки акцій протесту, в т.ч. шляхом перекриття руху транспорту на міжнародній автомобільній дорозі «Київ-Чоп».

За результатами 26 квітня 2016 р. колегією Коростишівської районної державної адміністрації, Коростишівською районною радою та ініціативною групою підприємців Коростишівського району було прийнято рішення про направлення на адресу вищого керівництва держави, уповноважених державних органів у вказаній сфері та правоохоронних органів відповідного звернення із вимогами анулювання вищевказаних патентів, заборони видачу аналогічних патентів у майбутньому на товари, описані в ДСТУ та ГОСТах, припинення блокування проходження вантажів через митні кордони України тощо.

За результатами втручання у вказане питання представників органів влади області, окружний адміністративний суд м. Києва 27 травня 2016 р. виніс ухвалу про вжиття заходів забезпечення позову одного з підприємців до Державної фіскальної служби, яким заборонив останній вчиняти дії щодо призупинення (відмови) в митному оформленні товарів типу: бордюри для квітників, постаменти до пам'ятників, плити надгробні до завершення розгляду справи по суті заявлених вимог.

Аналіз вказаної ухвали свідчить, що призупинення заборони Державній фіскальній службі вчиняти дії щодо відмови в митному оформленні бордюрів для квітників, постаментів до пам'ятників, надгробних плит діє лише на час розгляду позову одного із підприємців та не усуває обставин, які призвели до такої ситуації. Також органами фіскальної служби можливе виконання вказаної ухвали лише не в цілому щодо всіх суб'єктів господарської діяльності, які здійснюють операції з виробами із граніту, а лише стосовно підприємця, яким було подано позов, що в подальшому може призвести до перебоїв у митному оформленні вказаного типу вантажів іншими виробниками.

Крім того, заслуговує на увагу те, що на даний час у судовому порядку не оскаржується питання щодо правомірності в цілому видання вищевказаного патенту, що не знімає ймовірність відновлення проблем із митним оформленням гранітних деталей пам'ятників та, при умові ефективного застосування власником патенту корупційних важелів в судовій системі та органах влади, може призвести до ухвалення ряду судових рішень на користь т.зв. «патентних шахраїв».

На нашу думку, застосований прийом т.зв. «патентного тролінгу» може мати значний негативний вплив на зовнішньоекономічний торговельний баланс Житомирської області, оскільки місцеве виробництво та експорт декоративних гранітних виробів є найбільшим в Україні і разом із щєбеневою продукцією становить

понад 10–12 % експорту області. Протягом 2015 р. підприємствами області видобуто та оброблено близько 4,5 млн м³ блоків природного каменю, що становить 66,7 % від усього виробництва цієї продукції в Україні (6 млн 700,6 тис. м³).

Припинення експорту гранітної продукції може призвести до завдання значних збитків державним інтересам, «підірвати» й без того слабку інвестиційну привабливість регіону, а також стати передумовою до формування протесаного потенціалу та антидержавницьких проявів з боку пересічних громадян.

Підсумовуючи вищевикладене, зважаючи на необхідність унеможливлення в подальшому виникнення фактів т.зв. «патентного тролінгу», усунення причин та умов, які сприяють зазначеному негативному явищу, вважаємо за необхідне невідкладно на законодавчому рівні вжиття наступних заходів:

– забезпечення реального науково-технічного підходу в системі експертизи промислових зразків та інших об'єктів інтелектуальної власності з метою усунення випадків отримання патенту на загальновідомі зразки, які не мають ознак унікальності чи новизни;

– після проходження заявкою на патент стадії експертизи передбачити її електронну публікацію, що дасть змогу заінтересованим особам протягом двох місяців надати заперечення проти реєстрації прав на заявлений зразок у випадку його невідповідності критеріям правової охорони, а також на підставі використання товарного знаку, що належить іншій особі або знаку, добре відомого в Україні;

– передбачення механізму адміністративного (без судового розгляду) визнання недійсним виданого патенту, якщо будуть подані достовірні відомості (докази) його не пріоритетності, залишивши можливість оскарження такого рішення в судовому порядку;

– нормативного закріплення можливості притягнення до кримінальної чи адміністративної відповідальності недобросовісних патентонабувачів, якщо у встановленому порядку буде доведено протиправність отримання патенту та завдання зазначеними протиправними діями шкоди охоронюваним правам інших осіб.

¹ Черниш Р. Ф. Окремі аспекти підготовки співробітників Служби безпеки України до участі в антитерористичній операції на сході України / Р. Ф. Черниш // Правове забезпечення оперативно-службової діяльності: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення : мат. постійно діючого наук.-практ. семінару (м. Харків, 29 травня 2015 р.) / редкол.: С. Кучерина (голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2015. – Вип. 6. – С. 278–282.

² Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3687-ХІІ (із змін. і доп.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3687-12/page2>

³ Охромєєв Ю. Патентний тролінг – ахілєсова п'ята системи охорони інтелектуальної власності в Україні / Ю. Охромєєв : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/patentniy-troling-ahillesova-pyata-sistemi-ohoroni-intelektualnoyi-vlasnosti-v-ukrayini.html>

⁴ Лахути Н. Краткий гід по патентному троллінгу / Н. Лахути : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravo.ru/interpravo/practice/view/89645/>

⁵ Кидалов І. Патентні війни і патентний тролінг в Україні: юридичні аспекти / І. Кидалов : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kydalov-partners.com/uk/>

⁶ Там само.

⁷ Черкашин І. Зловживання правом інтелектуальної власності (патентний тролінг) / І. В. Черкашин : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ukrainepravo.com/scientific-thought/pravova-pozytsiya/zlovzhivannya-pravom-ntelektualno-vlasnost-patentniy-trol-ng-/>

⁸ Кидалов І. Вказана праця.

⁹ «ЛІГА: ЗАКОН»: прес-брифінг – проти патентного тролінгу : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://uipv.org/ua/index.html?_m=publications&_t=rec&id=3131&fp=421

¹⁰ Про охорону прав на промислові зразки : Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3688-ХІІ (із змін. і доп.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3688-12>

¹¹ Там само.

¹² Левицька С. Патентні тролі присвоюють чужі винаходи, використовуючи... патентне право / С. Левицька : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ua.gacurs.ua/732-patent-zlovzyvannya>

¹³ Охромєєв Ю. Вказана праця.

Резюме

Черниш Р. Ф., Назарчук Б. Ю. «Патентний тролінг» як передумова до загострення суспільно-політичної ситуації в державі та формування негативного іміджу України на міжнародній арені (за прикладом Житомирської області).

У статті проаналізовано окремі положення чинних нормативно-правових актів з питань патентування. На прикладі Житомирської області досліджено можливі негативні впливи протиправної діяльності «патентних тролів» на економіку держави, для формування протестних настроїв тощо. За результатами вищевказаного критичного аналізу запропоновано конкретні кроки щодо внесення змін до відповідних законів з метою унеможливлення зловживанням правом у вищевказаній сфері.

Ключові слова: «патентний тролінг», патент, промисловий зразок, граніт, вироби з граніту.

Резюме

Черныш Р. Ф., Назарчук Б. Ю. «Патентный троллинг» как предпосылка обострения общественно-политической ситуации в государстве и формирования отрицательного имиджа Украины на международной арене (на примере Житомирской области).

В статье проанализированы отдельные положения действующих нормативно-правовых актов по вопросам патентования. На примере Житомирской области исследованы возможные негативные влияния противоправной деятельности «патентных

троллей» на економіку государства, для формирования протестных настроений и т. По результатам вышеуказанного критического анализа предложены конкретные шаги по внесению изменений в соответствующие законы с целью предотвращения злоупотреблений правом в вышеуказанной сфере.

Ключевые слова: «патентный троллинг», патент, промышленный образец, гранит, изделия из гранита.

Summary

Chernish R., Nazarchuk B. «Patent trolling» as a prerequisite to exacerbate social and political situation in the country and form a negative image Ukraine in the international arena (for example Zhytomyr region).

The article analyzes some existing provisions of regulations on patenting. For example Zhytomyr region investigated the possible negative impacts of illegal activity «patent trolls» on the state's economy, to create dissent and others. As a result of the above critical analysis of proposed concrete steps to amend the relevant laws to prevent abuse of the right in the above area.

Key words: «patent trolling», patent, industrial design, granite, Granite.

УДК 347.786

О. І. САНЧЕНКО

Олена Ігорівна Санченко, аспірантка Національного університету «Одеська юридична академія»

ОЗНАКИ ТЕАТРАЛЬНОЇ ПОСТАНОВКИ ЯК ОБ'ЄКТА АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Театральна постановка є одним з об'єктів авторського права, який існує протягом багатьох століть. Незважаючи на стрімкий еволюційний розвиток театральних видовищ, наука авторського права не встигає переосмислювати театралізацію багатьох суспільних заходів з метою пропонування відповідного правового режиму охорони, що свідчить про актуальність даного дослідження, доцільність та своєчасність визначення ознак театральної постановки як об'єкта авторського права.

Окремі питання, пов'язані з правовим регулюванням відносин у театральній діяльності висвітлювалися у наукових працях таких вчених, як: А. Ю. Антонова, Г. Ф. Алтинбаєва, Ю. І. Вахітова, І. В. Матвеев, І. В. Лагкуєва, Є. П. Ліхотникова, М. М. Малєйна, М. Таєвська, І. Я. Рабинович, М. Я. Расходніков, Ю. Федорова, Н. Федорченко та інших. Незважаючи на науковий інтерес до визначення правового режиму цього об'єкта та особливостей регулювання відносин, пов'язаних зі створенням театральної постановки, не втрачає актуальності питання про удосконалення законодавчого визначення театральної постановки та законодавчого закріплення її специфічних ознак як об'єкта права, що дозволить відрізнити театральні постановки від інших театралізованих видовищ.

Метою даної статті є визначення загальних та специфічних ознак театральної постановки як об'єкта авторського права.

Ознаки, притаманні театральним постановкам, можна умовно розділити на дві групи: по-перше, ознаки театральної постановки, властиві усім об'єктам авторського права, та, по-друге, специфічні ознаки театральної постановки.

Ознаками театральної постановки як об'єкта авторського права є такі:

1) **наявність творчого характеру.** Закон України «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» визначає творчу діяльність як індивідуальну чи колективну творчість, результатом якої є створення або інтерпретація творів, що мають культурну цінність¹. Отже, театральна постановка як результат творчості повинна нести відповідну цінність.

2) **об'єктивна форма вираження.** На відміну від інших об'єктів авторського права, об'єктивна форма вираження театральної постановки виражається наявністю виконавців, які здійснюють ігрову виконавську діяльність у певний момент часу. Тобто об'єктивна форма вираження театральної постановки може бути охарактеризована через такі ознаки:

а) наявність виконавців. Дану ознаку сформульовано саме таким чином у зв'язку з тим, що виконавцями у театральній постановці можуть бути не лише актори, але ще й співаки, танцюристи, ляльководи, акробати тощо. Однак, існує думка, що театр, який може існувати (і часто існує) без режисури, сценографії, драматургії, принципово неможливий без акторської гри². На нашу думку, науковець цією тезою прагнула вказати скоріше не на гру акторів, а на обов'язкове втілення певних образів усіма виконавцями;

б) ігрова виконавська діяльність, яка уможливує поєднання усіх елементів сценічного мистецтва, зокрема літератури, музики, танцю, образотворчого мистецтва. Саме через неї відбувається театральний синтез, що виявляє її вирішальне значення у специфікації мистецтва як театального³. Однак Л. М. Дубчак наголошує, що ігрова діяльність акторів не є вільною та різнонаправленою, а має єдиний вектор, що формує одну з рис театального мистецтва – наявність сюжету⁴. Проте з юридичної точки зору, наявність сюжету як тако-

го не можна назвати значущою характеристикою театральної постановки, адже це буде вторгненням у вільну творчу діяльність автора;

в) *обмеженість існування у часі*. Часто зустрічається думка про те, що театральне мистецтво – це унікальний різновид мистецтва, який відрізняється від інших тим, що його продукт – постановки – «живуть» лише у теперішньому часі, існуючи лише в об'єктивній реальності в момент сприйняття їх глядачем⁵. Існування театрального мистецтва, а саме його конкретного об'єкту – театральної постановки – лише в момент її виконання може бути повноцінною мистецтвознавчою характеристикою, однак вона не може бути перейнята правовою наукою. Це пояснюється необхідністю утворення постійного режиму правової охорони та захисту такого твору, а також прав автора на усіх етапах (фазах) його становлення та існування.

Крім загальних ознак, притаманним об'єктам авторського права, слід звернути увагу й на наявність специфічних ознак театральної постановки, які можна умовно розділити на обов'язкові та факультативні.

Обов'язковими специфічними ознаками театральної постановки є наступні.

По-перше, *синтетичність театральної постановки*. Розуміється як постійна властивість театру⁶, що полягає в утворенні художнього образу завдяки синтезу драматургії, архітектури, живопису, скульптури, музики, майстерності актора⁷. Синтетична риса театрального мистецтва накладає свій відбиток на правовий режим конкретного об'єкта права – театральної постановки, оскільки вимагає врахування наявності цілого комплексу окремих творів у рамках одного. На наш погляд, слід відмовитися від закріпленої на законодавчому рівні похідності театральної постановки від іншого твору, тобто створення її на основі драматургічного, музично-драматургічного чи літературного твору. Більш доречно вказати на характерну рису синтетичності театральної постановки, що полягає у гармонічному поєднанні різних видів мистецтва у єдиний, цілісний твір.

По-друге, це *різновид видовища*. Справді, театральна постановка як різновид більш загального поняття видовища характеризується тими рисами, що притаманні усім видовищам, а тому на театральні постановки розповсюджуються загальні правові засади створення та проведення видовищ. Незважаючи на те, що для театрального мистецтва характерним є використання слова як головного засобу художньої виразності⁸, багато дослідників-культурологів відмічають таку яскраву тенденцію розвитку сучасного мистецтва, як «візуальний поворот» – зміну вербальної (у деяких джерелах – текстуальної, лінгвістичної, мовної) парадигми сприйняття світу на образну⁹. Це у першу чергу має наслідком перманентне підвищення рівня видовищності театральних постановок.

По-третє, театральна постановка повинна мати *основу ідею твору*, тобто йдеться про головну думку театральної постановки, на донесення і розкриття якої спрямовані усі сценічні дії, засоби виразності, увесь твір в цілому. Законодавець використовує поняття «єдиний задум» як ознаку театральної постановки. Поняття задуму твору є мистецтвознавчою категорією, але в даному випадку вона набуває правового значення, і тому має бути розкрита з юридичної точки зору. Деякі автори вважають, що творчий задум – це керівна думка митця, вкладена ним у твір. На наш погляд, задум є певною вихідною ідеєю, ще не втіленою у конкретному творі. У зв'язку зі своїм ідеальним динамічним станом, ця вихідна ідея може здійснити метаморфози під час підготовки твору, тобто цілком можливо, що задум у процесі побудови твору зміниться та набуде нових рис. Отже, задум ніби передує кінцевому формуванню основної думки твору. Таке розуміння задуму театральної постановки не дозволяє йому бути юридично значимою ознакою цього об'єкту. Втілений задум є фактично основною ідеєю твору – саме її можна виокремити із готового твору, проаналізувавши театральну постановку на предмет єдності та цілісності, наявності основної думки. Тому вважаємо, що було б доречніше легальне поняття театральної постановки все ж будувати, виходячи з існування обов'язкової характеристики – основної думки твору.

По-четверте, театральна постановка повинна мати *власну назву*. Вважаємо, що більш доцільно використовувати саме формулювання «власна назва», замість законодавчого «конкретна назва», адже конкретність є лише однією з характеристик назви театральної постановки. До того ж «власна назва» є загальноживаним науковим терміном для визначення назви окремих художніх творів.

До *факультативних специфічних ознак театральної постановки* можна віднести безліч різних ознак, але найбільш значущими серед них можна вказати наступні:

По-перше, *наявність змісту*. Відносно цієї риси театральної постановки точаться дискусії в літературі – основне питання полягає у визначенні узагальненого змісту театрального твору як такого. Як було зазначено вище, законодавець вважає, що театральна постановка художньо відображає життя. У цілому з таким формулюванням можна погодитися, однак слід дещо його пояснити. Так, театральна постановка відображає реальність не загалом, а в її стислому, найбільш репрезентативному вигляді. Театральний твір відзначається подвійністю, вказуючи на безпосередню реальність і одночасно творячи її символічний образ¹⁰. Виставу можна вважати реальністю, що у специфічно театральний спосіб віддзеркалює характерні ознаки суспільного життя у його духовних потенціях та вимірах¹¹.

По-друге, *наявність сюжету*. Сюжетом називають послідовність подій, які зображуються у творі та мають на меті найбільшою мірою розкрити зміст та основну ідею театральної постановки. Сюжетної лінії як такої може і не бути, особливо в авангардних творах.

По-третє, *підготовча репетиційна робота*. Цю характерну рису театральної постановки протиставляють імпровізаційним сценічним діям, які не мають підготовленої драматургічної основи чи сценарію. Однак, це не можна назвати обов'язковою ознакою театральної постановки, тому що свобода творчості передбачає можливість варіативності твору, яка проявляється навіть тому, що він створюється прямо на очах у глядачів.

У такому випадку існування твору розпочинається одразу із демонстраційної фази, що формує особливість у визначенні моменту встановлення правової охорони твору.

По-четверте, *глядач як суб'єкт театральної постановки*. У цьому питанні ми дотримуємося чіткої позиції: театральне мистецтво без аудиторії існувати не може, у той час як театральна постановка як окремий твір для свого існування не вимагає обов'язкової наявності глядачів. Справді, конкретна театральна постановка існує у правовому полі без глядача (у додемонстраційній та постдемонстраційній фазі свого розвитку). Участь глядача у театральній постановці тим не менш дуже суттєва. Фактично її можна умовно поділити на активну та пасивну:

– *активна участь* глядачів стала можливою в результаті так званої деєгоїзації театру – надання можливості глядацькій аудиторії розкутися та брати участь у сценічних подіях¹². Безпосереднім проявом цієї тенденції виступає експериментування з глядачем, включення його в постановку, тобто стираються межі між акторами та глядачами, створюється відчуття реальної участі в подіях вистави¹³. Крайнім ступенем активного залучення глядачів до театрального дійства стає ініціювання їх безпосереднього контакту з акторами, коли глядачі стають учасниками постановки. Яскравим прикладом стала театральна подія на Міжнародному фестивалі імені Сервантеса в 2011 році, коли спектакль завершився дансоном «Нереїди», котрий дозволив танцівникам здійснити безпрецедентну безпосередню взаємодію з публікою: у коридорах театру та на авансцені танцівники колективу утворювали танцювальні пари з глядачами¹⁴. Однак у такому випадку глядачі, які активно прийняли участь у постановці, не отримують авторські або суміжні права на цю театральну постановку;

– *пасивна участь* глядачів у театральній постановці є не менш важливою, хоча зовні вона не така помітна. По-перше, театральне мистецтво спрямоване на задоволення естетичних потреб людей, і тому недивним є той факт, що драматургія сьогодні існує як відповідь на нове соціальне замовлення та, певною мірою, змушена обслуговувати попит масової культури. З'явилися театральні проекти, які заздалегідь розраховані на масову свідомість¹⁵. Отже, глядач своїми запитами здійснює формуючий вплив на театральну постановку – наприклад, на вибір її проблематики, видовищності, акторський склад тощо. По-друге, пасивна участь глядача відбувається у формі його індивідуальної інтерпретації того, що відбувається на сцені¹⁶. Це внутрішня емоційно-вольова діяльність глядача, яка є індикатором того, чи відбулася театральна постановка як така – наприклад, чи має вона розкрити основну ідею;

По-п'яте, *аксіологічний ефект*. Сприйняття будь-якого твору мистецтва супроводжується психічним феноменом – естетичним переживанням, яке викликає комплекс почуттів. Важливим моментом, на думку більшості дослідників, є виникнення емоції в процесі художнього сприйняття¹⁷. З іншого боку, учені вважають, що найкращим результатом театральної постановки є роздуми глядача з приводу побаченого, його співпереживання через осмислення театрального дійства¹⁸. У цілому можна підсумувати, що в театральній постановці має бути художня та естетична цінність, яка проявляється в емоційній віддачі глядача;

По-шосте, *технічне (інструментальне) забезпечення*. Ця риса вказує на потребу театру в додаткових засобах, які допомагають у формуванні потрібних образів та досягненні бажаних ефектів. У цій якості виступають грим, костюми, декорації, маски, освітлення, водні, повітряні та інші ефекти. Однак, використання усіх цих та інших технічних засобів для підсилення виразності не є аксіоматичним, тобто обов'язковим. Наприклад, наразі існує течія в театральному мистецтві, представники якої пропагують так званий «бідний театр», тобто свідоме спрощення сценографії та художнього оформлення спектаклів. Творці подібних постановок цю «бідність» намагаються компенсувати підвищеною увагою до мімічної та пластичної (спрямованої на сприйняття зором) майстерності акторів, до, так би мовити, акторської видовищності¹⁹.

По-сьоме, *локалізованість виконання*. Відповідно до традиційних уявлень театральна постановка характеризується обов'язковим виконанням на сцені – тобто на спеціально обладнаному майданчику, частині театру. Однак дана риса вже позбулася своєї канонічності в результаті динамічної еволюції сучасного театрального мистецтва. Наразі театральна постановка може виконуватися на: а) спеціально підготовленій для цього сцені (класична сцена); б) пристосованій для потреб театральної постановки частині приміщення чи території, яка має інше призначення (адаптована сцена); в) не відмежованій від глядацької аудиторії жорсткими просторовими бар'єрами частині простору (умовна сцена). Постановки просто неба, без сценічних підмосток виконуються, наприклад, так званими «вуличними театрами».

Отже, проаналізувавши ознаки театральної постановки, можна сформулювати авторське визначення даного об'єкту права інтелектуальної власності: **театральна постановка** – це об'єкт права інтелектуальної власності, який представляє собою складний видовищний твір, що має власну назву та основну ідею, котра доноситься до глядача за допомогою сценічних дій виконавців.

¹ Про професійних творчих працівників та творчі спілки : Закон України від 07.10.1997 року № 554/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 52. – Ст. 312.

² Саврук С. Театральність і театралізація у музичному виконавстві / С. Саврук // Наукові збірки Львівської національної музичної академії ім. М. В. Лисенка. – 2014. – Вип. 32. – С. 121.

³ Саврук С. М. Театральність як творчий принцип музично-виконавського мистецтва (на прикладі фортепіанного виконавства) : автореф. ... наук. ступ. канд. мист. : спец. 17.00.03 – музичне мистецтво / С. М. Саврук. – Л., 2010. – С. 7.

⁴ Дубчак Л. М. Художність театральних форм: естетико-мистецтвознавчий аспект : автореф. ... наук. ступ. канд. філософ. наук : спец. 09.00.08 – естетика / Л. М. Дубчак. – К., 2001. – С. 10.

⁵ Защепкина В. В. Театр как особый тип коммуникации / В. В. Защепкина // Научный журнал КубГАУ. – 2012. – № 84 (10). –

С. 686; Монд О. Л. Теоретико-експериментальний підход к анализу театрального текста мюзикла / О. Л. Монд // Мир науки, культуры, образования. – 2010. – № 6 (25). – С. 30.

⁶ Тетеревкова Т. И. Проблемы взаимодействия современного драматического театра и эстрады : автореф. дис. на соиск. науч. степ. канд. искусств. : спец. 17.00.01 – театральное искусство / Т. И. Тетеревкова. – СПб., 2002. – С. 16.

⁷ Бердяев Н. А. Философия творчества, культуры и искусства : в 2 т. / Н. А. Бердяев. – М. : Искусство, 1994. – Т. 1. – С. 37–42.

⁸ Баринов В. А. Коммуникация – основа циркового диалога / В. А. Баринов // Гуманитарный вектор. – 2011. – № 2 (26). – С. 9.

⁹ Станіславська К. І. Особливості флешмобу як мистецько-видовищної форми сучасності / К. І. Станіславська // Вісник ХДАДМ. – 2011. – № 1. – С. 128.

¹⁰ Абисова М. А. Видовище як форма масової комунікації в умовах комунікаційного плюралізму / М. А. Абисова // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://er.nau.edu.ua:8080/handle/NAU/15745>

¹¹ Доманська О. А. Сценічна мова як арт-проект / О. А. Доманська // Вісник Національної академії керівних кадрів культури і мистецтв. – 2013. – № 2 (17). – С. 61.

¹² Разаков В. Х. Традиции камерного театра и современная театральная культура / В. Х. Разаков // Известия ВГПУ. – 2005. – № 2. – С. 58.

¹³ Уварова Т. І. Трансформації у сучасному театральному мистецтві / Т. І. Уварова // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://intkonf.org/kandidat-mistetstvoznavstva-uvarova-ti-transformatsiyi-v-suchasnomu-teatralnomu-mistetstvi/>

¹⁴ Де Ла Торре Диаз Н. А. «Фольклорный балет Мексики» и деятельность его основателя Амалии Эрнандес / Н. А. Де Ла Торре Диаз // Мир науки, культуры, образования. – 2014. – № 3 (46). – С. 325.

¹⁵ Уварова Т. І. Трансформації у сучасному театральному мистецтві / Т. І. Уварова // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://intkonf.org/kandidat-mistetstvoznavstva-uvarova-ti-transformatsiyi-v-suchasnomu-teatralnomu-mistetstvi/>

¹⁶ Андреева И. М. Взаимосвязь театра и театрализованного сознания : автореф. дис. ... докт. философ. наук : спец. 24.00.01 – теория и история культуры / И. М. Андреева. – Краснодар, 2006. – С. 5.

¹⁷ Бувалець О. О. Театральність і театралізація у сучасному культурологічному дискурсі / О. О. Бувалець // Культура України. – 2013. – Вип. 43. – С. 170.

¹⁸ Богатырев В. Ю. Классический канон оперы в контексте современной культуры / В. Ю. Богатырев // Известия РГПУ им. А. И. Герцена. – 2008. – № 57. – С. 229.

¹⁹ Гротовський С. Театр. Ритуал. Перформер / Єжи Гротовський. – Л. : Літопис, 1999. – С. 116–120.

Резюме

Санченко О. І. Ознаки театральної постановки як об'єкта авторського права.

Стаття присвячена визначенню поняття та ознак театральної постановки як об'єкта авторського права. Розкриваються особливості загальних ознак театральної постановки як об'єкта авторського права, а саме: творчий характер та об'єктивна форма вираження. Визначаються спеціальні ознаки театральної постановки, властиві саме даному об'єкту. Доводиться власність театральної постановки таких обов'язкових спеціальних ознак: синтетичність театральної постановки, різновид видовища, наявність основної ідеї твору, наявність власної назви. Обґрунтовується притаманність театральної постановці таких спеціальних факультативних ознак: наявність змісту, наявність сюжету, підготовча репетиційна робота, наявність глядача як суб'єкта театральної постановки, аксіологічний ефект, технічне (інструментальне) забезпечення, локалізованість виконання. З урахуванням зазначених ознак запропоновано авторське визначення поняття «театральна постановка».

Ключові слова: театральна постановка, об'єкт авторського права, ознаки, творчий характер, об'єктивна форма вираження.

Резюме

Санченко Е. И. Признаки театральной постановки как объекта авторского права.

Статья посвящена определению понятия и признаков театральной постановки как объекта авторского права. Раскрываются особенности общих признаков театральной постановки как объекта авторского права, а именно: творческий характер и объективная форма выражения. Определяются специальные признаки театральной постановки, свойственные именно данному объекту. Обосновывается свойственность театральной постановке таких обязательных специальных признаков: синтетичность театральной постановки, вид зрелища, наличие основной идеи произведения, наличие собственного названия. Обосновывается свойственность театральной постановке таких специальных факультативных признаков: наличие содержания, наличие сюжета, подготовительная репетиционная работа, наличие зрителя как субъекта театральной постановки, аксиологический эффект, техническое (инструментальное) обеспечение, локальность исполнения. С учетом указанных признаков предложено авторское определение понятия «театральная постановка».

Ключевые слова: театральная постановка, объект авторского права, признаки, творческий характер, объективная форма выражения.

Summary

Sanchenko H. The signs of a theatrical performance as object of copyright.

An article is devoted to the definition of a concept and signs of a theatrical performance as object of copyright. Features of general signs of a theatrical performance as object of copyright are opened, namely: creative nature and objective form of expression. The special signs of a theatrical performance are defined peculiar to this object. It is proved such obligatory special signs that inherent to a theatrical performance: synthetical character of a theatrical performance, type of a show, existence of the main idea of a work, existence of own name. A singularity to a theatrical performance is proved of such special facultative signs as presence of content, existence of a plot, a preparatory rehearsal work, presence of a spectator as a subject of a theatrical performance, axiological effect, technical (instrumental) providing, locality of performance. Taking into account the specified signs, an author's definition of the concept «theatrical performance» is offered.

Key words: theatrical performance, object of copyright, signs, creative nature, objective form of expression.

УДК 349.422.22

Х. А. ГРИГОР'ЄВА

Христина Антонівна Григор'єва, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ МЕХАНІЗМУ ЧАСТКОВОГО ВІДШКОДУВАННЯ ДЕРЖАВОЮ ВАРТОСТІ ПРИДБАНИХ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ ТВАРИН ТА ЗБУДОВАНИХ ТВАРИННИЦЬКИХ ОБ'ЄКТІВ

Сучасне законодавство передбачає невелику кількість різновидів державної підтримки сільського господарства в Україні. Зокрема, програма «Державна підтримка галузі тваринництва» наразі виконується відповідно до вимог постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для підтримки галузі тваринництва, та визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Кабінету Міністрів України» від 28 жовтня 2015 р. № 884. Цим Порядком передбачено три напрями державної підтримки, і усі вони являють собою відшкодування вартості: а) придбаних сільськогосподарських тварин; б) відсотків за кредитами; в) збудованих чи реконструйованих тваринницьких об'єктів. Можна сказати, що це єдиний вид державної підтримки, який має три форми реалізації. У зв'язку з тим, що нині підтримка галузі тваринництва в Україні фактично зосереджена на одному основному правовому механізмі, виникає необхідність у його теоретико-правовому аналізі.

Правовим проблемам надання державної підтримки сільському господарству, у тому числі галузі тваринництва, приділяли увагу такі відомі науковці, як Н. С. Гавриш, О. В. Гафурова, А. Й. Годованюк, В. М. Сроменко, В. П. Жушман, І. І. Каракаш, Т. О. Коваленко, Т. В. Курман, С. І. Марченко, В. В. Носік, В. І. Семчик, А. М. Статівка, В. Ю. Уркевич, М. В. Шульга та інші. Однак зміна законодавчих засад здійснення державної підтримки тваринницької галузі вимагає сучасного науково-теоретичного дослідження функціональної спрямованості діючого механізму часткового відшкодування вартості сільськогосподарських тварин чи збудованих тваринницьких об'єктів. Такий аналіз допоможе виокремити «слабкі місця» передбаченого механізму підтримки та допоможе на цій основі запропонувати шляхи його вдосконалення.

У зв'язку з цим **метою даної статті** є виявлення основних функцій, що виконуються при здійсненні державної підтримки у вигляді часткового відшкодування вартості сільськогосподарських тварин та збудованих тваринницьких об'єктів, а також формування на цій основі пропозицій щодо вдосконалення законодавчих засад даного механізму задля його максимальної ефективності.

Сучасне сільське господарство, а особливо його тваринницька галузь, вимагає значного технологічного оновлення з метою підвищення продуктивності та зниження собівартості сільськогосподарської продукції. Це стає можливим лише внаслідок здійснення капіталовкладень у тваринницький бізнес. Ефективний розвиток тваринництва супроводжується витратами на збільшення поголів'я, на модернізацію старих чи зведення нових тваринницьких будівель і комплексів, на створення переробних потужностей. Усі ці напрями розвитку тваринництва вимагають значних фінансових затрат, і саме це стає однією з найбільших проблем сучасного аграрного бізнесу, особливо з огляду на ускладнений доступ сільськогосподарських виробників до кредитних ресурсів¹. У тому числі у зв'язку з цим державна допомога галузі тваринництва була переформатована та зосереджена на такому механізмі, як часткове відшкодування вартості понесених виробничих витрат.

Часткове відшкодування вартості полягає у виплаті державою виробнику грошової суми у розмірі, що знаходиться у визначеному співвідношенні до понесених виробником витрат. Відшкодуванню підлягають витрати на придбання сільськогосподарських тварин, побудову чи реконструкцію тваринницьких об'єктів, а також частина відсотків за кредитами у комерційних банках. Останній напрям має власне нормативне регулювання² та характерні риси, що досліджені нами в окремій статті³. Подібними між собою є механізми відшкодування вартості придбаних тварин та збудованих об'єктів, тому вони розглядатимуться нами у цьому дослідженні паралельно.

Розмір часткового відшкодування вартості тварин та збудованих тваринницьких об'єктів має лише максимальну межу без встановлення мінімальних показників. Відшкодування вартості тварин здійснюється у розмірі

до 50 відсотків вартості, але не більш як: за телиці, нетелі та корови вітчизняного походження – за умови, що самиці походять та закуплені із стада, що має середній надій на корову від 6000 кілограмів молока від однієї корови за минулий рік за даними звіту про стан тваринництва, – 12000 грн за одну голову; за племінні телиці, нетелі, корови молочного, молочно-м'ясного і м'ясного напрямку продуктивності з племінних заводів та племінних репродукторів або за ввезені у режимі імпорту – 12000 грн за одну голову; за племінні свинки та кнурці вітчизняного походження (класу «еліта») миргородської, великої чорної, українських степових білої і рябої порід, полтавської м'ясної, української м'ясної, червоної білопоясої порід із племінних заводів та племінних репродукторів – 2400 грн за одну голову; за племінні вівцематки, барани, ярки з племінних заводів та племінних репродукторів або поставлені в режимі імпорту – 2000 грн за одну голову. Стосовно відшкодування вартості збудованих об'єктів встановлюється загальне правило: відшкодуванню підлягає до 50 % вартості фактично понесених витрат. У тому числі – до 30 % вартості обладнання, але не більше 30 тис. грн з розрахунку на одну голову великої рогатої худоби та 25 тис. гривень у розрахунку на одну свиноматку для об'єктів із завершеним циклом виробництва і 1,25 тис. грн з розрахунку на одну голову свиней для об'єктів з утримання та відгодівлі свиней⁴.

Для того, щоб з'ясувати сутність такого механізму державної підтримки, як часткове відшкодування вартості витрат, слід провести аналіз функцій, що виконуються у зв'язку з наданням такої підтримки. Саме функціональна спрямованість будь-якого різновиду державної підтримки вказує на реальну дію та ступінь ефективності такої підтримки. Державна підтримка у вигляді часткового відшкодування витрат виконує кілька функцій, серед яких ми виділяємо протекційну, компенсаційну та стимулюючу.

1. *Протекційна функція* притаманна будь-якій державній підтримці сільського господарства. Необхідність такої функції добре пояснює С. І. Марченко, яка вказує, що аграрний сектор економіки зможе конкурувати з іншими галузями тільки при забезпеченні відповідних переваг в оподаткуванні, субсидіях, фінансуванні, а тому державне регулювання аграрної сфери має базуватися на всебічній державній підтримці із застосуванням економічних методів⁵.

2. *Компенсаційна функція* полягає у відшкодуванні частини понесених виробничих витрат. Цей механізм відрізняється від договірних чи деліктних відносин, що передбачають відшкодування. При цьому у випадку державної підтримки часткове відшкодування відбувається лише тоді, коли витрати були спрямовані на виробничі цілі, тобто ці витрати були витратами розвитку, а не споживання.

3. *Стимулююча функція* полягає у заохоченні виробника здійснювати більші капіталовкладення у своє господарство, адже відшкодування є пропорційним до понесених витрат. Це надзвичайно важливий аспект, на якому варто наголосити. Ще у «Настановах Спільноти щодо державної допомоги в аграрному секторі» від 2000 р. серед принципів надання державної підтримки передбачено, що будь-який тип допомоги повинен містити стимул або вимогу зустрічних дій з боку бенефіціара⁶. Це необхідно для того, щоб не привчати сільськогосподарських виробників до «дармової» допомоги держави, а стимулювати їх за допомогою механізмів підтримки: тобто, «краще працюєш – більше отримуєш». В українських реаліях слід враховувати, що обмеженість бюджетних асигнувань та відсутність встановлених мінімально гарантованих розмірів відшкодувань призводять до того, що стимулююча функція виконується не повною мірою.

Стимулююча функція багатогранна та заслуговує більш глибокого дослідження. Зокрема, при детальному аналізі помітно, що стимулювання є неоднорідним та проводиться у трьох напрямках. Зокрема, державна підтримка у вигляді часткового відшкодування вартості тварин демонструє якісне, кількісне та об'єктне стимулювання:

а) *якісне стимулювання* полягає у тому, що державні кошти виділяються на відшкодування вартості переважно племінних або високопродуктивних тварин. Це є заохоченням до придбання сільськогосподарських тварин з генетичною цінністю та відповідними документами. У свою чергу, це побічно впливає на активізацію племінної справи у тваринництві і у такий спосіб здійснює подвійний позитивний ефект від здійснення державної підтримки;

б) *кількісне стимулювання* здійснюється за рахунок того, що немає обмежень за максимальною кількістю сільськогосподарських тварин, вартість яких може бути частково відшкодована. Це створює сприятливі умови для збільшення кількості закупленого поголів'я та розширення господарства. Це важливо з огляду на те, що саме великотоварні тваринницькі підприємства є більш потужними на ринку, а досягнення ними такого статусу підвищує їх самостійність і зменшує їх потреби у подальшій державній підтримці;

в) *об'єктне стимулювання* є характерним для механізму державної підтримки у вигляді часткового відшкодування вартості тварин. Це демонструється у тому, що відшкодування вартості проводиться лише щодо трьох видів сільськогосподарських тварин: великої рогатої худоби (корів), свиней, овець. У такий спосіб нормотворець зосереджує державну підтримку на колі тих суб'єктів, які вирощують саме вказаних сільськогосподарських тварин. Це означає, що не матимуть права претендувати на часткове відшкодування вартості власники інших сільськогосподарських тварин: коней, кіз, кролів, сільськогосподарської птиці тощо. Тобто факт придбання саме великої рогатої худоби, свиней або овець є основною позитивною умовою виділення бюджетних коштів за механізмом часткового відшкодування вартості тварин. Позитивні умови – це вимоги щодо існування певних вказаних характеристик у суб'єктів, що претендують на отримання державної допомоги. Об'єктне стимулювання слід використовувати з обережністю, адже воно у певних випадках здатне здійснювати спотворювальний вплив на конкурентне середовище.

Аналіз правового механізму часткового відшкодування вартості будівництва та реконструкції тваринницьких об'єктів демонструє відсутність у нього стимулюючої функції у якісному та кількісному аспекті. До

правового механізму даного виду державної підтримки закладено лише об'єктне стимулювання. Так, Порядком 2015 р. передбачено відшкодування вартості будівництва та реконструкції наступних перелічених об'єктів: тваринницьких ферм і комплексів для утримання великої рогатої худоби, свиней, доїльних залів та утворених на кооперативних засадах м'ясопереробних підприємств. При цьому відсутні будь-які нормативні вказівки, що стимулюють якісні показники даних об'єктів. У зв'язку з цим викликають інтерес положення попереднього законодавства у цій сфері. Справа у тому, що до прийняття Порядку 2015 р. відносини з часткового відшкодування вартості будівництва тваринницьких об'єктів регулювалися постановою Кабінету Міністрів України від 4 жовтня 2010 р. «Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для часткового відшкодування суб'єктам господарювання вартості будівництва та реконструкції тваринницьких ферм і комплексів та підприємств з виробництва комбікормів»⁷ (далі – Порядок 2010 р.). Відповідно до Порядку 2010 р. при здійсненні часткового відшкодування надавалися переваги тим суб'єктам, тваринницькі об'єкти яких мали такі якісні характеристики: а) застосування новітніх технологій вирощування худоби і птиці; б) здійснення будівництва і реконструкції об'єктів з використанням енергозберігаючих технологій; в) здійснення будівництва об'єктів в рамках реалізації інноваційного проекту; г) наявність потужностей із забою тварин та переробки сільськогосподарської продукції. Вказівка у Порядку 2010 р. на пріоритетність надання державної допомоги саме тим суб'єктам, тваринницькі об'єкти яких мають відповідні підвищені якісні характеристики, можна ідентифікувати як виконання стимуляційної функції державної підтримки в якісному аспекті. При цьому важливо, що такий підхід був сформульований саме як норма переваги, а не позитивні умови отримання державної підтримки.

У Порядку 2015 р. відсутні також кількісні стимулятори. Варто зазначити, що у попередньому Порядку 2010 р. серед позитивних умов надання державної підтримки у вигляді часткового відшкодування вартості будівництва та реконструкції тваринницьких об'єктів було передбачено мінімальну кількість голів сільськогосподарських тварин, на яких розраховані ці об'єкти. Так, у Порядку 2010 р. передбачалося відшкодування вартості завершених у поточному та двох попередніх роках етапів будівництва й реконструкції тваринницьких ферм і комплексів, у яких згідно з проектом повинно утримуватися не менш як 500 голів великої рогатої худоби, або не менш як 1200 свиноматок, або не менш як 1 млн голів птиці. Такий підхід можна віднести до кількісного стимулювання. Однак в умовах українського агробізнесу таке рішення призвело до того, що державну підтримку отримували великі підприємства, а середні та дрібні, які становили переважні більшість, позбавлялися можливості розраховувати на державну допомогу. На наш погляд, варто було б подібні норми переводити в розряд переваг. У результаті такого підходу менші виробники теж мають доступ до державної допомоги, при цьому мають стимул до зростання – адже більшим підприємствам державна допомога надається у переважному порядку.

Аналіз діючого законодавства вказує на те, що наразі відшкодування вартості збудованих тваринницьких об'єктів стимулює лише будівництво та реконструкцію чітко перерахованих об'єктів за формальним критерієм, тобто без урахування їх якісних та кількісних показників. Такий підхід не дає змоги отримати максимально можливий позитивний ефект від державної підтримки тваринництва. Це відбувається, оскільки у такому випадку виконуються лише тактичні, а не стратегічні завдання. Встановлення якісних показників у вигляді переваг при одержанні державної підтримки заохочує виробників до зростання. На нашу думку, серед якісних показників тваринницьких об'єктів, що надають переважне право отримати державну підтримку, слід передбачити, зокрема, такі: а) використання енергоефективних технологій при функціонуванні об'єкта; б) застосування ресурсоощадливих технологій на виробництві; в) застосування технологій, що посилюють екологічну безпеку виробництва. Введення таких норм щодо пріоритетів при здійсненні державної підтримки посилить її стимулюючу функцію і тим самим максимізує позитивний ефект від надання державної допомоги.

Отже, можемо зробити такі висновки. Основний напрям надання державної підтримки галузі тваринництва в Україні набув форми часткового відшкодування вартості придбаних сільськогосподарських тварин та збудованих тваринницьких об'єктів. Аналіз законодавчих засад даного механізму виявив кілька основних функцій, що виконуються у процесі надання даного виду підтримки. Протекційна функція полягає в утворенні особливого правового режиму ведення сільськогосподарської діяльності, що передбачає урахування об'єктивних ризиків, пов'язаних з біологічними, погодно-кліматичними та іншими факторами, а також стратегічної важливості сільського господарства у забезпеченні продовольчої безпеки України. Компенсаційна функція полягає у виплаті частини понесених виробничих витрат, спрямованих на розвиток. Стимулююча функція здійснюється у кількох напрямках: якісному, кількісному та об'єктному. При частковому відшкодуванні вартості придбаних тварин задіяно усі три напрями стимулюючої функції. Правовий механізм відшкодування вартості збудованих тваринницьких об'єктів сформований таким чином, що виконує лише об'єктне стимулювання. За такого підходу потенціал державної підтримки у вигляді часткового відшкодування понесених витрат не використовується повною мірою. Пропонується запровадити нормативні положення щодо надання переваги в одержанні державної підтримки тим суб'єктам, тваринницькі об'єкти яких мають наступні якісні показники: а) використання енергоефективних технологій при функціонуванні об'єкта; б) застосування ресурсоощадливих технологій на виробництві; в) застосування технологій, що посилюють екологічну безпеку виробництва.

За сучасних умов ведення аграрного бізнесу саме стимулююча функція є основоположною при наданні державної підтримки сільськогосподарським виробникам. Відповідні правові механізми, побудовані з урахуванням необхідності виконання стимулюючої функції, заохочують виробників до розвитку, оновлення технологій, підвищення ефективності виробництва.

¹ Жушман В. П. Особливості кредитування сільськогосподарських товаровиробників в умовах становлення ринкової економіки / В. П. Жушман // Розвиток організаційно-правових форм господарювання в аграрному секторі : матер. круглого столу (м. Харків, 13 червня 2014 р.). – Х. : Оберіг, 2014. – С. 19–22.

² Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для фінансової підтримки заходів в агропромисловому комплексі шляхом здешевлення кредитів : постанова Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 300 // Урядовий кур'єр. – 2015. – № 97.

³ Григор'єва Х. А. Правові засади державної підтримки суб'єктів господарювання агропромислового комплексу шляхом здешевлення кредитів / Х. А. Григор'єва // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2015. – № 35. – Ч. II. – Т. 2. – С. 46–49. – (Серія «Право»).

⁴ Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для підтримки галузі тваринництва, та визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Кабінету Міністрів України : постанова Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2015 р. № 884 // Офіційний вісник України. – 2015. – № 90. – Ст. 27.

⁵ Марченко С. І. Організаційно-правові питання товарного сільськогосподарського виробництва в Україні : моногр. / С. І. Марченко. – К. : ВГЛ «Обрії», 2010. – С. 130.

⁶ Настанови Спільноти щодо державної допомоги в аграрному секторі // ОJ – С – № 28 – 01.02.2000.

⁷ Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для часткового відшкодування суб'єктам господарювання вартості будівництва та реконструкції тваринницьких ферм і комплексів та підприємств з виробництва комбікормів : постанова Кабінету Міністрів України від 4 жовтня 2010 р. // Офіційний вісник України. – 2010. – № 75. – Ст. 28 (втратила чинність).

Резюме

Григор'єва Х. А. Теоретико-правовий аналіз механізму часткового відшкодування державою вартості придбаних сільськогосподарських тварин та збудованих тваринницьких об'єктів.

У статті досліджується правовий механізм державної підтримки у вигляді часткового відшкодування вартості придбаних сільськогосподарських тварин та збудованих або реконструйованих тваринницьких об'єктів. Проаналізовано дві форми такої підтримки, виокремлено основні функції, що виконуються у процесі здійснення такого виду державної підтримки: протекційна, компенсаційна та стимулююча. Остання може здійснюватися у кількох напрямках: якісному, кількісному та об'єктному. Якщо часткове відшкодування вартості придбаних тварин виконує стимулювання в усіх трьох напрямках, то відшкодування вартості збудованих об'єктів – лише в об'єктному. Автор доводить, що такий підхід є не зовсім вдалим, оскільки не використовує потенціал державної підтримки повною мірою. У результаті проведеного дослідження автор пропонує запровадити у діючому законодавстві норми щодо надання переваг при розподілі бюджетних коштів, що стимулюватиме отримувачів державної підтримки до якісного зростання виробництва.

Ключові слова: аграрний протекціонізм, державна підтримка сільського господарства, часткове відшкодування вартості, сільськогосподарські тварини, тваринницькі об'єкти, стимулювання сільськогосподарського виробництва, тваринництво.

Резюме

Григор'єва К. А. Теоретико-правовий аналіз механізму часткового возмещення стоимости приобретенных сельскохозяйственных животных и построенных животноводческих объектов.

В статье исследуется правовой механизм государственной поддержки в виде возмещения стоимости приобретенных сельскохозяйственных животных и построенных или реконструированных животноводческих объектов. Проанализированы две формы оказания такой поддержки, выделены основные функции, которые исполняются в процессе ее предоставления: протекционная, компенсационная и стимулирующая. Последняя может реализовываться в трех направлениях: качественном, количественном и объектном. Если частичное возмещение стоимости приобретенных животных осуществляет стимулирование во всех трех направлениях, то возмещение стоимости построенных объектов – только в объектном. Автор доказывает, что такой подход является не совсем удачным, поскольку не реализовывает потенциал данного вида государственной поддержки в полной мере. В результате проведенного исследования автор предлагает ввести в действующее законодательство нормы о преимуществах при распределении бюджетных средств, что будет стимулировать получателей государственной поддержки к качественному росту производства.

Ключевые слова: аграрный протекционизм, государственная поддержка сельского хозяйства, частичное возмещение стоимости, сельскохозяйственные животные, животноводческие объекты, стимулирование сельскохозяйственного производства, животноводство.

Summary

Hryhorieva K. Theoretical and legal analysis of the partial state reimbursement value of purchased livestock and livestock facilities built.

In the article, the author researches the legal mechanism of state support in the form of partial reimbursement of the cost of purchased livestock and built or remodeled livestock facilities. The author analyzed two forms of support singled out key functions performed in the implementation of this type of state support: protective function, compensation function and stimulating function. The stimulating function can be in several ways: qualitative, quantitative, object. If a partial refund of the purchased animals perform stimulation in all three areas, the reimbursement of completed projects – only object. The author argues that this approach is not entirely successful because it does not use state support potential fully. Because of research the author proposes to introduce legislation in the existing rules, the benefits that encourage recipients of government support to quality growth.

Key words: agricultural protectionism, state support of agriculture, partial reimbursement, farm animals, livestock facilities, promotion of agricultural production, livestock.

А. С. ЄВСТІГНЄВ

Андрій Сергійович Євстігнєв, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ СПЕЦІАЛЬНОГО ПРИРОДОКОРИСТУВАННЯ В КОНТЕКСТІ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ МІЖ УКРАЇНОЮ ТА ЄС¹

Ефективне правове забезпечення екологічної безпеки (далі – ЕБ) у процесі здійснення спеціального природокористування неможливе без удосконалення чинних правових приписів, що регламентують відповідні правовідносини. При цьому важливе значення для такого вдосконалення мають приписи Угоди про асоціацію між Україною, з одного боку, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншого боку (далі – Угода про асоціацію), яка містить ряд конкретних важливих вимог до України щодо вдосконалення вітчизняного екологічного законодавства.

Різні аспекти правового забезпечення екологічної безпеки були предметом наукових досліджень вчених – представників вітчизняної науки екологічного права, як-от: В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, Ю. Л. Власенко, А. П. Гетьман, Т. Г. Ковальчук, М. В. Краснова, Н. Р. Малишева, О. В. Сушик, М. О. Фролов, О. А. Шомпол, Ю. С. Шемшученко та ін.

Водночас спеціальні правові дослідження вдосконалення національного екологічного законодавства України в частині забезпечення ЕБ при здійсненні спеціального природокористування, з огляду на положення Угоди про асоціацію, у юридичній літературі не здійснювались, що зумовлює актуальність проведеного в цій статті дослідження.

З огляду на потенційно значні негативні наслідки порушення ЕБ при здійсненні спеціального природокористування, правове регулювання відносин щодо такого користування має бути сфокусовано передусім на попередженні можливих порушень ЕБ, що відповідає усталеним підходам в ЄС, а значить є актуальним для України в контексті її євроінтеграційних прагнень.

Так, пріоритетність попереджувальних заходів перед іншими заходами забезпечення ЕБ проголошується в ч. 2 ст. 174 Договору про заснування Європейської спільноти (співтовариства), якою визначено, що політика країн-учасниць щодо довкілля має на меті досягти високого рівня захисту з урахуванням розмаїття становища в різних регіонах Спільноти, для чого таку політику належить ґрунтувати на принципі застереження, що полягає у вжитті запобіжних заходів, а також відшкодування заподіяної довкіллю шкоди насамперед через усунення її джерел, що, на нашу думку, можна розглядати як попередження (превенцію) на майбутнє. Отже, країни ЄС на найвищому рівні підтвердили пріоритетне значення попередження негативних впливів на довкілля, однією із форм реалізації чого має бути попередня перевірка екологічної безпечності планованої діяльності у сфері спеціального природокористування як невід’ємна складова відповідної дозвільної процедури.

Окрім вказаного, де-факто першочерговість запровадження попередньої оцінки екологічної безпечності певних об’єктів та/або видів діяльності підтверджується змістом Додатку ХХХ до Угоди про асоціацію, відповідно до якого Україна зобов’язалась поступово наблизити своє законодавство до законодавства ЄС у встановлені строки, найтриваліші з яких не перевищують трьох років.

Акти законодавства ЄС, які містять процедури, що мають бути запроваджені до вітчизняного законодавства, розподілені в указаному Додатку за сферами правового регулювання, при цьому значну частину актів складають ті, що стосуються забезпечення екологічно безпечного природокористування. Зокрема: 1) у сфері управління довкіллям та інтеграція екологічної політики в інші галузеві політики передбачається наближення національного законодавства України до положень: Директиви № 2011/92/ЄС про оцінку впливу окремих державних і приватних проєктів на навколишнє середовище¹ (далі – Директива № 2011/92/ЄС), Директиви № 2003/4/ЄС про доступ громадськості до екологічної інформації та про скасування Директиви № 90/313/ЄЕС², а також Директиви № 2003/35/ЄС про забезпечення участі громадськості у підготовці окремих планів та програм, що стосуються навколишнього середовища, 2) у сфері якості атмосферного повітря мають бути адаптовані Директиви № 2008/50/ЄС про якість атмосферного повітря та чистіше повітря для Європи³, Директиви № 2004/107/ЄС про миш’як, кадмій, ртуть, нікель і поліциклічні ароматичні вуглеводні у атмосферному повітрі⁴, 3) у сфері якості води та управління водними ресурсами, включаючи морське середовище, зобов’язання України стосуються запровадження у національне законодавство положень Директиви № 2000/60/ЄС про встановлення рамок діяльності Співтовариства у сфері водної політики⁵ зі змінами та доповненнями, внесеними Рішенням № 2455/2001/ЄС і Директивою 2009/31/ЄС, Директиви № 91/271/ЄЕС про очистку міських стічних вод⁶ зі змінами та доповненнями, внесеними Директивою № 98/15/ЄС та Регламентом (ЄС) № 1882/2003 і Регламентом (ЄС) № 1137/2008, а також Директиви № 98/83/ЄС про якість води, призначеної для споживання людиною⁷, зі змінами та доповненнями.

Слід зазначити, що більшість вищевказаних актів ЄС з різним ступенем деталізації містять положення, що впорядковують окремі процедури та заходи, реалізація яких дозволяє забезпечити баланс економічного та екологічного інтересів при здійсненні природокористування шляхом досягнення високого рівня екологічної безпечності такої діяльності, при чому чимало положень мають яскраво виражений превентивний характер, адже дозволяють оцінювати плановану діяльність до початку її здійснення і відмовляти у наданні дозволу на її здійснення у випадку встановлення неможливості забезпечення ЕБ при її здійсненні.

Узагальнено серед передбачених зазначеними актами ЄС процедур та засобів, слід виділити такі: 1) процедури оцінки можливості дотримання ЕБ при здійсненні природокористування до надання відповідного дозвільного документа; 2) встановлення актуальних вимогам сьогодення конкретних кількісно-якісних показників діяльності у сфері спеціального природокористування, на предмет відповідності яким має бути оцінено плановану діяльність; 3) встановлення зобов'язань держав щодо поетапного запровадження більш жорстких вимог у частині параметрів здійснення певних видів діяльності, дотримання яких дозволить зменшувати рівень екологічного ризику.

Водночас конкретну процедуру попередньої, на стадії прийняття рішення про видачу відповідного дозволу, оцінки екологічної безпечності здійснюваної діяльності, запровадження якої до національного законодавства може мати вплив також на сферу спеціального природокористування, містить передусім Директива № 2011/92/ЄС, яка, вважаємо, доволі символічно названа першою у процитованому вище переліку із Додатку ХХХ Угоди про асоціацію.

При цьому зазначеним Додатком ХХХ визначено конкретні процедури з числа передбачених Директивою № 2011/92/ЄС, які мають бути запроваджені в законодавство України. Серед таких процедур: прийняття національного законодавства та визначення вповноваженого органу (органів); встановлення вимог, за якими проекти, зазначені в Додатку I, підлягають оцінці впливу на навколишнє середовище, та процедури визначення, які з проектів, зазначених у Додатку II, потребують ОВНС (ст. 4); визначення обсягу інформації, яка має надаватися розробником (ст. 5); встановлення процедури консультацій з органами з питань охорони навколишнього середовища та процедури консультацій з громадськістю (ст. 6); досягнення домовленостей з сусідніми країнами щодо обміну інформацією та проведення консультацій (ст. 7); запровадження заходів щодо повідомлення громадськості про прийняті рішення за заявами про надання дозволу на реалізацію проекту (ст. 9).

Важливість запровадження в законодавстві України визначених процедур визнана також у розміщеному на Урядовому порталі (єдиний веб-портал органів виконавчої влади України)⁸ Плані імплементації Директиви 2011/92/ЄС Європейського Парламенту та Ради про оцінку впливу окремих державних і приватних проектів на навколишнє середовище (кодифікація)⁹.

Враховуючи вказане, вважаємо доцільним детально проаналізувати зміст Директиви № 2011/92/ЄС на предмет з'ясування особливостей, передбачених нею процедур, можливостей їх запровадження до законодавства України та застосування як складової дозвільних процедур у сфері спеціального природокористування в Україні.

Цілі та основні концептуальні положення передбаченого вищевказаною директивою правового механізму яскраво та послідовно визначені в Преамбулі до неї, де, зокрема, зазначається, що: 1) передбачені механізми засновані на принципах попередження та превентивних дій; 2) дозволи на реалізацію визначеного переліку публічних і приватних проектів можуть видаватися винятково за умови попереднього проведення екологічної оцінки можливих впливів таких проектів на довкілля; 3) оцінка відповідних проектів повинна здійснюватися з урахуванням потреби охорони здоров'я населення, забезпечення покращення довкілля, якості життя, різноманіття видів і збереження репродуктивної здатності екосистем до відтворення як основного ресурсу для життя; 4) забезпечення ефективної участі громадськості в прийнятті рішень за наслідками відповідної оцінки, що полягає, з одного боку, у можливості висловлення своєї позиції громадськістю і, з іншого – у врахуванні такої позиції органом, що забезпечуватиме контрольованість і прозорість процесу прийняття рішень; 5) є важливим посилення ефективності оцінки проектів на життя і здоров'я людини та довкілля.

Водночас державам-членам ЄС (а значить, й Україні, відповідно до умов Угоди про асоціацію) надано право деталізувати положення аналізованої директиви шляхом: 1) встановлення критеріїв для віднесення певних проектів до числа тих, що підлягають попередній оцінці; 2) визначення конкретного переліку інформації (документів), які мають надаватися з метою проведення оцінки можливих екологічних наслідків проекту; 3) визначення вповноваженого на здійснення відповідної оцінки державного органу; 4) визначення процедури, у яку може бути інтегрована процедура оцінки впливу проектів, або надання останній статусу самостійної процедури.

Важливо також визначитись із об'єктами, які підлягають оцінці за процедурою, визначеною Директивою № 2011/92/ЄС та названі за її текстом «окремі державні та приватні проекти». Так, відповідно до положень ст. 2, під терміном «проект» розуміється виконання будівельних робіт або зведення інших споруд або систем та інші втручання в довкілля або ландшафт, у тому числі видобування корисних копалин. Конкретні переліки проектів, які підлягають оцінці в обов'язковому порядку, визначено в Додатку № I до аналізованої директиви, а проекти, необхідність оцінки яких може бути диспозитивно визначена на рівні окремих держав-членів ЄС, зазначені в Додатку II.

Аналіз вищевказаного переліку об'єктів, імперативно або диспозитивно визначених у Директиві № 2011/92/ЄС у якості об'єктів відповідної оцінки, вказує на широкий спектр видів діяльності, здійснення яких, з позицій ЄС, може бути екологічно небезпечним та потребує попереднього оцінювання на предмет

виявлення ймовірних наслідків. При цьому при реалізації переважної більшості з виділених об'єктів може здійснюватись або здійснюватиметься спеціальне використання окремих природних ресурсів (вод, атмосферного повітря, надр, лісів, земель або тваринного світу), що потребує оцінки екологічної безпечності такого природокористування.

Крім того, звертає на себе увагу специфіка застосованої термінології, яка, з одного боку, дозволяє досить широке тлумачення змісту окремих термінів, як-от: «проекти з реструктуризації сільських землеволодінь», «ведення інтенсивного сільськогосподарського виробництва», вжитих на позначення проектів, що підлягають оцінці, та, з іншого боку, не застосовується у вітчизняному законодавстві. Як наслідок, є підстави як для розширеного розуміння переліку проектів, що мають бути оцінені, так і для адаптації відповідних положень в Україні шляхом уточнення такого переліку з урахуванням національних особливостей господарювання та вживання термінів на позначення окремих видів діяльності. Такими національними особливостями є притаманні нашій державі види діяльності або об'єкти, використання яких може бути чи є екологічно небезпечним.

Узагальнено передбачена Директивою № 2011/92/ЄС процедура оцінки впливу складається із нижчезазначених стадій.

1. Подання зацікавленою в реалізації проекту особою інформації щодо відповідного проекту. Зміст такої інформації зазначено в Додатку № IV та в тому числі включає: опис проекту із зазначенням фізичних характеристик у цілому та вимог щодо землекористування на етапах будівництва й експлуатації; опис основних характеристик виробничого процесу; оцінку типу та кількості очікуваних відходів і викидів (забруднення повітря, вод, ґрунтів, шум, вібрація, теплове випромінювання, радіація), що утворюються внаслідок реалізації проекту; опис основних вивчених заявником альтернатив реалізації проекту та обґрунтування вибору конкретного рішення; опис елементів (складових) довкілля, на які може бути здійснено значний вплив при реалізації запропонованого проекту, включно з населенням, фауною, флорою, ґрунтом, водою, повітрям, кліматичні фактори, ландшафти та взаємозв'язок між переліченими об'єктами; опис потенційно значного (істотного) впливу запропонованого проекту на довкілля, що зумовлений:

- реалізацією цього проекту;
- використанням природних ресурсів;
- викидами/скидами забруднювальних речовин і видаленням відходів;
- опис використаних заявником методів прогнозування, використаних ним для оцінки впливу проекту на довкілля;

– опис заходів, спрямованих на запобігання, зниження та у випадку виникнення – подолання знаних негативних впливів на довкілля.

2. Після подання заінтересованою особою зазначеної у п. 1 інформації, органи влади, які можуть мати стосунок до реалізації відповідного проекту в силу наявності особливих повноважень у сфері охорони довкілля, можуть висловити свої зауваження як щодо проекту, так і щодо заяви на отримання необхідного для його реалізації дозвільного документа.

3. Інформування громадськості шляхом оприлюднення в друкованих або електронних засобах масової інформації відомостей: 1) про наявність запиту (звернення) щодо отримання дозволу на розробку проекту; 2) про те, що проект підлягає оцінці впливу на довкілля; 3) про природу (специфіку) можливих рішень щодо проекту або проектів такого рішення (за наявності); 4) про визначення доступності поданої заявником інформації та місце, строки та способи ознайомлення з нею; 5) детальний перелік вжитих із метою гарантування участі громадськості в прийнятті рішення щодо проекту заходів (наприклад, розсилка повідомлень поштою, публікація в місцевій пресі, проведення опитування громадської думки тощо).

4. Прийняття рішення про видачу або відмову у видачі дозволу на розробку проекту компетентним органом.

5. Оприлюднення наступної інформації компетентним органом (органами) з метою інформування громадськості:

- щодо змісту дозволу та будь-яких умов, що його стосуються;
- розглянуті питання та позиції, висловлені заінтересованою громадськістю, основні причини та доводи, на яких базується прийняте рішення, включно з описом інформації про участь громадськості в процесі прийняття відповідного рішення;

– опис у разі необхідності основних заходів щодо попередження, зниження і за можливості – ліквідації значних наслідків негативного впливу на довкілля.

6. За наявності підстав – оскарження заінтересованими особами рішень, прийнятих за наслідками оцінки проекту. При цьому Директива у ст. 11 містить спеціальні норми щодо зобов'язань держав-учасниць ЄС гарантувати, у відповідності з національною правовою системою конкретної країни, право заінтересованої громадськості отримати доступ до процедури оскарження в суді або в іншому неупередженому органі, визначеному законодавством, вчинені в процесі оцінки проектів рішення, дії або бездіяльність у частині прав громадськості на участь у такій оцінці з мотивів порушення норм матеріального чи процесуального права.

Вважаємо, що більшість передбачених Директивою № 2011/92/ЄС процедур попередньої оцінки можливих впливів екологічно небезпечних видів діяльності можливо й доцільно застосовувати також щодо видів спеціального природокористування. Зокрема це пояснюється як наявністю серед видів так званих «проектів», щодо яких проводиться відповідна оцінка, видів такого користування, а також те, що, як вказувалось вище, при реалізації переважної більшості з виділених проектів може здійснюватись або здійснюватиметься

спеціальне використання окремих природних ресурсів, яке в більшості випадків очевидно характеризуватиметься наявністю екологічного ризику.

Враховуючи вказане, при імплементації визначених Угодою про асоціацію вважаємо за доцільне поширити визначені Директивою № 2011/92/ЄС процедури попередньої оцінки на спеціальне водо-, земле-, надро-, лісокористування та здійснення викидів забруднювальних речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами. При цьому запровадження процедури вказаної попередньої оцінки не повинно дублювати інші подібні процедури, що передбачаються чинним законодавством, тобто, користуючись термінологією проаналізованих вище актів ЄС, усунути дублювання відповідних процедур.

Для цього пропонуємо наступну модель правового регулювання відповідних відносин.

Варіант 1. У випадку здійснення певних видів спеціального природокористування при реалізації проєктів, оцінка впливу яких здійснюватиметься відповідно до передбачених Директивою № 2011/92/ЄС процедур, перевірку екологічної безпечності зазначених видів спеціального природокористування слід здійснювати в межах реалізації такої процедури оцінки впливу. Для цього перелік проєктів, що підпадають під дію процедури оцінки впливу, яка буде визначена на рівні національного законодавства, має бути доповнений всіма без винятку випадками природокористування, які здійснюватимуться при реалізації відповідних проєктів.

На нашу думку, оцінку екологічної безпечності впливу природокористування при реалізації основного проєкту доцільно здійснювати одночасно з оцінкою безпечності самого проєкту як його складової частини. Більш того, така оцінка дасть можливість комплексно оцінити всі можливі екологічні ризики реалізації проєкту, при якій певні види природокористування здійснюватимуться в нерозривному зв'язку із здійсненням основної діяльності відповідного об'єкта (заводу, устаткування тощо), що відповідатиме принципу комплексності, визначеному зокрема в Директиві 2008/1/ЄС «Про комплексне запобігання і протидію забруднення»¹.

Варіант 2. Певний вид (види) спеціального водо-, лісо-, надро- чи землекористування або викиди забруднювальних речовин в атмосферне повітря планується здійснювати безвідносно до реалізації жодного з проєктів, які підлягають оцінці впливів у відповідності до визначених Директивою № 2011/92/ЄС процедур. У такому випадку процедуру попередньої оцінки екологічної безпечності такого природокористування слід здійснювати як самостійну процедуру, яка водночас має прийти на зміну іншим процедурам подібного спрямування, що передбачені чинним законодавством (насамперед процедурі погодження при видачі дозволів на окремі види спеціального природокористування).

При цьому за стадіями (етапами) процедура попередньої оцінки у випадку реалізації Варіанту 2 має бути аналогічною процедурі попередньої оцінки за Варіантом 1 з урахуванням специфіки, яка в полягає у відсутності необхідності здійснювати вказану оцінку комплексно з попередньою оцінкою відповідного проєкту.

Наступні дослідження автора будуть присвячені аналізу інших правових процедур забезпечення ЕБ, які передбачені актами законодавства ЄС, щодо яких Україна має адаптувати національне законодавство відповідно до вимог Угоди про асоціацію.

¹ Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0092> – Назва з екрану.

² Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990L0313:EN:HTML> – Назва з екрану.

³ Директива N 2008/50/ЄС Європейського парламенту і Совета : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_950 – Назва з екрану.

⁴ Directive 2004/107/EC of the European Parliament and of the Council 15 December 2004 relating to arsenic, cadmium, mercury, nickel and polycyclic aromatic hydrocarbons in ambient air : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32004L0107> – Назва з екрану.

⁵ Водна рамкова директива ЄС 2000/60/ЄС : <http://dpbuvr.gov.ua/Водна-Рамкова-Директива-ЄС-200060ЄС/> – Назва з екрану.

⁶ Директива Ради 91/271/ЄС «Про очистку міських стічних вод» від 21 травня 1991 року : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_911 – Назва з екрану.

⁷ Директива Ради 98/83/ЄС «Про якість води, призначеної для споживання людиною» від 3 листопада 1998 року : <http://law.jkg-portal.com.ua/ua/law/one/direktiva-radi-9883jes-pro-jakst-vodi-priznachenoji-dlja-spozhyvannja-ljudinoju-3-listopada-1998-roku> – Назва з екрану.

⁸ Урядовий портал. Єдиний веб-портал органів виконавчої влади України : <http://www.kmu.gov.ua/> – Назва з екрану.

⁹ План імплементації Директиви 2011/92/ЄС Європейського Парламенту та Ради про оцінку впливу окремих державних і приватних проєктів на навколишнє середовище (кодифікація) : file:///C:/Users/User/Downloads/Dir_2011_92.pdf – Назва з екрану.

¹⁰ Директива № 2008/1/ЄС Європейського Парламенту і Совета о комплексном предотвращении и контроле загрязнений : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_b02 – Назва з екрану.

Резюме

Євстїгнєєв А. С. Правове забезпечення екологічної безпеки при здійсненні спеціального природокористування в контексті окремих положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС.

У статті проведено аналіз положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС в частині зобов'язань із запровадження до законодавства України положень щодо попередньої оцінки екологічної безпеки певних видів діяльності, запропоновані авторські пропозиції щодо такого запровадження.

Ключові слова: забезпечення екологічної безпеки, Угода про асоціацію між Україною та ЄС, спеціальне природокористування, забезпечення екологічної безпеки при здійсненні спеціального природокористування.

Резюме

Евстигнеев А. С. Правовое обеспечения экологической безопасности при осуществлении специального природопользования в контексте отдельных положений Соглашения об ассоциации между Украиной и ЕС.

В статье проведен анализ положений Соглашения об ассоциации между Украиной и ЕС в части обязательств по внедрению в законодательство Украины положений относительно предварительной оценки экологической безопасности определенных видов деятельности, приведены авторские предложения по такому внедрению.

Ключевые слова: обеспечение экологической безопасности, Соглашение об ассоциации между Украиной и ЕС, специальное природопользование, обеспечение экологической безопасности при осуществлении специального природопользования.

Summary

Yevstigneyev A. Legal maintenance of ecological safety of special natural resources usage in the context of certain provisions of the Agreement on Association between Ukraine and EU.

The article analyzes the provisions of the Association Agreement between Ukraine and the EU in the implementation to the legislation of Ukraine the provisions concerning the preliminary assessment of the environmental safety of certain activities, given the author's proposals for such implementation.

Key words: Provision of ecological Safety, the Agreement on Association between Ukraine and EU, special natural resources usage, Provision of Ecological safety in special natural resources usage.

УДК 341.1/8

О. Б. НИМКО

*Ольга Борисівна Німко, кандидат юридичних наук,
доцент Житомирського національного агроєкологічного університету*

МІЖНАРОДНЕ СПІВРОБІТНИЦТВО ТА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ АТОМНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ В УКРАЇНІ ТА СВІТІ

В сучасних умовах зростання економіки України частково залежить від ефективного використання атомної енергетики. Для цього доцільним та необхідним постає вдосконалення міжнародного співробітництва і правового регулювання атомної енергетики в Україні.

У минулому, коли людина тільки брала від природи її багатства без будь-яких обмежень, охорона природи полягала переважно в тому, що окремі об'єкти вилучалися з користування і охоронялися¹.

Науково-теоретичну базу з проблематики законодавства щодо адміністративно-правового регулювання становлять загальнотеоретичні праці фахівців як адміністративного, так і інших галузей права: В. Авер'янова, Ю. Битяка, Л. Коваль, але їхні праці відображають проблему адміністративно-правового регулювання в цілому. Окремі аспекти проблеми адміністративно-правового регулювання у досліджуваній сфері висвітлювалися у працях А. Берлача, Н. Бондарчук, Л. Василенко, В. Курила. Окремі питання були предметом наукових досліджень таких вчених, як О. Овсієнко, С. Плачкова, Л. Тимченко, І. Франчук.

Отже, окреслена вище проблема є недостатньо дослідженою, а відтак – важливою та актуальною.

Міжнародне співробітництво в галузі використання атомної енергії має дуже важливе значення для вирішення таких глобальних проблем, як: нерозповсюдження ядерної зброї і припинення використання мирних ядерних об'єктів, установок і матеріалів у військових цілях; оперативне сповіщення і допомогу в разі ядерної аварії та інших надзвичайних ситуацій; відшкодування шкоди, заподіяної в результаті використання атомної енергії; проведення наукових досліджень; регулювання торгівлі та обміну ядерними матеріалами і технологіями, будівництва атомних електростанцій, реакторів і установок; зберігання та переробку відпрацьованого ядерного палива та радіоактивних відходів².

Міжнародне агентство з атомної енергії (далі – МАГАТЕ) є міжнародною міжурядовою організацією науково-технічного спрямування, заснованою Генеральною Асамблеєю ООН 29 липня 1957 року. МАГАТЕ входить до загальної системи міжнародних організацій ООН, а його відносини з ООН базуються на окремій угоді від 1959 року.

Згідно зі Статутом, затвердженим 23 жовтня 1956 р., діяльність Агентства спрямована на досягнення широкого використання атомної енергії в мирних цілях та сприяння поширенню ядерних технологій. Серед основних завдань діяльності МАГАТЕ є контроль за мирним використанням атомної енергії та забезпечення того, щоб допомога Агентства не була використана у військових цілях. У цьому зв'язку МАГАТЕ служить міжнародним інспекційним органом для перевірки непереключення ядерних матеріалів, обладнання та технологій у країнах, що не мають ядерної зброї, з дозволеної мирної діяльності на військові потреби (система гарантій МАГАТЕ). МАГАТЕ також встановлює стандарти ядерної та фізичної ядерної безпеки, надає країнам-членам технічну допомогу, а також заохочує обмін науковою і технічною інформацією у галузі ядерної

енергії. Агентство надає консультаційну допомогу, сприяє передачі навичок і знань країнам для ефективної реалізації національних програм мирного використання ядерної енергії.

МАГАТЕ надає щорічні доповіді Генеральній Асамблеї ООН та у разі необхідності – Раді Безпеки ООН щодо недотримання державами своїх зобов'язань, які випливають з системи гарантій МАГАТЕ, а також з інших питань, що стосуються міжнародного миру та безпеки.

Під егідою Агентства було розроблено й схвалено 12 міжнародних конвенцій у сферах ядерної безпеки, фізичної ядерної безпеки та ядерної відповідальності.

На сьогодні основними напрямками діяльності МАГАТЕ є:

1. Ядерна енергетика, паливний цикл та ядерна наука (програма ІНПРО, технології ядерного паливного циклу та матеріалів, створення потенціалу і збереження ядерних знань для стійкого енергетичного розвитку, сприяння розвитку різних галузей ядерної науки).

2. Ядерні застосування у сферах безпеки продовольства та в сільському господарстві, для охорони здоров'я (раковий захворювання, томографія), забезпечення водних ресурсів, для оцінки та раціонального використання морського й наземного середовища, виробництво медичних радіоізотопів та радіаційні технології, управління технічним співробітництвом з метою розвитку.

3. Ядерна та фізична ядерна безпека (безпека ядерних установок, радіаційна безпека та безпека перевезень, поводження з радіоактивними відходами, фізична ядерна безпека, готовність на реагування у випадку інцидентів та аварійних ситуацій).

4. Ядерна перевірка (застосування системи гарантій МАГАТЕ, імплементація гарантій Агентства в Ірані, Сирії та КНДР)³.

У країнах Європейського союзу атомні електростанції виробляють майже 30 % електроенергії. 130 ядерних реакторів експлуатуються в 14 країнах ЄС. Кожна країна ЄС вирішує самостійно, потрібно використовувати ядерну енергетику чи ні.

Мирне використання ядерної енергії в ЄС регулюється Договором про заснування європейського товариства з атомної енергії (European Atomic Energy Community)⁴. У той час як Євратом є самостійною юридичною особою щодо ЄС, вона управляється органами ЄС.

Європейська комісія займається ядерною діяльністю за трьома напрямками:

– ядерна безпека щодо безпечної експлуатації ядерних установок, радіаційний захист та поводження з радіоактивними відходами;

– ядерні гарантії, тобто заходи, спрямовані на те, щоб ядерні матеріали використовувалися тільки для цілей, заявлених користувачами;

– фізична ядерна безпека належить до фізичного захисту ядерних матеріалів і установок від умисних зловмисних дій.

ЄС застосовує найвищі стандарти безпеки для всіх видів цивільної ядерної діяльності, включаючи виробництво електроенергії, дослідження і використання з медичною метою. Як реакція на ядерну аварію у Фукусімі 2011 р. серію стрес-тестів було проведено в 2011 р. та 2012 р. для вимірювання здатності ядерних установок ЄС, щоб протистояти стихійним лихам.

У липні 2014 р. ЄС внесла поправки в директиву з ядерної безпеки 2009 р., що встановлює загальні правила безпеки для ядерних установок.

Директива ЄС щодо поводження з радіоактивними відходами та відпрацьованим паливом встановлює правила для безпечного видалення використаних радіоактивних матеріалів.

Закриття і виведення з експлуатації атомної електростанції в кінці свого життєвого циклу являє собою тривалий і дорогий процес. «Директива відходів» також вимагає створення планів ЄС у країнах для фінансування безпечного захоронення радіоактивних відходів при виведенні з експлуатації.

ЄС запровадив програми підтримки з виведення з експлуатації ядерних об'єктів, щоб надати фінансову допомогу Болгарії, Литві та Словаччині щодо безпечного вилучення з використання старих реакторів радянського типу.

ЄС має законодавство радіаційного захисту з метою захисту здоров'я людей від небезпек, що виникають від іонізуючих випромінювань. Це включає в себе основні норми безпеки, доповнені в низці актів, що забезпечують високий рівень захисту населення та робітників.

Крім того, ЄС вимагає від країн, що входять до його складу, контролю радіоактивності в повітрі, воді, ґрунті та продуктах харчування.

Він також відіграє важливу роль в міжнародному обміні радіологічної інформації, зокрема, в разі ядерної аварії⁵.

Безпечне використання атомної енергії Японії спрямоване на сприяння захисту життя людей, здоров'я і майна, охорони навколишнього середовища та національної безпеки⁶.

Основним нормативно-правовим актом, що визначає енергетичну стратегію Японії, є Основний закон з атомної енергії № 186 від 1955 р., який має на меті забезпечити енергоресурси для майбутнього і сприяти дослідженням, розробкам та використанню ядерної енергії в мирних цілях. Він продовжує встановлювати межі регулювання ядерної діяльності. Відповідно до вказаного закону була створена Комісія з атомної енергії (Atomic Energy Commission, AEC) і Комісія з ядерної безпеки (Nuclear Safety Commission, NSC). До повноважень вказаних органів належить контроль над ядерним паливом, ядерними реакторами, а також за захистом від радіаційної небезпеки і компенсації за шкоду, заподіяну ядерної діяльності⁷.

Комісія з ядерної безпеки Канади (Canadian Nuclear Safety Commission, CNSC) регулює використання ядерної енергії та матеріалів з охорони здоров'я, безпеки та навколишнього середовища; для виконання міжнародних зобов'язань Канади з мирного використання ядерної енергії. Вона зобов'язана поширювати об'єктивну наукову, технічну і нормативну інформацію для громадськості.

Комісія CNSC має до семи призначених постійних членів, чії рішення підтримують понад 800 співробітників. Ці співробітники здійснюють видачу ліцензій відповідно до вимог нормативних актів, надають рекомендації Комісії, а також забезпечують дотримання Закону про контроль за ядерною безпекою і нормативних актів і будь-яких ліцензійних умов, встановлених Комісією.

Основоположним законом у атомній сфері Канади є Закон про ядерну безпеку та контроль (NSCA)⁸.

Агенство з радіаційного захисту і ядерної безпеки Австралії (Australian Radiation Protection and Nuclear Safety Agency, ARPANSA) є основним органом австралійського уряду з питань радіаційного захисту та ядерної безпеки.

ARPANSA здійснює регулювання щодо:

- надання інформації для громадськості, промисловості та працівників, а також консультування уряду з інших з питань, пов'язаних із забезпеченням радіаційного захисту та ядерної безпеки;
- створення і підтримання досвіду в оцінці впливу на здоров'я людини, включаючи вимір і розуміння випромінювання;
- використання повноважень з ліцензування та роботи з суб'єктами Співдружності з метою забезпечення безпеки радіаційних об'єктів і джерел, що експлуатуються ними;
- проведення наукових досліджень і розробок у сфері радіаційного захисту та ядерної безпеки і забезпечення високої якості наукових послуг;
- провідної ролі в розробці стандартів, кодексів практики, керівних принципів та інших відповідних матеріалів для підтримки радіаційного захисту та ядерної безпеки на всій території Австралії;
- представництва Австралії та інтересів нашої спільноти, відіграючи роль в діяльності відповідних національних і міжнародних організацій⁹.

Закон з атомної енергії Індії має на меті регулювання розробки, контролю й використання атомної енергії на благо народу Індії та інших мирних цілей. Вказаний нормативно-правовий акт забезпечує нормативно-правове регулювання всіх видів діяльності, пов'язаних з атомною програмою і використанням енергії іонізуючого випромінювання в Індії. Відповідно до цього закону, уповноваженим органом регулювання є Рада з регулювання атомної енергії (AERB), яка призначається центральним урядом з метою здійснення контролю над ядерними установками і використання радіоактивних речовин і рослин, що генерують випромінювання поза такими установками¹⁰.

Правове регулювання у сфері атомної енергетики України – це здійснення державою, її органами, громадянським суспільством за допомогою правових засобів впорядкування, регулювання, розвитку та охорони суспільних відносин, пов'язаних з використанням ядерної енергії, функціонування ядерних установок та джерел іонізуючого випромінювання, інших питань щодо виробництва та використання ядерної енергії, радіаційної безпеки тощо.

Основними завданнями законодавства у сфері атомної енергетики в Україні є:

- врегулювання суспільних відносин під час провадження будь-яких видів діяльності у сфері використання атомної енергії;
- розробка правових засад системи адміністративно-правового регулювання у досліджуваній сфері;
- встановлення прав, обов'язків і засад юридичної відповідальності органів державної влади та місцевого самоврядування, установ, підприємств і організацій, службових та посадових осіб, а також громадян України, іноземців та осіб без громадянства стосовно їх діяльності, пов'язаної з використанням атомної енергії;
- забезпечення участі громадян та їх об'єднань у формуванні державної політики у досліджуваній сфері;
- виокремлення основоположних засад радіаційного захисту людей та навколишнього природного середовища;
- подальший розвиток міжнародного співробітництва щодо безпечного використання атомної енергії.

Негативи сучасного законодавства тягнуть за собою неконтрольованість дій органів виконавчої влади, прийняття ними численних суперечливих та неконституційних нормативних актів, що в цілому ускладнює і без того негативне правове регулювання різних сфер буття¹¹.

Механізм правового регулювання атомної енергетики складається із таких елементів:

- норми права – загальнообов'язкові правила поведінки, встановлені з метою регулювання суспільних відносин у сфері атомної енергетики;
- правовідносини – вольові суспільні відносини, що виникають на основі норм права у досліджуваній сфері;
- акти реалізації норм права – процес фактичного втілення конкретних приписів правових норм щодо конкретних суб'єктів у галузі захисту об'єктів довкілля¹².

В Україні державне регулювання в сфері атомної енергетики здійснюється як органами загальної компетенції, так і органами спеціальної компетенції.

Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України (ч. 2 ст. 6 Конституції України)¹³.

Статтею 19 Конституції України встановлено, що органи державної влади, органи місцевого самоврядування повинні діяти лише на підставі та в межах повноважень і у спосіб, що передбачений Конституцією та законами України¹⁴.

Органами загальної компетенції в Україні є Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України. Компетенція їх в сфері атомної енергетики визначені в Основному Законі нашої держави – Конституції України. Зокрема, відповідно до ст. 92 Конституції України виключно законами України встановлюються засади організації та експлуатації енергосистем.

Отже, до повноважень Верховної Ради України належить прийняття законів, спрямованих на регулювання відносин у цій сфері.

Основою створення законодавства у сфері атомної енергетики в Україні стала Концепція державного регулювання та управління ядерною галуззю в Україні, ухвалена постановою Верховної Ради України від 25 січня 1994 року.

Відносини у досліджуваній сфері регулюються законами України:

- «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» від 8 лютого 1995 р.;
- «Про поведження з радіоактивними відходами» від 30 червня 1995 р.;
- «Про видобування і переробку уранових руд» від 19 листопада 1997 р.;
- «Про дозвільну діяльність у сфері використання ядерної енергії» від 11 січня 2000 р.;
- «Про фізичний захист ядерних установок, ядерних матеріалів, радіоактивних відходів, інших джерел іонізуючого випромінювання» від 19 жовтня 2000 року.

Президент України, відповідно до Конституції України, підписує прийняті Верховною Радою закони в сфері атомної енергетики або користується своїм правом вето щодо них, приймає укази та розпорядження з питань, що належать до сфери атомної енергетики.

Так, Президент України видав Укази «Про невідкладні заходи щодо розвитку атомної енергетики та формування ядерно-паливного циклу в Україні» від 23 грудня 1994 р., «Про державне регулювання ядерної та радіаційної безпеки» від 5 грудня 2000 р., «Про заходи щодо забезпечення виконання зобов'язань, взятих Україною за міжнародними договорами з питань ядерної та радіаційної безпеки» від 1 жовтня 2001 р., розпорядження «Про заходи щодо підвищення рівня ядерної та радіаційної безпеки в Україні» від 19 березня 2001 року.

Кабінет Міністрів України відповідає за реалізацію політики держави в сфері атомної енергетики, приймає постанови та розпорядження з енергетичних питань.

Кабінет Міністрів України видав ряд постанов та розпоряджень у досліджуваній сфері. Зокрема, це:

- розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження плану заходів щодо проведення просвітницької роботи з населенням, яке проживає в зонах спостереження атомних електростанцій» від 1 лютого 2012 р.;
- постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку здійснення державного нагляду за дотриманням вимог ядерної та радіаційної безпеки» від 13 листопада 2013 року.

Органами спеціальної компетенції є органи, для яких здійснення державного регулювання в сфері енергетики є основною функцією. До органів спеціальної компетенції в сфері енергетики належать Державна інспекція ядерного регулювання України, яка створена відповідно до Указу Президента України «Про Положення про Державну інспекцію ядерного регулювання України» від 6 квітня 2011 року. Вказаний державний орган є центральним органом виконавчої влади, який є головним у системі центральних органів виконавчої влади з формування та реалізації державної політики у сфері безпеки використання ядерної енергії.

Держатомрегулювання України у своїй діяльності керується Конституцією та законами України, актами Президента України та Кабінету Міністрів України, іншими актами законодавства України, а також дорученнями Президента України.

Провідними напрямками діяльності Держатомрегулювання України є державне регулювання, розробка та здійснення державної політики у сфері безпеки використання ядерної енергії¹⁵.

Держатомрегулювання в межах своєї компетенції видав рад наказів, як-то: «Про затвердження Загальних положень безпеки ядерної підкритичної установки» від 12 березня 2012 р., «Про затвердження Правил з радіаційної безпеки прискорювачів електронів» від 5 серпня 2013 р., «Про затвердження Вимог до систем аварійного охолодження ядерного палива та відведення тепла до кінцевого поглинача» від 24 грудня 2015 р. тощо.

Суб'єктом державного регулювання атомної енергетики в Україні виступає Державне підприємство «Національна атомна енергогенеруюча компанія «Енергоатом», яка створена відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 1996 року.

Завданнями підприємства стали:

- розроблення і впровадження єдиних для компанії техніко-економічних нормативів;
- створення системи поведження з відпрацьованим ядерним паливом та радіоактивними відходами;
- створення системи перепідготовки і підвищення кваліфікації персоналу атомних електростанцій;
- підвищення безпеки атомних електростанцій на основі впровадження сучасних технологій, вдосконалення характеристик систем безпеки;
- забезпечення дотримання норм міжнародних договорів з питань ядерної безпеки та цивільно-правової відповідальності за ядерну шкоду;
- будівництво і реконструкція атомних енергоблоків, зняття їх з експлуатації¹⁶.

Незважаючи та проблематичність та актуальність питань атомної енергетики в країні розроблено, але не прийнято Ядерний кодекс України, який став би комплексним, базовим нормативним актом, що врегулював би сьогоденні спрямування застосування атомної енергетики.

Зростає також роль міжнародного співробітництва як інструмента координації діяльності, залучення позитивного досвіду, розвитку міжнародної кооперації та, звичайно ж, об'єднання інтелектуальних і матеріальних можливостей світового співтовариства. Це стає особливо актуальним за неминучого залучення до використання ядерної енергії десятків «нових» країн, що не мають досвіду розвитку й регулювання такої діяльності. Такі основні принципи, як культура ядерної й фізичної безпеки, повинні стати обов'язковими умовами « нової ядерної ери ». Це можливо лише за широкого міжнародного співробітництва між країнами, котрі мають передові ядерні програми, і новими учасниками « ядерного ренесансу ».

Водночас світове співтовариство усвідомлює, що, незважаючи на досягнуті успіхи, сьогодні ядерна енергетика залишається потенційно небезпечною галуззю, і широкомасштабний її розвиток можливий за умови вирішення таких її основних проблем, як зниження ризику ядерного розповсюдження, поводження з відпрацьованим ядерним паливом та радіоактивними відходами, підвищення безпеки й поліпшення економічних показників. Світове співтовариство докладає значних зусиль для вирішення цих проблем¹⁷.

¹ Бондарчук Н. В. Правове забезпечення раціонального використання та охорони земель авіаційного транспорту України / Н. В. Бондарчук // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 4. – С. 267–271.

² Міжнародне співробітництво в галузі мирного використання атомної енергії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://o-pravovedeni.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=366:mizhnarodne-spivrobotnictvo-v-galuzi-mirnogo-vikoristannya-atomno%D1%97-energi%D1%97&catid=48&Itemid=4/ (Дата звернення: 05.07.2016).

³ Про Міжнародне агентство з атомної енергії // Постійне представництво України при міжнародних організаціях у Відні : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://vienna.mfa.gov.ua/ua/ukraine-io/iaea/about> (Дата звернення: 05.07.2016).

⁴ Міжнародний документ. Договір об утворенні європейського союзу по атомній енергії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_027

⁵ Nuclear Energy: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ec.europa.eu/energy/en/topics/nuclear-energy/> (Дата звернення: 05.07.2016).

⁶ Dan Joyner. Japan's Nuclear Law and National Security // Arms control law. 2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://armscontrolaw.com/2012/07/24/japans-nuclear-law-and-national-security/> (Дата звернення: 05.07.2016).

⁷ National Regulations in Japan // Japan Atomic Energy Agency : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://c-navi.jaea.go.jp/en/background/international-guidance-legislation-and-regulations/national-regulations-in-japan.html> (Дата звернення: 05.07.2016).

⁸ Acts and regulations // Canadian Nuclear Safety Commission : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://nuclearsafety.gc.ca/eng/acts-and-regulations/> (Дата звернення: 05.07.2016).

⁹ ARPANSA – Australian Radiation Protection and Nuclear Safety Agency / Healthdirect : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.healthdirect.gov.au/partners/arpansa-australian-radiation-protection-and-nuclear-safety-agency/> (Дата звернення: 05.07.2016).

¹⁰ Atomic Energy Regulatory Board : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.aerb.gov.in/AERBPortal/pages/English/Constitution/acts_jsp.action/ (Дата звернення: 05.07.2016).

¹¹ Василенко Л. П. Правові проблеми діяльності органів виконавчої влади з питань екології : моногр. / Л. П. Василенко – Житомир : Житомирський національний агроєкологічний університет, 2014. – 167 с.

¹² 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.

¹³ 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»).

¹⁴ 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»).

¹⁵ Про Положення про Державну інспекцію ядерного регулювання України : Указ Президента України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/403/2011>

¹⁶ Про створення Національної атомної енергогенеруючої компанії «Енергоатом» : постанова Кабінету Міністрів України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1268-96-%D0%BF>

¹⁷ Шевцов А. І. Міжнародне співробітництво в ядерній енергетиці – шлях до вирішення проблем ядерної галузі України / А. І. Шевцов, А. З. Дорошкевич // Стратегічні пріоритети. – 2009. – № 2. – С. 10–16.

Резюме

Німко О. Б. Міжнародне співробітництво та адміністративно-правове регулювання атомної енергетики в Україні та світі.

У статті окреслено важливість міжнародного співробітництва в галузі використання атомної енергії, досліджено правові засади діяльності МАГАТЕ, адміністративно-правове регулювання атомною енергетикою ЄС, Канади, Японії, Австралії, Індії та України. Проаналізовано законодавство та досліджено суб'єкти правового регулювання у сфері атомної енергетики України, так як: Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Державна інспекція ядерного регулювання України, Державне підприємство «Національна атомна енергогенеруюча компанія «Енергоатом».

Ключові слова: атомна енергетика, міжнародне співробітництво у сфері атомної енергетики, адміністративно-правове регулювання атомної енергетики в Україні, правове регулювання атомної енергетики ЄС, правове регулювання атомної енер-

гетики Японії, правове регулювання атомної енергетики Канади, правове регулювання атомної енергетики Австралії, правове регулювання атомної енергетики Індії.

Резюме

Німко О. Б. Международное сотрудничество и административно-правовое регулирование атомной энергии в Украине и мире.

В статье обозначена важность международного сотрудничества в области использования атомной энергии, исследованы правовые основы деятельности МАГАТЭ, административно-правовое регулирование атомной энергетикой ЕС, Канады, Японии, Австралии, Индии и Украины. Проанализировано законодательство и исследованы субъекты правового регулирования в сфере атомной энергетикой Украины, такие как Верховная Рада Украины, Президент Украины, Кабинет Министров Украины, Государственная инспекция ядерного регулирования Украины, Государственное предприятие «Национальная атомная энергогенерирующая компания «Энергоатом».

Ключевые слова: атомная энергетика, международное сотрудничество в сфере атомной энергетикой, административно-правовое регулирование атомной энергетикой в Украине, правовое регулирование атомной энергетикой ЕС, правовое регулирование атомной энергетикой Японии, правовое регулирование атомной энергетикой Канады, правовое регулирование атомной энергетикой Австралии, правовое регулирование атомной энергетикой Индии.

Summary

Nimko O. International cooperation and administrative regulation of atomic energy in Ukraine and the world.

The article outlines the importance of international cooperation in the field of atomic energy, examined the legal basis of the IAEA, administrative and legal regulation of nuclear energy of the EU, Canada, Japan, Australia, India and Ukraine. Analyzed and studied law subjects of legal regulation in the sphere of atomic energy Ukraine as well as the Parliament of Ukraine, President of Ukraine, the Cabinet of Ministers of Ukraine, the State Nuclear Regulatory Inspectorate of Ukraine, State Enterprise "National Nuclear Energy Generating Company "Energoatom".

Key words: atomic energy, international cooperation in the field of atomic energy, administration and regulation of atomic power in Ukraine, the legal regulation of atomic energy EU regulation of atomic power in Japan, the legal regulation of atomic power in Canada, regulation of atomic power Australia, regulation of atomic energy of India.

УДК(349.41+349.6:630)(477).001.36

О. В. СТЕПСЬКА, М. М. ЗАВЕРЮХА

Олена Володимирівна Степська, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»

Марина Михайлівна Заверюха, асистентка кафедри Національного університету «Одеська юридична академія»

ЛІС ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В ЛІСОВОМУ ТА ЗЕМЕЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Серед природних багатств нашої держави лісам належить особливе місце. Ліс – невід'ємна складова частина біосфери. Ліси, парки, лісосмуги, зелені насадження в містах і селах, по берегах рік і водойм – це втілення природної краси, чудові місця для відпочинку, джерела харчових продуктів, різноманітної сировини, палива, будівельних та інших матеріалів. Ліс – місце поселення звірів, птахів, заготівлі лікарської сировини, грибів і ягід, тобто джерело величезної кількості матеріальних цінностей. У більшості випадків для них немає заміників.

Мета статті полягає у встановленні характеру взаємодії норм лісового і земельного законодавства при визначенні лісу як об'єкта правового регулювання, що має не тільки теоретичне, а й практичне значення.

Землі та ліси, які на них зростають, перебувають у тісному природно-біологічному та правовому зв'язку, саме тому виникають різні тлумачення поняття «ліс», які зазвичай різняться. Це стало причиною пошуку правових підходів щодо розмежування понять «ліс» і «земля». Різні аспекти співвідношення цих понять містяться в працях В. Ф. Горбового, В. П. Непійводи, І. І. Каракаша, О. С. Колбасова, Н. І. Краснової, О. І. Краснової, А. М. Мірошниченка, Г. Н. Полянської, С. М. Шершуна та ін.

Професор А. М. Мірошниченко у своїх працях пропонує розмежовувати такі поняття, як «ліс», «земля» та «земельна ділянка», пояснюючи це тим, що власник земельної ділянки не може «автоматично» визнаватися власником лісу, адже він не може вільно та на свій розсуд володіти, користуватися або ж розпоряджатися цим природним ресурсом¹.

У свою чергу, вчений Н. І. Краснов розрізняє юридичне та біологічне розуміння лісу, обґрунтовуючи це тим, що характеристика природних об'єктів не може в цілому бути прийнятою юриспруденцією². О. І. Краснов вважає, що є необхідність у створенні окремого законодавчого акта, в якому передбачалося би правове становище лісових земель, в рамках не лісового, а земельного законодавства³.

Науковець В. Ф. Горбовий вважає, що включення в поняття «ліс» тварин, мікроорганізмів, землі неможливо, адже дані природні об'єкти є самостійними предметами правового регулювання і мають відмінний від лісу правовий режим⁴. Проте з наведеною точкою зору погодитися складно, оскільки ліс являє собою природний комплекс, який включає в себе й інші об'єкти навколишнього природного середовища, зокрема землю, надра, тваринний та рослинний світ, мікроорганізми та інші природні компоненти. Кожен з них – це окремий об'єкт правового регулювання, але саме їх комплексне поєднання породжує такий об'єкт, як ліс.

Початком дискусії щодо розмежування лісу та землі стало прийняття ЛК Української РСР 1979 р.⁵, в якому дано визначення поняттям «ліс» та «лісові землі». Поштовхом до цього було те, що ще раніше в Основах земельного законодавства Союзу РСР і союзних республік⁶ вперше в історії вітчизняного законодавства норми, які регулювали використання земель державного лісового фонду, були включені й до земельного законодавства. Відносини, пов'язані з використанням лісових земель, регулювались як земельним, так і лісовим законодавством. Таке рішення законодавця можна пояснити тим, що зазначені норми хоча формально й включені до складу лісового законодавства, проте за своєю юридичною природою є земельно-правовими.

У ст. 3 Лісового кодексу України (далі – ЛК України) в редакції 1994 р. ліс було визначено як «сукупність землі, рослинності, в якій домінують дерева та чагарники, тварин, мікроорганізмів та інших природних компонентів, що в своєму розвитку біологічно взаємопов'язані, впливають один на одного і на навколишнє середовище». Тобто, поняття лісу охоплювало землі, на яких він проростає⁷.

Із 2006 р., із внесенням змін у ч. 1 ст. 1 ЛК України, ліс визначається як «тип природних комплексів, в якому поєднуються переважно деревна та чагарникова рослинність з відповідними ґрунтами, трав'яною рослинністю, тваринним світом, мікроорганізмами та іншими природними компонентами, що взаємопов'язані у своєму розвитку, впливають один на одного і на навколишнє природне середовище». Ця дефініція сформульована на основі положень, що свого часу використовувалися в тексті Закону СРСР «Про затвердження Основ лісового законодавства Союзу РСР та союзних республік» від 17 червня 1977 року⁸.

Таке визначення зводиться переважно до рослинного покриву. Для порівняння з європейськими стандартами наведемо дефініцію «ліс» відповідно до законодавства Великої Британії, яке встановлює: «Ліс – земля покрита кронами, або еквівалентний рівень затінення дерев більше ніж 10 процентів, і площею більше ніж 0,5 га. Деревна мають бути здатними досягти на ділянці висоти більше 5 м у зрілому стані»⁹. З даного визначення стає зрозумілим, що ліс розкривається через поняття «земля».

Ліс, як самостійний природний ресурс, має складну структуру і окремі його елементи можуть набувати самостійного значення і ставати самостійними об'єктами еколого-правового регулювання та об'єктами права власності.

Така складність у визначенні природних об'єктів як предметів правового регулювання обумовлена особливостями їх існування у природному середовищі. Так, наприклад, середовищем свого перебування об'єкти тваринного світу мають не тільки ліс, а й інші природні території та об'єкти (степ, водойми, атмосферне повітря тощо). За таких обставин, а також враховуючи те, що об'єкти тваринного світу мають й інші особливості, вони є самостійним предметом правового регулювання та об'єктом права власності. Особливості набуття та припинення права власності на об'єкти тваринного світу, в тому числі ті, що є природними компонентами лісу, визначаються Законом України «Про тваринний світ» від 13 грудня 2001 р. № 2894-III¹⁰. Тож право власності на ліс не поширюється на об'єкти тваринного світу. Разом із тим власник лісу та лісокористувачі повинні дотримуватися вимог щодо охорони тваринного світу, які передбачені лісовим та фауністичним законодавством. Зокрема, плануючи лісокористування, власник лісу або уповноважені ним особи мають вживати заходи щодо запобігання погіршенню середовища перебування, шляхів міграції та умов розмноження диких тварин, збереження умов існування видового й популяційного різноманітності тваринного світу тощо.

Також інші природні об'єкти (водні об'єкти, об'єкти Червоної книги України та Зеленої книги України), що знаходяться у межах лісових ділянок, мають свої особливості щодо набуття та реалізації права власності.

У ст. 1 Закону України «Про охорону земель» від 19 червня 2003 р. № 962-IV¹¹ дано визначення понять «ґрунт» та «земля»: «ґрунт – це природно-історичне органо-мінеральне тіло, що утворилося на поверхні земної кори і є осередком найбільшої концентрації поживних речовин, основою життя та розвитку людства завдяки найціннішій своїй властивості – родючості», «земля – поверхня суші з ґрунтами, корисними копалинами та іншими природними елементами, що органічно поєднані та функціонують разом з нею». Крім того, ч. 2 ст. 79 Земельного кодексу України (далі – ЗК України)¹² визначає, що право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (ґрунтовий) шар. Ґрунти мають спільний режим із землею, їх використання, охорона та відтворення регламентується земельним законодавством.

Не можна погодитись з думкою О. П. Чопик, що правовий зв'язок землі та лісу як природного об'єкта можна охарактеризувати, посилаючись на ст. 186 Цивільного кодексу України, згідно з якою річ, призначена для обслуговування іншої (головної) речі і пов'язана з нею спільним призначенням, є її приналежністю. Таке поєднання землі як головної речі та лісу як приналежності створює правову категорію «лісові землі»¹³. Вважаємо, що ліс не призначений для обслуговування землі, а скоріше являє собою складну річ, де землі лісогосподарського призначення є його складовою.

Правовідносини, які виникають при використанні земель лісгосподарського призначення, регулюються передусім ЗК України, ЛК України та іншими законодавчими актами. Земельне законодавство визначає загальні положення, які стосуються регулювання використання та охорони земель лісгосподарського призначення, а лісове відображає специфіку регулювання цих відносин.

Усі ліси на території України, незалежно від того, на землях яких категорій вони зростають, та незалежно від права власності на них, становлять лісовий фонд України і перебувають під охороною держави. У ст. 4 ЛК України встановлено: «До лісового фонду України належать лісові ділянки, в тому числі захисні насадження лінійного типу, площею не менше 0,1 га. До лісового фонду не належать зелені насадження в межах населених пунктів (парки, сади, сквери, бульвари тощо), які не віднесені в установленому порядку до лісів, а також окремі дерева і групи дерев, чагарники на сільськогосподарських угіддях, присадибних, дачних і садових ділянках»¹⁴. Їх правовий режим встановлюється Правилами утримання зелених насаджень у населених пунктах України¹⁵, Законами України «Про рослинний світ»¹⁶, «Про благоустрій населених пунктів»¹⁷ та іншими законодавчими актами. Вони не належать до лісового фонду, оскільки не відповідають поняттю «ліс», яке наведено в ст. 1 ЛК України. В юридичній літературі зазначається, що «лісовий фонд» є поняттям значно ширшим від поняття «лісу». Оскільки до лісового фонду належать лісові ділянки, не вкриті лісовою рослинністю, але надані для потреб лісового господарства.

За ч. 1 ст. 55 ЗК України до земель лісгосподарського призначення належать землі, вкриті лісовою рослинністю, а також не вкриті лісовою рослинністю, нелісові землі, які надані та використовуються для потреб лісового господарства¹⁸. Наведене законодавче визначення земель лісгосподарського призначення носить загальний характер і з точки зору «літерального» тлумачення не є коректним. Його текстуальний зміст не надає чіткого критерію для відокремлення зазначених земель всередині категорії на відповідні різновиди, зокрема: на «землі, вкриті лісовою рослинністю», на «землі, не вкриті лісовою рослинністю» та на «нелісові землі», що надані та використовуються для потреб ведення лісового господарства.

Певною мірою позначений склад земель лісгосподарського призначення пояснюється у їх визначенні в оновленому лісовому законодавстві. Так, за ст. 5 ЛК України: «До земель лісгосподарського призначення належать лісові землі, на яких розташовані лісові ділянки, та нелісові землі, зайняті сільськогосподарськими угіддями, водами й болотами, спорудами, комунікаціями, малопродуктивними землями тощо, які надані в установленому порядку та використовуються для потреб лісового господарства»¹⁹. Таким чином, «нелісовими землями», що включаються у склад земель лісгосподарського призначення, наприклад, є землі, зайняті сільськогосподарськими та водно-болотними угіддями, а також інші земельні ділянки, які надані в установленому порядку та використовуються для потреб лісового господарства.

Наведене наглядно демонструє, що положення лісового законодавства щодо визначення земель лісгосподарського призначення, завданням якого є регулювання лісових відносин, прописані більш конкретно, ніж положення земельного законодавства, завданням якого є регулювання саме земельних відносин. У зв'язку з цим чітке текстуальне визначення вказаної земельно-правової норми щодо визначення земель лісгосподарського призначення може надати підстави для виділення щонайменше трьох різновидів земель лісгосподарського призначення, зокрема: земель, які вкриті лісовою рослинністю, земель, що не вкриті лісовою рослинністю, але належать до «лісових земель», та «нелісових земель», які надані та використовуються для потреб ведення лісового господарства. Такий висновок безпосередньо ґрунтується на ч. 2 ст. 5 ЛК України, згідно з якою віднесення земельних ділянок до складу земель лісгосподарського призначення здійснюється відповідно до земельного законодавства²⁰.

Слід також зазначити, що законодавець відповідно до ст. 6 ЛК України розмежує поняття «землі» та «лісові ресурси», адже відносить до останніх лише:

«... деревні, технічні, лікарські та інші продукти лісу, що використовуються для задоволення потреб населення і виробництва та відтворюються у процесі формування лісових природних комплексів.

До лісових ресурсів також належать корисні властивості лісів (здатність лісів зменшувати негативні наслідки природних явищ, захищати ґрунти від ерозії, запобігати забрудненню навколишнього природного середовища та очищати його, сприяти регулюванню стоку води, оздоровленню населення та його естетичному вихованню тощо), що використовуються для задоволення суспільних потреб».

На основі наведеного визначення ми можемо класифікувати основні види лісових ресурсів:

1) лісові ресурси деревинного походження (деревина, кора, пні, луб, деревна зелень, живиця, деревні соки);

2) лісові ресурси недеревинного походження (дикорослі плоди, горіхи, гриби, ягоди, лікарські рослини, лісові підстилка, очерет тощо);

3) корисні властивості лісів (здатність лісів зменшувати негативні наслідки природних явищ, захищати ґрунти від ерозії, запобігати забрудненню навколишнього природного середовища та очищати його тощо).

Як визначають науковці О. О. Погрібний, І. І. Каракаш, предметом лісового законодавства є лісові відносини, тобто відносини з приводу використання та захисту лісів. Вони повинні враховувати природні зв'язки та закріплювати норми, які допомагатимуть запобігати негативному впливу на інші природні ресурси при використанні лісів²¹.

Враховуючи чинне земельне та природоресурсове законодавство, дана точка зору є прийнятною. Земельне законодавство регулює відносини, пов'язані з визначенням порядку використання і охорони земель, тобто регулює земельні відносини. Предметом лісового законодавства виступають лісові відносини, зокрема відно-

сини з приводу експлуатації лісів, захисту їх від шкідників, пожеж і їх відновлення. Лісове законодавство повинно враховувати природні зв'язки, закріплювати норми, які допомагатимуть запобіганню негативного впливу іншим природним ресурсам у процесі використання лісів²². Саме тому лісові (земельно-лісові) суспільні відносини регулюються головним чином нормами двох галузей права – лісового та земельного.

Дане питання має не тільки теоретичне значення як питання про правову природу цього виду суспільних відносин. Потреба в його з'ясуванні має чітко виражене практичне значення і полягає у встановленні характеру взаємодії норм лісового і земельного законодавства при регулюванні тих чи інших лісових відносин.

Таким чином, проаналізувавши положення ЗК України та ЛК України, можна визначити, що землі лісогосподарського призначення являють собою землі, вкриті лісовою рослинністю, на яких розташовані лісові ділянки, землі що не вкриті лісовою рослинністю, але належать до «лісових земель», та «нелісові землі», зайняті сільськогосподарськими угіддями, водами й болотами, спорудами, комунікаціями, малопродуктивними землями тощо, які використовуються для потреб лісового господарства та надані в порядку, встановленому земельним законодавством.

¹ Мірошниченко А. М. Розмежування складових та приналежностей земельної ділянки / А. М. Мірошниченко // Земельне право України : теорія і практика. – 2007. – № 1. – С. 28.

² Краснов Н. И. Новое советское лесное законодательство / Н. И. Краснов // Советское государство и право. – 1978. – № 7. – С. 96.

³ Крассов О. И. Право лесохозяйственного землепользования / О. И. Крассов // Советское государство и право. – 1980. – № 7. – С. 327.

⁴ Горбовой В. Ф. Лесное право : конспект лекций / за ред. В. Ф. Горбового. – Свердловск, 1977. – С. 8.

⁵ Лісовий кодекс Української РСР від 13 грудня 1979 р. № 5432-IX // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1979. – Дод. до № 52. – Ст. 673.

⁶ Основи земельного законодавства Союзу РСР і союзних республік від 13 грудня 1968 р. // Відомості Верховної Ради СРСР. – 1968. – № 51. – Ст. 485.

⁷ Лісовий кодекс України від 21 січня 1994 р. № 3852-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 17. – Ст. 99.

⁸ Основи лісового законодавства Союзу РСР і союзних республік від 17 червня 1977 р. // Відомості Верховної Ради СРСР. – 1977. – № 25. – Ст. 388.

⁹ Forest Resources of Europe, CIS, North America, Australia and New Zealand // United Nations Economic Commission for Europe. Timber Sections. – United Nations, New York and Geneva, 2000. – P. 386–387.

¹⁰ Про тваринний світ : Закон України від 13 грудня 2001 р. № 2894-ІІІ // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 14. – Ст. 97.

¹¹ Про охорону земель : Закон України від 19 червня 2003 р. № 962-ІV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 349.

¹² Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-ІІІ // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3–4. – Ст. 27.

¹³ Чопик О. П. Правові форми використання земель лісогосподарського призначення / О. П. Чопик // Науковий вісник. – Л., 2010. – Вип. 4. – С. 204–209.

¹⁴ Лісовий кодекс України від 21 січня 1994 р. № 3852-ХІІ (в редакції від 8 лютого 2006 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 21. – Ст. 170.

¹⁵ Про затвердження Правил утримання зелених насаджень у населених пунктах України : наказ Міністерства будівництва, архітектури та житлово-комунального господарства України від 10 квітня 2006 р. № 105 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 31. – Ст. 415.

¹⁶ Про рослинний світ : Закон України від 9 квітня 1999 р. № 591-ХІV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 22. – Ст. 198.

¹⁷ Про благоустрій населених пунктів : Закон України від 6 вересня 2005 р. № 2807-ІV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 49. – Ст. 517.

¹⁸ Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-ІІІ // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3–4. – Ст. 27.

¹⁹ Лісовий кодекс України від 21 січня 1994 р. № 3852-ХІІ (в редакції від 8 лютого 2006 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 21. – Ст. 170.

²⁰ Каракаш І. І. Право власності та користування на землях лісогосподарського призначення / І. І. Каракаш // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». – 2012. – Т. 12. – С. 219.

²¹ Погрібний О. О. Земельне право України : підруч. / О. О. Погрібний, І. І. Каракаш ; за ред. О. О. Погрібного, І. І. Каракаша. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К. : Істина, 2009. – С. 411–413.

²² Глотова О. В. Нова редакція Лісового кодексу та поновлення лісового законодавства України / О. В. Глотова // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць. – 2008. – Вип. 37. – С. 178.

Резюме

Степська О. В., Заверюха М. М. Ліс як об'єкт правового регулювання в лісовому та земельному законодавстві України.

Стаття присвячена аналізу норм лісового і земельного законодавства України щодо співвідношення понять «ліс», «землі лісогосподарського призначення», «лісові землі», «лісові ресурси» та пошуку способів подолання суперечностей між ними.

Ключові слова: ліс, землі лісогосподарського призначення, лісове законодавство, земельне законодавство, лісові відносини.

Резюме

Степская Е. В., Заверюха М. М. Лес как объект правового регулирования в лесном и земельном законодательстве Украины.

Статья посвящена анализу норм лесного и земельного законодательства Украины относительно соотношения понятий «лес», «земли лесохозяйственного назначения», «лесные земли», «лесные ресурсы» и поиску способов преодоления противоречий между ними.

Ключевые слова: лес, земли лесохозяйственного назначения, лесное законодательство, земельное законодательство, лесные отношения.

Summary

Stepskaya E., Zaveriuha M. Forest as an object of legal regulation in forest and land legislation of Ukraine.

The article runs about the analyses of norms of forest and land legislation of Ukraine in the terms of correlation of such notions as «forest», «forestry lands», «forestry recourses» and also tries to find the ways to overcome the inconsistency between them.

Key words: forest, forest lands, forest legislation, land legislation, forest relationships.

УДК 346.21:620.91:658.11 (477)

В. Е. ГОЛЕНКО

Вікторія Едуардівна Голенко, аспірант Інституту економіко-правових досліджень НАН України

ПРАВО НА ВСТАНОВЛЕННЯ «ЗЕЛЕНОГО» ТАРИФУ ЯК КЛЮЧОВА СКЛАДОВА ГОСПОДАРСЬКОЇ КОМПЕТЕНЦІЇ ГЕНЕРУЮЧИХ ПІДПРИЄМСТВ ВІТРОЕНЕРГЕТИКИ

Правовий статус як сукупність правових положень нормативних актів щодо закріплених у них самих відповідних суб'єктів права, щодо кожного його елемента, передбачає наявність в останніх складових, які разом формують вже систему елементів правового статусу цих суб'єктів права¹. Все це свідчить про значущість дослідження саме системи елементів правового статусу, адже воно надає можливість сформулювати уяву щодо правового положення того чи іншого суб'єкта права. Отже, говорячи про правовий статус генеруючих підприємств вітроенергетики (генеруючої компанії вітроенергетики, генеруючого підприємства вітроенергетики як такого, приватного домогосподарства вітроенергетики), як про результат необхідного оновлення існуючого правового статусу виробників електричної енергії з енергії вітру імперативного рівня, які є обумовленими генеруючим об'єктом вітроенергетики (вітровою електроустановкою, вітровою електростанцією), що передбачає відповідні окремі складові їх елементів, постає доцільним звернення, окрім інших елементів, до господарської компетенції (прав та обов'язків) виробників електричної енергії з енергії вітру². А саме, враховуючи встановлення розподілу позначених, до однієї зі складових їх функціональних прав та обов'язків – права на встановлення «зеленого» тарифу. Адже наведені стосуються безпосередньо наступної господарської діяльності вищезазначених суб'єктів господарювання. До того ж, процедурні права та обов'язки, як і їх складові, так чи інакше, відображені в іншому елементі правового статусу як виробників електричної енергії з енергії вітру, так і в подальшому генеруючих підприємств вітроенергетики.

Отже, право на встановлення «зеленого» тарифу як ключова складова обумовлених генеруючим об'єктом вітроенергетики функціональних прав та обов'язків виробників електричної енергії з енергії вітру постає головним механізмом фінансової підтримки зазначених в Україні. До того ж, це вкотре підтверджує значущість цієї самої обумовленості генеруючим об'єктом вітроенергетики, яка, як вбачається, не тільки забезпечує фактичне легалізоване здійснення господарської діяльності з виробництва електричної енергії з енергії вітру, а й надає можливість застосування особливих умов її супроводу. Проте існуючі положення щодо права на встановлення «зеленого» тарифу, зумовлені діючою в країні нормативно-правовою основою правового статусу виробників електричної енергії з енергії вітру, дещо спотворюють передбачену ним диспозитивність, що впливає на його дієвість.

Тобто, йдеться про встановлення «зеленого» тарифу для зазначених суб'єктів господарювання – на рівні роздрібного тарифу для споживачів другого класу напруги на січень 2009 р., помноженого на коефіцієнт «зеленого» тарифу для електричної енергії, виробленої з енергії вітру, – та відсутності такого, зокрема щодо коефіцієнту, закріпленого з урахуванням чітко позначених певних категорій генеруючого об'єкта вітроенергетики й періоду введення зазначеного в експлуатацію, для приватних домогосподарств. Адже законодавчо визначено, що «зелений» тариф для приватних домогосподарств встановлюється єдиним. У результаті не передбачається його поділ за категоріями (потужністю) генеруючого об'єкта вітроенергетики, позначеного єдиною максимальною можливою потужністю до 30 кВт, що виключає необхідність закріплення відповідних коефіцієнтів і пород-

жує оперування загальноприйнятим³. Таким чином, виникає об'єктивна проблема неналежного забезпечення та реалізації права на встановлення «зеленого» тарифу, вирішення якої, на тлі оновлення зазначеної складової функціональних прав та обов'язків й закріплення вже функціонального права на встановлення «зеленого» тарифу генеруючих підприємств вітроенергетики диспозитивного рівня, є головним завданням.

Виходячи з цього, **метою** даної статті є визначення сприятливих умов встановлення «зеленого» тарифу для приватних домогосподарств вітроенергетики, що, як вбачається, допоможе відтворити належну реалізацію відповідного функціонального права вже генеруючих підприємств вітроенергетики. А також наступне відповідне оновлення діючої нормативно-правової основи правового статусу виробників електричної енергії з енергії вітру, що надасть можливість втілити належне забезпечення права на встановлення «зеленого» тарифу вже генеруючих підприємств вітроенергетики, адже серед інших формуватиме диспозитивний рівень їх нормативно-правової основи.

У науковій літературі розгляду «зеленого» тарифу, так чи інакше, приділено увагу в роботах: В. Я. Жаркова, В. Г. Потапенко, П. Г. Лахно, А. Є. Копилова, Ф. Ю. Зеккера, М. Петерсон. При цьому варто зазначити, що існуючі наукові дослідження стосуються здебільшого технічної та економічної сфер, а наявні у правовій сфері спрямовані на вирішення загальних проблем його правового регулювання. Отже, питання безпосередньо встановлення «зеленого» тарифу, як складової функціональних прав та обов'язків генеруючих підприємств вітроенергетики, постає не розробленим, що потребує детального його дослідження та вирішення.

Однією зі складових, обумовлених генеруючим об'єктом вітроенергетики функціональних прав та обов'язків виробників електричної енергії з енергії вітру, постає право на встановлення «зеленого» тарифу. Отже, для реалізації зазначеного виробник електричної енергії з енергії вітру, після отримання ліцензії на здійснення діяльності з виробництва електричної енергії з енергії вітру, має подати до НКРЕКП заяву про намір встановлення «зеленого» тарифу та, в якості додатків до неї, наступне: пояснювальну записку з детальною інформацією про суб'єкт господарювання (форма власності, потужність генеруючого об'єкта вітроенергетики й інші його характеристики); обґрунтування статей і елементів витрат собівартості виробництва електричної енергії з енергії вітру; обґрунтування витрат і елементів витрат собівартості виробництва електричної енергії з енергії вітру; пояснювальну записку до проекту будівництва генеруючого об'єкта вітроенергетики; копію зареєстрованої декларації про початок виконання будівельних робіт або дозволу на виконання будівельних робіт; копію технічних умов на приєднання генеруючого об'єкта вітроенергетики до електричної мережі; копію кошторисної частини проектної документації будівництва генеруючого об'єкта вітроенергетики; зареєстровану декларацію про готовність генеруючого об'єкта вітроенергетики до експлуатації або сертифікат. У свою чергу, НКРЕКП після розгляду наданих документів протягом 35 днів із дати їх надходження приймає рішення про встановлення «зеленого» тарифу. При цьому варто зауважити, що процедура встановлення «зеленого» тарифу є безоплатною⁴.

Враховуючи вищенаведене, слід зазначити, що «зелений» тариф діє до 1 січня 2030 р. й перераховується кожного кварталу. До того ж, встановлюється він як для виробника електричної енергії з енергії вітру, так і для приватного домогосподарства, яке виробляє електричну енергію з енергії вітру. Однак, якщо в першому випадку «зелений» тариф встановлюється окремо для кожного виробника електричної енергії з енергії вітру та для кожного генеруючого об'єкта вітроенергетики (залежить від його потужності), то в другому він єдиний, тобто однаковий для будь-якого приватного домогосподарства, яке виробляє електричну енергію з енергії вітру, та для будь-якого генеруючого об'єкта вітроенергетики (незалежно від його потужності, але з максимумом можливою – до 30 кВт). У силу цього «зелений» тариф як для вказаного суб'єкта господарювання, так і для зазначеного приватного домогосподарства встановлюється на рівні роздрібного тарифу для споживачів другого класу напруги на січень 2009 р., проте для першого, – помноженого на коефіцієнт «зеленого» тарифу для електричної енергії, виробленої з енергії вітру, а для другого, – на коефіцієнт «зеленого» тарифу для електричної енергії, виробленої з енергії вітру для приватного домогосподарства.

Згідно з наведеним, встановлення «зеленого» тарифу для виробника електричної енергії з енергії вітру окрім роздрібного тарифу для споживачів другого класу напруги на січень 2009 р. пов'язане, навіть більшою мірою, з визначенням коефіцієнта «зеленого» тарифу для електричної енергії, виробленої з енергії вітру. Виходячи з цього, останній безпосередньо залежить від чітко позначених певних категорій генеруючого об'єкта вітроенергетики, відповідно до яких, враховуючи період введення зазначеного в експлуатацію, і закріплюється коефіцієнт «зеленого» тарифу для електричної енергії, виробленої з енергії вітру. А саме: 1) для електричної енергії, виробленої з енергії вітру об'єктом електроенергетики, величина встановленої потужності якого: не перевищує 600 кВт – 1,20; більша за 600 кВт, але не перевищує 2000 кВт – 1,40; перевищує 2000 кВт – 2,10 (період введення в експлуатацію: по 31 березня 2013 р. включно); 2) для електричної енергії, виробленої з енергії вітру вітровою електростанцією, яка складається з вітрових установок одиначною встановленою потужністю: до 600 кВт – 1,20 (період введення в експлуатацію: з 1 квітня 2013 р. по 31 грудня 2014 р.), 1,08 (період введення в експлуатацію: з 1 січня 2015 р. по 31 грудня 2019 р.), 0,96 (період введення в експлуатацію: з 1 січня 2020 р. по 31 грудня 2024 р.), 0,84 (період введення в експлуатацію: з 1 січня 2025 р. по 31 грудня 2029 р.); від 600 кВт, але не більше 2000 кВт – 1,40 (період введення в експлуатацію: з 1 квітня 2013 р. по 31 грудня 2014 р.), 1,26 (період введення в експлуатацію: з 1 січня 2015 р. по 31 грудня 2019 р.), 1,12 (період введення в експлуатацію: з 1 січня 2020 р. по 31 грудня 2024 р.), 0,98 (період введення в експлуатацію: з 1 січня 2025 р. по 31 грудня 2029 р.); від 2000 кВт та більше – 2,10 (період введення в експлуатацію: з 1 квітня 2013 р. по 31 грудня 2014 р.), 1,89 (період введення в експлуатацію: з 1 січня

2015 р. по 31 грудня 2019 р.), 1,68 (період введення в експлуатацію: з 1 січня 2020 р. по 31 грудня 2024 р.), 1,47 (період введення в експлуатацію: з 1 січня 2025 р. по 31 грудня 2029 р.)³.

У свою чергу, єдиний «зелений» тариф для приватного домогосподарства, яке виробляє електричну енергію з енергії вітру, залежить лише від періоду введення в експлуатацію генеруючого об'єкта вітроенергетики потужністю до 30 кВт, що передбачає певний єдиний коефіцієнт «зеленого» тарифу для електричної енергії, виробленої з енергії вітру для приватного домогосподарства, та становить: 1) 339,67 коп/кВт•год (2,16 – період введення в експлуатацію: з 1 липня 2015 р. по 31 грудня 2019 р.); 2) 305,07 коп/кВт•год (1,94 – період введення в експлуатацію: з 1 січня 2020 р. по 31 грудня 2024 р.); 3) 272,05 коп/кВт•год (1,73 – період введення в експлуатацію: з 1 січня 2025 р. по 31 грудня 2029 р.)⁵.

При цьому «зелений» тариф для виробника електричної енергії з енергії вітру, генеруючий об'єкт вітроенергетики якого введений в експлуатацію до 31 грудня 2024 р., та приватного домогосподарства, договір про купівлю-продаж електричної енергії з яким укладено до 31 грудня 2024 р., не може бути менший за фіксований мінімальний розмір «зеленого» тарифу. А саме, не менший за розмір «зеленого» тарифу для вказаного суб'єкта господарювання та розмір «зеленого» тарифу для приватного домогосподарства, розрахованих та перерахованих у євро за офіційним валютним курсом Національного банку України станом на 1 січня 2009 р., які на дату останнього у кожному кварталі засідання НКРЕКП, перераховуються в національну валюту за середнім офіційним валютним курсом Національного банку України за останніх 30 календарних днів, що передують даті такого засідання³.

Сприймаючи існуюче право на встановлення «зеленого» тарифу, однак враховуючи обґрунтованість раніше виокремленого та запропонованого приватного домогосподарства вітроенергетики, як суб'єкта господарювання (особливої форми підприємництва), та малого генеруючого підприємства вітроенергетики з наміром продажу виробленої електричної енергії з енергії вітру на оптовому ринку електричної енергії України, які мають складати малу генерацію вітроенергетики з максимальною потужністю генеруючого об'єкта вітроенергетики до 30 МВт (вітрова електростанція) та до 10 МВт (вітрова електроустановка), варто передбачити для них більш сприятливі умови його реалізації, що є запорукою в цілому сприятливих умов їх господарювання. В силу цього постає необхідним запровадити щодо наведених встановлення «зеленого» тарифу на рівні роздрібного тарифу для споживачів другого класу напруги на січень 2009 р. помноженого на коефіцієнт «зеленого» тарифу для електричної енергії, виробленої з енергії вітру генеруючими об'єктами малої генерації вітроенергетики. Останній має залежати безпосередньо від чітко позначених певних категорій генеруючого об'єкта малої генерації вітроенергетики, відповідно до яких, враховуючи період введення зазначеного в експлуатацію, і варто закріпити коефіцієнт «зеленого» тарифу для електричної енергії, виробленої з енергії вітру генеруючими об'єктами малої генерації вітроенергетики.

Отже, в якості категорій генеруючого об'єкта малої генерації вітроенергетики, сприймаючи зазначені вище існуючі періоди введення в експлуатацію (щодо виробників електричної енергії з енергії вітру), доречно позначити: 1) вітрова електростанція, яка складається з вітрових електроустановок, а також окрема вітрова електроустановка – одиничною встановленою потужністю до 30 кВт; 2) вітрова електростанція, яка складається з вітрових електроустановок, а також окрема вітрова електроустановка – одиничною встановленою потужністю від 30 кВт, але не більше 1000 кВт; 3) вітрова електростанція, яка складається з вітрових електроустановок, а також окрема вітрова електроустановка – одиничною встановленою потужністю від 1000 кВт та більше. Доцільність запропонованої встановленої потужності категорій генеруючого об'єкта малої генерації вітроенергетики обґрунтовується загальносвітовою градацією встановленої потужності генеруючого об'єкта вітроенергетики. Згідно з нею вітрова електроустановка великої генерації (мегаватного класу) передбачає одиничну встановлену потужність більшу ніж 1000 кВт⁶. Що ж стосується нижчого порогу одиничної встановленої потужності вітрової електроустановки малої генерації, то він відповідає потужності генеруючого об'єкта вітроенергетики (вітрової електроустановки) приватного домогосподарства, визначеній діючими нормативними положеннями правових актів держави, – до 30 кВт. Крім цього, зазначені категорії генеруючого об'єкта малої генерації вітроенергетики повністю відповідають діапазону його максимальної потужності – до 30 МВт (вітрова електростанція) та до 10 МВт (вітрова електроустановка), що в цілому відтворюється на практиці⁷.

Таким чином, завдяки вказаному закріпленню певних категорій генеруючого об'єкта малої генерації вітроенергетики постає можливим встановити відповідні коефіцієнти «зеленого» тарифу для приватного домогосподарства вітроенергетики та, до того ж, малого генеруючого підприємства вітроенергетики, які, у свою чергу, здійснюватимуть встановлення «зеленого» тарифу щодо кожного із зазначених суб'єктів господарювання та щодо кожного їх генеруючого об'єкта вітроенергетики. Тобто, реалізуватимуться відхід від зрівняння через єдиний «зелений» тариф та дійсна фінансова підтримка та стимулювання не тільки середніх і великих генеруючих підприємств вітроенергетики, а й її малої генерації, як енергоефективної тенденції енергозабезпечення. Отже, визначені умови реалізації права приватного домогосподарства вітроенергетики, як і малого генеруючого підприємства вітроенергетики, на встановлення «зеленого» тарифу і є гарантією його належної реалізації та, відповідно, дієвості, що свідчить про їх дійсно сприятливий доцільний характер.

У силу цього законодавчим постає відповідне оновлення діючої нормативно-правової основи правового статусу виробників електричної енергії з енергії вітру, що серед інших формуватиме новий диспозитивний рівень нормативно-правової основи вже генеруючих підприємств вітроенергетики, яка змістовно зумовить, у тому числі, згадане право на встановлення «зеленого» тарифу. А саме, постає необхідним, маючи на меті належне забезпечення зазначеного, закріплення вищенаведених пропозицій у Законі України «Про альтерна-

тивні джерела енергії» в рамках окремого розділу III¹ «Виробництво електричної енергії з енергії вітру». Адже саме належне забезпечення та реалізація права на встановлення «зеленого» тарифу є запорукою сприятливих умов виробництва електричної енергії з енергії вітру й, отже, гарантованого результату у вигляді сталого розвитку, зокрема вітроенергетики.

¹ Борисов Г. А. Теория государства и права : учеб. / Г. А. Борисов. – Белгород : Изд-во БелГУ, 2007. – 292 с.

² Хозяйственный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / под общ. ред. А. Г. Бобковой. – Х. : Издатель ФЛ-П Вапнярчук Н. Н., 2008. – 1296 с.

³ Про електроенергетику : Закон України від 16 жовтня 1997 р. № 575/97-ВР (із змін. і доп.) // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 1. – Ст. 1.

⁴ Про затвердження Порядку встановлення, перегляду та припинення дії «зеленого» тарифу на електричну енергію для суб'єктів господарської діяльності та приватних домогосподарств : постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики від 2 листопада 2011 р. № 1421 (із змін. і доп.) // Офіційний вісник України. – 2012. – № 92.

⁵ Про встановлення «зелених» тарифів на електричну енергію для приватних домогосподарств : постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг від 31 березня 2016 р. № 508 // Офіційний вісник України. – 2016. – № 37. – Ст. 1450.

⁶ Основи вітроенергетики : підруч. / Г. Півняк, Ф. Шкрабець, Н. Нойбергер, Д. Циленков; М-во освіти і науки України, Нац. гірн. ун-т. – Дніпропетровськ: НГУ, 2015. – 335 с.

⁷ ВЕС «Старий Самбір-1». В природі немає нічого зайвого (проекти екологічно чистої енергії) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uself.com.ua/fileadmin/documents/USELF-2_Launch_Event_Kozytskyi_ukr_140627.pdf

Резюме

Голенко В. Е. Право на встановлення «зеленого» тарифу як ключова складова господарської компетенції генеруючих підприємств вітроенергетики.

Стаття присвячена дослідженню права на встановлення «зеленого» тарифу як складової функціональних прав та обов'язків в рамках системи елементів обумовленого генеруючим об'єктом вітроенергетики правового статусу генеруючих підприємств вітроенергетики. Наводиться визначення, у тому числі недоліків, існуючого (базового), змістовно обумовленого генеруючим об'єктом вітроенергетики і зумовленого імперативним рівнем встановленої нормативно-правової основи правового статусу, функціонального права на встановлення «зеленого» тарифу виробників електричної енергії з енергії вітру. Надається огляд діючого профільного законодавства України стосовно цього питання. Визначено сприятливі умови реалізації права приватного домогосподарства вітроенергетики та, до того ж, малого генеруючого підприємства вітроенергетики (малої генерації вітроенергетики), на встановлення «зеленого» тарифу, що є гарантією його належної реалізації. З'ясовано необхідність та шляхи відповідного оновлення діючої нормативно-правової основи правового статусу виробників електричної енергії з енергії вітру з метою належного забезпечення права на встановлення «зеленого» тарифу вже генеруючих підприємств вітроенергетики в рамках нормативно-правової основи їх правового статусу диспозитивного рівня.

Ключові слова: виробники електричної енергії з енергії вітру, генеруючі підприємства вітроенергетики, правовий статус, система елементів правового статусу, господарська компетенція, функціональні права та обов'язки, «зелений» тариф.

Резюме

Голенко В. Э. Право на установление «зеленого» тарифа как ключевая составляющая хозяйственной компетенции генерирующих предприятий ветроэнергетики.

Статья посвящена исследованию права на установление «зеленого» тарифа как составляющей функциональных прав и обязанностей в рамках системы элементов обусловленного генерирующим объектом ветроэнергетики правового статуса генерирующих предприятий ветроэнергетики. Приводится определение, в том числе недостатков, существующего (базового), содержательно обусловленного генерирующим объектом ветроэнергетики и предопределенного императивным уровнем установленной нормативно-правовой основы правового статуса, функционального права на установление «зеленого» тарифа производителей электрической энергии из энергии ветра. Представляется обзор действующего профильного законодательства Украины касательно этого вопроса. Определены благоприятные условия реализации права частного домохозяйства ветроэнергетики и, к тому же, малого генерирующего предприятия ветроэнергетики (малой генерации ветроэнергетики), на установление «зеленого» тарифа, что является гарантией его надлежащей реализации. Установлены необходимость и пути соответствующего обновления действующей нормативно-правовой основы правового статуса производителей электрической энергии из энергии ветра с целью надлежащего обеспечения права на установление «зеленого» тарифа уже генерирующих предприятий ветроэнергетики в рамках нормативно-правовой основы их правового статуса диспозитивного уровня.

Ключевые слова: производители электрической энергии из энергии ветра, генерирующие предприятия ветроэнергетики, правовой статус, система элементов правового статуса, хозяйственная компетенция, функциональные права и обязанности, «зеленый» тариф.

Summary

Golenko V. The right on the establishment of «green» tariff as a key forming element of commercial competence of wind energy generative enterprises.

In the article it is investigated the right on the establishment of «green» tariff as a forming element of functional rights and obligations within the framework of the system of elements of the legal status of wind energy generative enterprises stipulated with wind energy generative object. The determination, including lacks, of existing (base) functional right on the establishment of «green» tariff of producers of electric energy from wind energy, content stipulated with wind energy generative object and predefined with imperative level of prescribed normative-legal frame of the legal status, is adduced. There is the review of profile legislation in force of Ukraine con-

cerning this question. The favourable conditions of realization of the right on the establishment of «green» tariff for wind energy private household and, besides, for small wind energy generative enterprise (wind energy small generation) are determined, that is a guarantee of its due realization. There are ascertained the need and the ways of appropriate renewal of normative-legal frame in force of the legal status of producers of electric energy from wind energy, for the purpose of due ensuring of the right on the establishment of «green» tariff for wind energy generative enterprises now, within the framework of normative-legal frame of their legal status of permissive level.

Key words: producers of electric energy from wind energy, wind energy generative enterprises, legal status, system of elements of the legal status, commercial competence, functional rights and obligations, «green» tariff.

УДК 341.1

І. А. ЛАВРІНЄНКО, І. М. ПАНЧЄНКО

*Ігор Анатолійович Лаврінєнко, магістр права,
юрист ЮК «Jurimex»*

*Ірина Миколаївна Панченко, асистентка кафедри
Херсонської державної морської академії*

АГРАРНА РОЗПИСКА ТА ВЕКСЕЛЬ: ФОРМИ КРЕДИТУВАННЯ АГРОБІЗНЕСУ

В умовах стрімкого знецінення національної валюти та на тлі подорожчання іноземної, виникає питання належного забезпечення інтересів виробників сільськогосподарської продукції з метою уникнення ситуацій масової відмови від ведення агробізнесу.

Наразі для більшості аграріїв, умови кредитування (від 35 % річних і більше) носять непосильний, а ймовірно навіть і кабальний характер, змушуючи їх працювати в кращому випадку на собівартість, якщо не на збиток.

Крім того, ситуація ускладнюється й тим, що банки, як правило, вимагають забезпечення кредиту (заставу, поруку від іншої особи тощо). Все це не сприяє розвитку належного рівня кредитування на ринку агробізнесу, який вкрай залежить від сезонних явищ, що часто змушує агровиробників погоджуватися на невідгідні для себе умови з метою виникнення примарної надії на отримання прибутку та вчасного розрахунку з кредитором.

За такого розвитку подій, коли банківську систему України лихоманить, можливим виходом з ситуації може стати такий механізм кредитування агробізнесу, за якого аграрії будуть убезпечені від ризику зростання відсоткових ставок, коливання курсу іноземних валют, що так часто полюбляють передбачати банки у договорах кредиту.

Так, подібним виходом може слугувати застосування на практиці механізму аграрних розписок.

Метою даної статті є виявлення сутнісних характеристик аграрної розписки як окремого виду товаророзпорядчого цінного паперу, здійснення компаративного аналізу з таким видом кредитування агробізнесу, як вексель, який найчастіше використовуються агропідприємствами при веденні господарської діяльності.

Варто зазначити, що поняття «аграрна розписка» вперше з'явилася в українському законодавстві саме у зв'язку прийняттям Закону України «Про аграрні розписки» (далі – Закон) від 6 листопада 2012 р., який набув чинності 19 березня 2013 року¹. Саме цим законом для аграріїв було запроваджено новий механізм залучення коштів для ведення агробізнесу – аграрні розписки.

Можна зазначити, що інститут аграрних розписок походить з країн Латинської Америки (Бразилії, Аргентини), де також у свій час була слабо розвинена система банківського кредитування, де перевага віддавалася системі «гроші – товар», а не «гроші – товар – гроші». Це, так би мовити, квазібартерна система розрахунків, яка допомогла аграріям відновити власне сільськогосподарське виробництво.

Так, наприклад, у Бразилії це так звані розписки-договори CPR (Cedula de Produto Rural), що були запроваджені Федеральним законом від 22 серпня 1994 року. У результаті, за більш ніж двадцятирічний досвід існування аграрних розписок в Бразилії, ця країна з непоказного пересічного середняка-імпортера сільськогосподарської продукції перетворилася на одного із лідерів галузі.

Відповідно до приписів ст. 1 Закону аграрна розписка – товаророзпорядчий документ, що фіксує безумовне зобов'язання боржника, яке забезпечується заставою, здійснити поставку сільськогосподарської продукції або сплатити грошові кошти на визначених у ньому умовах².

На даний момент аграрні розписки можна використовувати лише в декількох областях України, оскільки наразі запроваджується пілотний проект з відпрацювання технології введення в обіг такого цінного паперу (спільні накази Міністерства аграрної політики та продовольства України і Міністерства юстиції України від 4 вересня 2014 р. за № 331/1471/5³ (запроваджено в Полтавській області) та від 1 вересня 2015 р. за № 332/1627/5⁴ (запроваджено в Харківській, Черкаській та Вінницькій областях).

Можна стверджувати, що робота із впровадження в оборот аграрних розписок здійснюється Міністерством аграрної політики та продовольства, Міністерством юстиції, місцевими державними адміністраціями

за активного сприяння Проекту Міжнародної фінансової корпорації (ІФС, Група Світового банку) «Аграрні розписки в Україні».

Варто зазначити, що аграрні розписки можуть опосередковувати операції, пов'язані з сільськогосподарською продукцією, перелік якої визначений у групах 01–14 розділів I та II Української класифікації товарів зовнішньоекономічної діяльності згідно із Законом України «Про Митний тариф України»⁵ (до речі, прийнятий пізніше Закону України «Про аграрні розписки», а саме: 23 жовтня 2013 р., набрав чинності 1 січня 2014 р.). Згідно з цим Митним тарифом України наступна сільськогосподарська продукція може бути предметом аграрної розписки:

Відповідно до Закону виділяється два види аграрних розписок: товарна та фінансова. 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 Закону)⁶. 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 Закону)⁷.

Керуючись нормами Закону, «механізмом кредитування» за допомогою аграрних розписок можуть скористатися лише ті аграрії, яким на праві власності або на відповідному речовому праві належить земельна ділянка сільськогосподарського призначення.

Також необхідно зазначити, що аграрна розписка (незалежно від того, товарна вона чи фінансова) підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню та не може бути знерухожена, тобто переведена у бездокументарну форму. З одного боку, нотаріальна форма аграрної розписки зміцнює впевненість учасників операції в її законності, непорушності, дійсності, а з іншого, – сприяє здорожчання подібного механізму, адже аграрій або кредитор (залежно від того, як останні домовляться) повинні будуть заплатити певну суму податку від вартості цієї розписки.

Як відомо, за посвідчення аграрних розписок нотаріуси справляють плату відповідно до правових норм:

1) за вчинення нотаріальних дій державні нотаріуси справляють державне мито у розмірах, встановлених чинним законодавством (ст. 19 Закону України «Про нотаріат»⁸);

2) приватні нотаріуси за вчинення нотаріальних дій справляють плату, розмір якої визначається за домовленістю між нотаріусом та громадянином або юридичною особою (ст. 31 Закону України «Про нотаріат»⁹).

Приписами п. 1 Указу Президента України «Про впорядкування справляння плати за вчинення нотаріальних дій» від 10 липня 1998 р. за № 762/98¹⁰ передбачено, що розмір плати, яка справляється за вчинення нотаріальних дій приватними нотаріусами, не може бути меншим від розміру ставок державного мита, яке справляється державними нотаріусами за аналогічні нотаріальні дії.

Нотаріуси при посвідченні аграрної розписки застосовують підпункт «у» пункту 3 ст. 3 Декрету Кабінету Міністрів України «Про державне мито» від 21 січня 1993 р. за № 7-93¹¹, яким за нотаріальне посвідчення договорів застави встановлено розмір ставки державного мита 0,01 % предмета застави, але не менше п'яти неоподаткованих мінімумів доходів громадян і не більше 50 неоподаткованих мінімумів доходів громадян.

Застосування нотаріусами при посвідченні аграрних розписок ставки державного мита, яка встановлена за посвідчення договорів застави (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).

Указане пояснюється тим, що аграрна розписка – насамперед товаророзпорядчий документ, що фіксує безумовне зобов'язання боржника, яке забезпечується заставою, здійснити поставку сільськогосподарської продукції або сплатити грошові кошти на визначених у ньому умовах (ст. 1 Закону)¹².

У цілому в нинішніх умовах ставка державного мита в розмірі 0,01 % предмета застави не повинна стати суттєвою перешкодою для використання такого механізму кредитування агробізнесу, зменшити привабливість використання аграрної розписки агровиробниками. Проте все ж таки на даний момент аграрна розписка є більш витратною, зокрема, порівняно з векселем, бланк якого коштує в приблизно 30 грн (наприклад UniCredit Bank пропонує своїм клієнтам бланки векселів залежно від умов співпраці вартістю від 15 грн до 30 грн). Вважаємо, що таку «турботу» законодавця стосовно запровадження механізму використання аграрних розписок можна цілком зрозуміти, враховуючи новизну способу використання невідомого раніше цінного паперу.

Разом з тим варто пам'ятати, що якщо агровиробник вирощує декілька видів сільськогосподарської продукції, то на кожен з цих видів він зобов'язаний видати окрему аграрну розписку (ст. 9 Закону)¹³. У зв'язку з цим зазначимо, що таке «розпорошування сил» навряд чи видається за доцільне, оскільки це тільки сприяє подорожчання механізму кредитування, вимагаючи додаткових затрат на нотаріальні послуги.

У цілому механізм кредитування за аграрною розпискою включає мінімум двох суб'єктів, проте, як правило, їх три.

Так, сторонами правовідношення можуть бути безпосередньо аграрії, дистриб'ютори та трейдери. Звичайно дистриб'ютори надають аграріям товари, необхідні для вирощування сільськогосподарської продукції (насіння, добрива, засоби боротьби зі шкідниками тощо). Звичайно дистриб'ютору, якому первісно видається аграрна розписка (у разі видачі саме товарної аграрної розписки), не потрібен майбутній урожай, адже останній ще необхідно буде реалізувати, виручити необхідні кошти. Для нього (мається на увазі дист-

риб'ютора) інтерес становлять саме кошти, які він бажає отримати за той товар, що був наданий аграрію. У цьому разі дистриб'ютор може, керуючись приписами ст. 11 Закону, відступити своє право за аграрною розпискою третій особі¹⁴. Такою особою стає трейдер, який восени або в інший час після збору урожаю (завершення маркетингового року) звернеться до аграрія з вимогою поставити товар.

Подібна схема взаємовідносин надає аграрію суттєву перевагу, наприклад, над кредитом у тому, що зобов'язання з поставки товару або сплати коштів у будь-якому разі прив'язано до збору урожаю. У разі неврожаю дата виконання зобов'язань за погодженням з кредитором може бути перенесена на наступний маркетинговий рік.

Інтереси кредитора (чи то дистриб'ютора, чи то трейдера) в будь-якому разі істотно забезпечуються заставою майбутнього урожаю. При цьому в силу приписів ч. 1 ст. 7 Закону предметом такої застави може бути виключно майбутній врожай саме сільськогосподарської продукції¹⁵. Необхідно також зазначити, що розмір застави повинен бути не меншим за розмір зобов'язання за аграрною розпискою. Тобто, означене дає підстави для висновку про повне, а не часткове забезпечення вимог кредитора, що робить аграрну розписку привабливою для використання з боку особи, яка кредитує.

Іншим істотним моментом забезпеченням майнових інтересів кредитора можуть слугувати приписи ч. 8 ст. 7 Закону, відповідно до яких у разі недостатності зібраного врожаю для повного погашення за рахунок такої сільськогосподарської продукції зобов'язань боржника за аграрною розпискою предметом застави за аграрною розпискою стає майбутній врожай будь-якої іншої сільськогосподарської продукції, що вирощується або буде вирощуватися боржником за аграрною розпискою на земельній ділянці, на якій до цього вирощувалася сільськогосподарська продукція, майбутній врожай якої був предметом застави за аграрною розпискою, до повного виконання зобов'язань боржника за аграрною розпискою, якщо інше не встановлено за домовленістю сторін аграрної розписки¹⁶.

У цьому аспекті доречним також є наведення приписів ч. 10 ст. 12 Закону, згідно з якими при частковому виконанні аграрної розписки її забезпечення заставою зберігається в первинному обсязі¹⁷.

Більше того, перехід права власності чи права користування земельною ділянкою не зупиняє дію вказаної в аграрній розписці застави майбутнього врожаю та не припиняє прав боржника і кредитора за аграрною розпискою на користування земельною ділянкою до збору відповідного врожаю, але не довше ніж до закінчення поточного маркетингового року (ч. 3 ст. 2 Закону)¹⁸.

З огляду на все це аграрна розписка є вкрай привабливою для кредитора, максимально сприяє останньому у реалізації його прав, зберігає всі наявні забезпечення до повного виконання зобов'язань з боку агро-виробника.

Разом з тим при веденні агробізнесу товаровиробники використовують різні механізми залучення ресурсів для тих чи інших цілей.

Найпопулярнішим фінансовим інструментом у цій сфері можна сміливо виділити розрахунки за допомогою векселя.

Відповідно до ч. 1 ст. 14 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» векселем є цінний папір, який посвідчує безумовне грошове зобов'язання векселедавця або його наказ третій особі сплатити після настання строку платежу визначену суму власнику векселя (векселедержателю)¹⁹.

Як відомо, векселі можуть бути прості або переказні та існують виключно у документарній формі.

Крім того, згідно з приписами ч. 1 ст. 4 Закону України «Про обіг векселів в Україні» видавати переказні і прості векселі можна лише для оформлення грошового боргу за фактично поставлені товари, виконані роботи, надані послуги²⁰.

Для розуміння правової природи розрахунків за допомогою векселів наведено визначення простого (соло) векселя та переказного векселя (тратти).

Так, простим векселем є борговий цінний папір, що містить у собі письмове безумовне зобов'язання боржника сплатити визначену суму грошей своєму кредитору. Соло-вексель векселедавець може передати іншій особі за допомогою спеціального напису – індосаменту, передавального напису на векселі або на іншому цінному папері, що засвідчує перехід прав за цим документом до іншої особи.

У свою чергу, під переказним векселем (траттою) розуміють борговий цінний папір, що містить письмову вказівку векселедержателя (трасанта) особі, на яку виставлений вексель, – платнику (трасату) сплатити визначену суму грошей пред'явнику векселя або особі, вказаній у векселі (ремітенту), через визначений термін або за вимогою. Переказний вексель (тратту) виписує і підписує кредитор (трасант). Вексель є наказом боржникові (трасату) про сплату у визначений термін певної суми третій особі.

Вся суть «кредитування» за допомогою простого векселя зводиться до того, що сам агровиробник безпосередньо видає на ім'я дистриб'ютора вексель в рахунок оплати за виконані роботи, поставлені товари, надані послуги. І вже потім дистриб'ютор сам вирішує, що саме йому робити з таким борговим цінним папером (чи пред'являти його до оплати самому або ж відступити третій особі шляхом вчинення передавального напису – індосаменту).

При цьому реєстр виданих простих векселів веде сам агровиробник, саме на ньому лежить цей тягар, що вимагає понесення додаткових затрат. Не в останню чергу агровиробники у зв'язку з цим віддають перевагу оформленню саме переказних векселів (тратт). Сторонами з переказного вексельного правовідношення є кредитор (векселедавець, трасант), боржник за векселем (платник, трасат) та особа, за наказом якої має бути складено платіж (ремітент).

Проте механізм використання тратт доволі-таки складний, особливо для малих та середніх агровиробників, оскільки, як правило, такі операції потребують банківського сегменту.

Так, не кожний дистриб'ютор захоче відправляти товари споживачеві (агropідприємству) без належного на те забезпечення у вигляді авалювання векселя.

Під авалем розуміється вексельна порука, згідно з якою банк (аваліст) бере на себе відповідальність перед держателем векселя за виконання трасатом, акцептантом або індосантом зобов'язань із оплати переказного векселя.

Первісно, для того, щоб отримати агropідприємству ресурси від дистриб'ютора, йому необхідно звернутися до обслуговуючого банку та затвердити ліміт авалювання векселів. Стосовно указаної інформації банк видає агropідприємству інформаційний лист, який є для дистриб'ютора індикатором платоспроможності і впевненості у гарантованій оплаті у разі неплатежу за векселем.

Далі дистриб'ютор на підставі заявок агropідприємства готує товари для відправки, проте з урахуванням пункту договору поставки, що розрахунки будуть проводитися за допомогою переказного векселя. З урахуванням приписів ч. 3 ст. 4 Закону України «Про обіг векселів в Україні» у разі видачі (передачі) векселя відповідно до договору припиняються грошові зобов'язання щодо платежу за цим договором та виникають грошові зобов'язання щодо платежу за векселем²¹.

Можливий безпосередньо варіант, коли сторони обмінюються документами, дистриб'ютор забирає акцептований вексель, а агровиробник отримує товаросупровідні документи на товар. Разом з тим у сфері здійснення господарської діяльності часто практикується передача відповідного акцептованого та уже авальованого векселя проти виставлених товаросупровідних документів.

Так, дистриб'ютор подає до свого обслуговуючого банку товаросупровідні документи на товар разом з переказним векселем. Обслуговуючий банк векседавця пересилає обслуговуючому банку платника (трасата) переказний вексель, після чого останній передається безпосередньо платнику.

У свою чергу, платник здійснює акцепт векселя. Варто підкреслити, що акцепт, звичайно, надписується в лівій частині лицьового боку векселя і виражається словом «акцептований; прийнято; заплачу» і обов'язково містить підпис платника. Після цього платник (трасат) передає вексель для авалювання до свого обслуговуючого банку. Обслуговуючий банк здійснює авалювання векселя. Зазначимо, що платіж за переказним векселем може бути забезпечений авалем повністю або в частині його суми. Аваль вчинюється або на самому переказному векселі, або на алонжі. Він виражається словами «вважати за аваль» або будь-яким іншим рівнозначним формулюванням та підписується тим, хто надає аваль.

Після цього авальований вексель виставляється проти товаросупровідних документів обслуговуючого банку векседавця (трасанта): вексель передається трасанту, а товаросупровідні документи – банку-трасату. Банк-трасата після отримання товаросупровідних документів передає їх платнику, який уже і отримує товар. Після цього правочин з поставки вважається закритим.

Оскільки тратта має абстрактний характер, тобто є самостійним зобов'язанням трасата щодо держателя векселя, то не є складовою частиною договору. Тому на векселі не зазначається, який конкретно договір був підставою для його появи. Більше того, будь-яка позначка на векселі, що зв'язує його виплату з виконанням кредитором зобов'язань щодо поставки товару, робить вексель недійсним.

Тратта є оборотним документом і може передаватися одним векселедержателем на користь іншого передавальним написом – індосаментом. Напис робиться на зворотному боці векселя або на додатковому аркуші (алонжі) та підписується індосантом (тобто особою, яка зробила передавальний напис). Зазначимо, що індосаменти можуть бути декількох видів:

– іменний (повний) – це передавальний напис, у якому зазначається назва або ім'я нового тримача, якому індосант передає усі права та вимоги за векселем. Повний індосамент підписується особою, яка передає вексель іншій особі, причому за такої передачі варто дотримуватися безперервності передаточних написів. Іменний індосамент має такий вигляд: «Платите наказу компанії «Трейдінг». ТОВ «Мрія», Київ (підписи);

– бланковий – це передавальний напис на зворотному боці векселя без зазначення назви особи, наказу якої необхідно здійснити платіж, і тому вексель вважається виставленим на пред'явника.

Векселедержатель за бланковим індосаментом може заповнити бланк або своїм іменем, або іменем якої-небудь третьої особи, або передати вексель третій особі, не заповнюючи бланк та не здійснюючи індосамент. Бланковий індосамент може складатися із найменування індосанта та його підпису. Відповідальність за виплату суми за векселем перед останнім векселетримачем, якому передано права та вимоги за векселем, солідарно несуть боржник та всі особи, які є тримачами (попередні індосанти). Підкреслимо, що бланковий індосамент у будь-який момент можна перетворити на повний, зробивши над попереднім передаточним написом позначку, наказу якої особи передається даний вексель.

Відповідно до ст. 33 Женевської конвенції 1930 р. (далі – Женевська конвенція), якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі²², простий чи переказний векселі можуть бути видані на термін:

- за пред'явленням;
- на такий-то час від пред'явлення;
- на такий-то час від складання;
- на визначений день.

Вексель, що містить інше призначення терміну чи послідовні терміни платежу, недійсний.

Платник при оплаті векселя може вимагати, щоб вексель був вручений йому векселедержателем з розпискою про одержання платежу. Векселедержатель не може відмовитись від прийняття часткового платежу, платник може вимагати відмітки про такий платіж на векселі і видачу йому про це розписки (ст. 39 Женевської конвенції)²³.

При пред'явленні векселя до оплати трасат зобов'язаний виконати вексельне зобов'язання. В іншому випадку кредитор має право звернутися до нотаріуса з заявою про вчинення протесту векселя. Згідно з ч. 3 ст. 44 Женевської конвенції протест у неплатежі за переказним векселем, який підлягає оплаті на визначену дату або у визначений строк від дати складання чи від пред'явлення, повинен бути здійснений в один із двох робочих днів, які настають за днем, у який вексель підлягає оплаті²⁴. При цьому, керуючись приписами ст. 8 Закону України «Про обіг векселів в Україні», вексель, опротестований нотаріусом у встановленому законом порядку, є виконавчим документом²⁵.

Таким чином, вексель, як форма кредитування агробізнесу, є привабливою для кредиторів (векселедержателів, ремітентів, трасантів) з огляду на простоту та захищеність інтересів у разі невиконання вексельного зобов'язання і, звичайно, високу ліквідність векселя як цінного паперу на ринку фінансових послуг.

Разом із тим, як аграрна розписка, так і вексель мають спільні та відмінні ознаки, свої переваги/недоліки стосовно кредитування агробізнесу, знаючи тонкощі яких можна обирати той чи інший фінансовий інструмент. Спочатку наведено спільні риси аграрної розписки та векселя. Так, до спільний рис можна віднести те, що указані фінансові інструменти:

- є механізмом залучення ресурсів з відстрочкою платежу;
- встановлюють безумовне боргове зобов'язання аграрія;
- можуть бути передані третій особі (напис «Відступлено» та індосамент);
- не можуть бути знерухомлені, переведені в бездокументарну форму;
- набувають статусу виконавчих документів у разі вчинення виконавчого напису (протесту).

До відмінних же рис аграрної розписки та векселя можна віднести те, що:

- аграрна розписка видається як проти грошей, так і продукції, а вексель лише проти поставлених товарів, виконаних робіт, наданих послуг (*розписка є більш універсальною*);
- аграрна розписка забезпечується заставою майбутнього врожаю, а вексель не містить такої обов'язкової умови (*розписка краще забезпечує інтереси кредитора*);
- виконання зобов'язання за аграрною розпискою можливе шляхом поставки як продукції, так і сплатою грошей, а вексель передбачає лише сплату грошей (*вексель є менш універсальним*);
- аграрна розписка є більш «дорогим» інструментом кредитування, адже підлягає нотаріальному посвідченню, а вексель – ні (*розписка є більш витратною*);
- індосамент при векселі може бути як іменним, так і бланковим, а при відступленні прав за аграрною розпискою обов'язкове зазначення нового кредитора (*вексель є мобільнішим у сфері визначення особи кредитора*);

– часткове виконання за аграрною розпискою допускається лише за згодою кредитора, а держатель векселя не може відмовитися від прийняття часткового платежу (*вексель є більш гнучким*);

– аграрна розписка видається до завершення технологічного циклу виробництва, а вексель може видаватися як на більш короткий, так і на більш тривалий строк (*вексель є більш мобільним*).

Таким чином, можна зазначити, що як аграрна розписка, так і вексель мають свої переваги та недоліки. Однозначно можна стверджувати, що вексельна форма кредитування агробізнесу неможлива у формі первісного надання грошей (вексель опосередковує зобов'язання з поставки товарів, виконання робіт, надання послуг). У цьому аспекті аграрна розписка має суттєві переваги над таким уже доволі сталим механізмом залучення ресурсів. Крім того, сторони аграрної розписки можуть домовитися про страхування майбутнього врожаю, додатково забезпечивши свої майнові інтереси.

У цілому зауважимо, що аграрні розписки можуть стати для українського агробізнесу саме тим інструментом, який допоможе подолати системну кризу у сфері виробництва та збуту сільськогосподарської продукції, відкрити нові можливості для розвитку галузі.

¹ 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>

² Там само.

³ 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>

⁴ 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>

⁵ Про Митний тариф України : Закон України від 19 вересня 2013 р. № 584-VII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/584-18>

⁶ 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>

⁷ Там само.

⁸ Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 р. № 3425-XII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3425-12>

⁹ Там само.

¹⁰ Про впорядкування справляння плати за вчинення нотаріальних дій : Указ Президента України від 10 липня 1998 р. № 762/98 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/762/98>

¹¹ 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>

¹² 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>

¹³ Там само.

¹⁴ Там само.

¹⁵ Там само.

¹⁶ Там само.

¹⁷ Там само.

¹⁸ Там само.

¹⁹ Про цінні папери та фондовий ринок : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3480-15>

²⁰ Про обіг векселів в Україні : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2374-III : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2374-14>

²¹ Там само.

²² Конвенція, якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі від 7 червня 1930 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_009

²³ Там само.

²⁴ Там само.

²⁵ Про обіг векселів в Україні : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2374-III : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2374-14>

Резюме

Лаврінченко І. А., Панченко І. М. Аграрна розписка та вексель: форми кредитування агробізнесу.

У статті досліджуються особливості механізму використання аграрної розписки як окремого виду товаророзпорядчого цінного паперу та векселя як форми кредитування агробізнесу. Здійснюється їх компаративний аналіз з метою виявлення сутнісних спільних та відмінних рис.

Ключові слова: аграрна розписка, вексель, кредитування.

Резюме

Лаврінченко И. А., Панченко И. Н. Аграрная расписка и вексель: формы кредитования агробизнеса.

В статье исследуются особенности механизма использования аграрной расписки как отдельного вида товарораспорядительной ценной бумаги и векселя как формы кредитования агробизнеса. Осуществляется их компаративный анализ с целью выявления существенных общих и отличительных черт.

Ключевые слова: аграрная расписка, вексель, кредитование.

Summary

Lavrinenko I., Panchenko I. Agrarian receipt and bill: forms of crediting of agribusiness.

There are special aspects of the arrangement of usage of the agrarian receipt as separate type of valuable security controlling disposition of the goods and the bill as forms of crediting of agribusiness, 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: agrarian receipt, bill, crediting.

УДК 349.415 (477)

О. О. РОДІК

Оксана Олегівна Родік, аспірантка Академії праці, соціальних відносин і туризму

ПРАВОВА ОХОРОНА ҐРУНТІВ У ДОКТРИНІ ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

З моменту проголошення незалежності Україна стала на шлях побудови самостійної правової системи. Саме цей важливий крок в українському державотворенні викликав процес реформування в усіх сферах життєдіяльності. Не були винятком земельно-правові відносини, які містили фундаментальні перетворення, що призвели до побудови нового земельного ладу в Україні. Трансформаційні процеси, які відбувалися в державі, активізували в доктрині земельного права наукові дослідження щодо забезпечення охорони природних

ресурсів та їх використання. Зокрема, дослідження змісту охорони ґрунтів. Але, на жаль, до ґрунтового покриву давно ніхто не ставиться як до найціннішого скарбу, як основного національного багатства Українського народу, що перебуває під особливою охороною держави. Ґрунт завдяки свої основній властивості – родючості перетворився на засіб швидкого збагачення, про майбутню долю якого думають дедалі менше. Як наслідок, проблема правового збереження родючості ґрунтів стає з кожним роком все гострішою.

За 25 років державної і національної незалежності проведені наукові дослідження щодо правової охорони ґрунтів, за винятком окремих праць, характеризуються науковою обмеженістю, стереотипністю та традиційністю аналізу правових норм. Відбувається констатація факту наявності норми у відповідному законодавчому акті без її глибокого осмислення та аналізу. Адже правова думка має формуватись з огляду на тенденції і явища, які відбуваються у нашій країні, пов'язані з переходом до ринкової економіки, встановленням приватної власності на землю, проведенням децентралізації влади, реалізацією курсу на європейську інтеграцію, незавершеністю земельної та аграрної реформи, веденням неоголошеної війни з Російською Федерацією на сході України.

З точки зору системно-структурного та логічного підходу до наукового пізнання будь-яких правових явищ не можна обмежуватися науковим і законодавчим тлумаченням лише окремих положень без врахування комплексу всіх об'єктивних факторів і суб'єктивних передумов, на основі яких сформульовано і закріплено у нормах правові ідеї¹. Тому для формування повноцінної наукової думки щодо правової охорони, використання та відтворення ґрунтового покриву неможливо не врахувати конституційні засади, особливо ст.ст. 13 і 14 Основного Закону, що стосується права власності на землю, які визначені предметом наукового пошуку у монографіях, В. К. Гуревського², О. А. Вівчаренка³, В. В. Носіка⁴, у кандидатських дисертаціях Л. П. Заставської⁵, В. П. Яницького⁶, І. В. Мироненка⁷, О. І. Настіної⁸, Д. В. Бусуйок⁹, О. Г. Бондаря¹⁰, А. В. Луначенко¹¹, К. О. Дремлюги¹², у дослідженні В. І. Андрейцева¹³, В. Л. Мунтяна¹⁴, П. Ф. Кулинич¹⁵. Право власності на землю та її охорона для українського суспільства у всі часи було і залишаються одним із найбільш гострих та суперечливих питань його розвитку. Адже здійснюючи права власника на землю від імені Українського народу, органи державної влади та місцевого самоврядування одночасного зобов'язані також забезпечувати охорону землі, зокрема ґрунтів, як основного національного багатства. Серед великої кількості вчених-правознавців лише В. В. Носік та В. І. Андрейцев досліджували питання охорони землі в контексті основного національного багатства. В. І. Андрейцев розкриває екологічну складову особливої державно-правової охорони землі (ґрунтів). В. В. Носік з цього приводу зазначає, що доцільність та необхідність такого припису у Конституції України базується на сучасному науковому сприйнятті землі в системному зв'язку: земля – людина – суспільство – природа¹⁶, де земля з її верхнім ґрунтовым покривом є основним національним багатством, яка продукує продовольство і сільськогосподарську сировину, що, як наслідок, є економічним рушієм розвитку держави.

З приводу проголошення землі та інших природних ресурсів основним національним багатством цікавою є думка П. Ф. Кулинич, що у своїй статті «Охорона землі як основного національного багатства: конституційні аспекти»¹⁷ наголошує на доцільності розглядати категорії «надбання народу», «спадщина народу» та «національне надбання» як ідентичні в контексті правового регулювання. Водночас поняття «національне багатство» ставить в один ряд з переліченими вище. Що, на наш погляд, недоречно, адже визначення понять «надбання» і «багатство» є різним за смисловим навантаженням.

Л. В. Ришкова у своєму дисертаційному дослідженні також оперує таким поняттям, як «національне надбання» – унікальний об'єкт, що не піддається відтворенню, втрата або руйнування якого матиме серйозні негативні наслідки для розвитку суспільства та науки¹⁸. Дає перелік об'єктів, що становить національне надбання при цьому не включає в даний перелік поняття «ґрунт», яке на конституційному рівні визнано національним багатством і в разі його втрати або руйнування Український народ, як основний власник земельних ресурсів, нестиме катастрофічні наслідки. Прикладом таких наслідків, з реалій життя, є незаконно відчужена Автономна Республіка Крим, яка мала безмежно цінні земельні ресурси, заповідні території, ґрунтові масиви. Ринкова вартість втраченої для України матеріально-сировинної бази у зв'язку з окупацією Криму, за підрахунками Міністерства екології і природних ресурсів України, становить 126,8 млрд гривень¹⁹. У Криму залишилося 821,8 тис. га, по той бік фронту в Донецькій області – близько мільйона, у Луганській – понад 160 тисяч га родючих чорноземів. За різними оцінками, щорічні втрати загальноукраїнського короваю у 2014–2015 рр. у середньому – 5–6 млн тонн збіжжя на суму 6–10 млрд гривень²⁰.

В. Д. Сидор, досліджуючи правовий режим земель в земельному законодавстві України, доречно зазначила, що він є практично не дослідженим, як основне національне багатство. Пояснюється вказане певною науковою обмеженістю підходів до аналізу відповідних правових явищ. Однак, зазначивши проблему, дослідниця не розкрила суті, в чому ж проявляється унікальність правового режиму земель як основного національного багатства, що на часі є доцільним. А натомість визначає сутність правового режиму земельного фонду як прагнення законодавця забезпечити раціональне використання та охорону земель, виходячи з уявлень про землю як про об'єкт нерухомості та природний об'єкт²¹.

На відміну від В. Д. Сидор, Д. В. Санніков у своєму науковому дослідженні спробував дати відповідь на питання, що саме слід вважати особливою охороною. Зокрема, він зазначав, що однією з особливостей охорони земель, в тому числі й ґрунтів, яка передбачена Конституцією України, цілком можливо вважати поєднання охоронюваних заходів, які одночасно мають земельно-правовий, еколого-правовий, природоресурсний та, в деяких випадках, цивільно-правовий характер. Саме єдність у застосуванні цих заходів при

здійсненні охорони ґрунтів в Україні й надає їй статусу особливої²². Однак така позиція є дещо суб'єктивною та спірною. Адже визначаючи статус «особливої охорони», не враховано, що ґрунти у їх природному стані є об'єктом найвищого національного багатства, що має належати на праві власності Українському народові, а відтак становить особливий об'єкт для підвищеного піклування, охорони та захисту нашою державою²³.

Щодо науковців, які визначають землю, в тому числі й ґрунт, власністю Українського народу можна виділити чотири напрями наукових досліджень. Перший напрям, земля – власність Українського народу виступає окремим правовим інститутом, який функціонує поряд з інститутом права державної, комунальної та приватної власності (В. В. Носік). До другого напрямку слід віднести авторів, які розвивають думку, земля-власність Українського народу, як правовий інститут, що функціонує поряд з інститутом права приватної власності на землю (О. Г. Бондар, А. М. Мірошниченко). Третій напрям підтримують науковці, які вважають, що земля є виключною власністю Українського народу (В. Л. Мунтян, О. А. Вівчаренко). Нарешті, четвертий напрям досліджень, на противагу попередньому, не виділяє окремого інституту власності Українського народу, а спрямований на виключення власності держави щодо ґрунтового покриву. Пояснюючи, що правовий статус Українського народу, як власника земельних ресурсів, доцільно кваліфікувати не як закріплення монополії власності на природні ресурси, їх належності одному суб'єктові, а як проголошення державою наміру встановити в інтересах Українського народу певні вимоги (обмеження) щодо набуття й реалізації права власності на землю та інші природні об'єкти фізичними і юридичними особами, органами місцевого самоврядування та органами державної влади (П. Ф. Кулинич).

Як бачимо з наведеного вище аналізу, правовий режим ґрунтового покриву до кінця не визначений як «основне», «національне» і «багатство», що свідчить про недостатньо високий рівень науково-методологічного розуміння та практичного застосування. Оскільки норми Конституції України є нормами прямої дії, які трансформовані у Земельний кодекс України, це зобов'язує дослідників розкрити сутність зазначеної норми та особливості її застосування у практиці реалізації земельно-правових норм, а отже, показати призначення й застосування саме у контексті бачення законодавця для типових ситуацій реального життя та правозастосовної практики²⁴. Поняття «ґрунт власність – Українського народу» залишається спірним і до кінця не визначеним питанням.

Україна має надзвичайно багатий земельно-ресурсний потенціал, який повинен бути надійно захищений правовим статусом основного національного багатства, що перебуває під особливою охороною держави²⁵. Особливо це стосується правового захисту сільськогосподарських земель. Адже на цих землях знаходиться найродючіший ґрунтовий покрив. Тому багато науковці розглядає ґрунт як складову земель сільськогосподарського призначення, зважаючи на те, що земля не може розглядатися окремо без поверхневого родючого шару. У рамках проблематики правової охорони ґрунтів окремі правознавці обрали об'єктом наукового аналізу питання правової охорони земель сільськогосподарського призначення²⁶, серед яких слід виділити Т. Г. Ковальчук²⁷, Н. С. Гавриш²⁸, Н. І. Титову²⁹, монографії В. К. Гуревського, П. Ф. Кулинича, В. В. Носіка, колективну монографію під редакцією В. І. Семчика³⁰, кандидатські дослідження С. І. Хом'яченка³¹, Т. К. Оверковської³², В. О. Ситніки³³, М. А. Дейнеги³⁴.

П. Ф. Кулинич слушно зауважує, що землі сільськогосподарського призначення без перебільшення можна вважати провідною категорією земель земельного фонду України. У монографії як важливий напрям виділяється правове забезпечення якості земель сільськогосподарського призначення через нормативне регулювання земельних відносин, об'єктом яких виступають ґрунти. Ґрунтовий покрив, тобто ґрунти у природному стані, розглядаються не лише як природний ресурс, елемент довкілля, екологічна система, що перебуває у численних зв'язках з іншими елементами довкілля, а як властивість, якісну характеристику земельної ділянки чи певної території. Зазначається, що в такому стані вони не можуть розглядатися як окремий самостійний об'єкт права приватної власності чи інших речових прав на землю. Однак вказується, що ґрунтовий покрив, його якісний стан має розглядатися відносно самостійним об'єктом прав і обов'язків суб'єктів сільськогосподарського землекористування щодо їх охорони й відтворення³⁵.

З цього приводу Н. С. Гавриш писала, «що охорона земель сільськогосподарського призначення охоплює і охорону земель в цілому, і охорону ґрунтів як найважливішого для сільськогосподарського виробництва елемента землі»³⁶. Зауважимо, що інтенсивне залучення земельних ресурсів у сільськогосподарське виробництво вимагає постійного вдосконалення їх правової охорони. У свою чергу, це зумовлює в земельному законодавстві і в юридичній літературі виділення ґрунтів як відносно самостійного об'єкта природи в самостійний об'єкт правової охорони.

Цікавою є думка, висловлена в колективній роботі під редакцією В. І. Семчика, в якій аналізується законодавство про охорону земель сільськогосподарського призначення. Виділяють п'ять об'єктів правової охорони сільськогосподарських земель. Це об'єкти, які характеризують їх кількість, екологічну безпеку сільськогосподарського землекористування, якість сільськогосподарської продукції, розвиток науково-технічного прогресу в землеробстві та якість сільськогосподарських угідь. Основним фактором, що визначає якість земель сільськогосподарського призначення, є наявність ґрунтового покриву (ґрунтів) та їх родючість. Україна володіє «контрольним пакетом» світових запасів чорноземних ґрунтів, які покривають 68 % території країни. Тому для забезпечення збереження родючих чорноземів, за словами В. І. Семчика, необхідною умовою є використання інноваційних правових підходів до вирішення суспільно значущої проблеми охорони і правильного, раціонального використання земель сільськогосподарського призначення. Пошук таких підходів, як вказує цей науковець, доцільно розпочати з формулювання принципово нових категорій земельного

права, які характеризують ті ознаки і характеристики земель, котрі ще не виявлені наукою земельного права чи не опрацьовані нею до рівня наукових постулатів, що є невід'ємною складовою догми земельного права України³⁷.

В. К. Гуревський поняття «ґрунти» також пов'язує з конкретною уявою про якість землі і здатність її використання в сільському господарстві. Уточнюючи, що головне при одержанні максимальної кількості сільськогосподарської продукції використання землі як унікального природного об'єкта було раціональним. При цьому деталізує, що проблема раціонального використання землі безпосередньо не зв'язана з формами власності на землю, адже даний обов'язок покладається на суб'єкта незалежно від того, носієм якого правового статусу він є щодо землі, яку використовує³⁸.

Раціональне використання родючих чорноземів підтримує і Т. Г. Ковальчук, розглядаючи правову охорону ґрунтового покриву на землях сільськогосподарського призначення через площину продовольчої проблеми, виробництва якісних та безпечних продуктів харчування, що є однією з гарантій реалізації конституційного права громадян на безпечне для здоров'я та життя довкілля³⁹.

Н. І. Титова звертає увагу на те, що термін «ґрунти» є найбільш точним для характеристики земель сільськогосподарського призначення, що означає поверхню землі, як найбільш родючого і придатного саме для використання під посіви та інші сільськогосподарські потреби, тобто як безпосередній засіб виробництва⁴⁰.

Таким чином, перелічені вище науковці розглядають ґрунт як родючу поверхню земель сільськогосподарського призначення, яка продукує продовольство.

Законодавством України передбачено й інші земельні ділянки, покриті родючим шаром ґрунту, які за цільовим призначенням не віднесено до земель сільськогосподарського призначення, але мають не менш важливе значення. Тому, незалежно від цільового призначення земельної ділянки, ґрунти, які знаходяться на інших категоріях земель, однаковою мірою підлягають правовій охороні, яка нерозривно пов'язана з дбайливим ставленням до природних ресурсів, що знаходяться в межах території України, таких як водні об'єкти, надра, ліси та інші. Адже їх правовий режим водночас визначає зміст правового регулювання відносин охорони, використання ґрунтового покриву. У цьому зв'язку значний науковий інтерес становлять дисертаційні дослідження правового регулювання щодо використання та охорони таких природних ресурсів, як землі під об'єктами рекреаційного, оздоровчого та історико-культурного призначення, природо-заповідного фонду України: А. Й. Годованюк⁴¹, О. В. Донець⁴², О. М. Ковтун⁴³ та ін.; землі водних об'єктів: І. Є. Чумаченко⁴⁴; землі лісгосподарського призначення: С. М. Шершун⁴⁵. Аналізуючи роботи зазначених авторів, які досліджують правове регулювання охорони та використання відповідного природного ресурсу, не знаходимо навіть згадки про ґрунти та їх раціональне використання. Лише Л. В. Ришкова, розглядаючи правове регулювання охорони та використання особливо цінних земель і розкриваючи їх правовий статус, аналізує правові механізми збереження та відтворення родючості ґрунтів. Підвищення родючості ґрунтів автор трактує як систему комплексних заходів, спрямованих насамперед на припинення поширення деградаційних процесів шляхом посилення державного контролю за охороною та використанням земель⁴⁶. Адже досить часто внаслідок недобросовісного користування земельною ділянкою погіршується стан земельних ресурсів, що зумовлює питання правового забезпечення охорони ґрунтового покриву від псування в результаті деградаційних процесів, забруднення та засмічення.

Неодноразово тема забруднення та засмічення порушувалась у наукових дослідженнях: Н. С. Гавриш⁴⁷, Т. К. Оверковської⁴⁸, С. В. Сидорової⁴⁹, О. В. Конишевої⁵⁰, В. В. Носіка⁵¹, Т. Г. Ковальчук⁵² та ін.

Соціально-економічна сутність використання та охорони ґрунтів висвітлюється у роботах О. А. Корчинської⁵³, Н. А. Спринчук⁵⁴, О. В. Ходаківської⁵⁵. У них наголошується, що родючість чорноземів потрібно регулярно визначати, відслідковувати у динаміці, оцінювати та охороняти. Це можливо лише за чіткої державної системи охорони родючості ґрунтів, надходження постійних інвестицій та, як зазначає Н. А. Спринчук, запровадження компенсацій за втрати від зниження родючості ґрунтів, на основі показників вартості ресурсів і робіт, необхідних для компенсації втрачених поживних речовин і гумусу⁵⁶. Адже не дарма відомий німецький вчений XIX ст. Юстус Лібих, писав, що саме родючість ґрунтів визначає багатство й могутність країни⁵⁷.

Не менш визначальним для розвитку правового регулювання охорони і використання ґрунтів є дослідження цієї проблеми в *екологічному та аграрному праві* В. І. Андрейцева⁵⁸, *І. І. Каракаша*⁵⁹, *В. І. Курила*⁶⁰, *М. В. Шульги*⁶¹; *цивільному праві* О. В. Дзери⁶² щодо умов виникнення та припинення права власності на земельні ресурси; *господарському праві* І. В. Булгакова, О. М. Вінника, С. Й. Кравчука, які звертають увагу на природні ресурси як особливу категорію майна, що використовується у сфері господарювання та характеризується особливим правовим режимом, виділяють основні засади використання природних ресурсів суб'єктами господарювання, права та обов'язки останніх⁶³; у *кримінальному праві* А. М. Шульга, який наголошує на необхідності встановлення кримінальної відповідальності за забруднення та псування земель. Пояснюючи наявність конституційного припису про те, що земля є основним національним багатством, яка знаходиться під особливою охороною держави⁶⁴. У доктрині земельного права над питаннями відповідальності за порушення земельного законодавства працювали: Н. І. Титова⁶⁵, В. Л. Мунтян⁶⁶, В. В. Носік⁶⁷, Н. С. Гавриш⁶⁸, Т. К. Оверковська⁶⁹ та ін.

Вагомий внесок для наукових розробок щодо вдосконалення земельного законодавства, особливо з ґрунтоохоронних проблем, мають публікації зарубіжних вчених з питань економіко-екологічної політики щодо охорони земель, а також правові аспекти вирішення проблем родючості ґрунтів, боротьби з ерозією, використання мінеральних та органічних добрив тощо⁷⁰.

Неабияке значення мають статистичні дані, наукові дослідження інститутів Національної академії аграрних наук, серед них – Інститут агроєкології і природокористування, Інститут водних проблем і меліорації, Інститут зрошувального землеробства; Національні наукові центри: Інститут землеробства, Інститут ґрунтознавства і агрохімії та ін.⁷¹ Вагоме значення для забезпечення реалізації державою контролю за станом ґрунтів мають дані моніторингу родючості ґрунтів науково-дослідної державної установи «Інститут охорони ґрунтів України» при Міністерстві аграрної політики та продовольства України. Але відповідно до чинного законодавства, роль науково-дослідних установ зводиться лише до статистичної звітності та оцінок. Вони не впливають (і не можуть цього робити) на наявний рівень ефективного використання ґрунтів.

Таким чином, на основі викладених вище теоретичних досліджень і наукових джерел правової охорони ґрунтів можна зробити висновок, що правовий режим ґрунтів як основне національне багатство Українського народу залишається практично не дослідженим. До того ж, знаходиться на переломному етапі щодо системного погляду на теоретичні й практичні проблеми правового регулювання охорони, використання та відтворення ґрунтового покриву у зв'язку з відсутністю сучасних наукових напрацювань.

У наукових працях немає конкретної відповіді на те, в чому полягає суть особливої охорони ґрунтів з точки зору основного національного багатства. Є дискусійним положення «ґрунт – власність Українського народу». У земельно-правовій доктрині до кінця не досліджено поняття «основне», «національне» і «багатство», що свідчить про недостатньо високий рівень науково-методологічного розуміння та практичного застосування.

У цьому зв'язку існує необхідність у визначенні основних напрямів та можливостей становлення наукової доктрини земельного права, розвитку подальших наукових пошуків з урахуванням сучасних державних перетворень у сфері охорони ґрунтового покриву як основного національного багатства Українського народу, що продукує продовольство, годує армію та всю країну, є економічним рушієм розвитку держави, створюючи валовий внутрішній продукт.

¹ Носік В. В. Право власності на землю за Конституцією України / В. В. Носік // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – № 11. – С. 49.

² Гуревський В. К. Право приватної власності громадян України на землі сільськогосподарського призначення / В. К. Гуревський. – Одеса: АстроПринт, 2000. – 136 с.

³ Вівчаренко О. А. Правова охорона земель в Україні: моногр. / О. А. Вівчаренко. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 336 с.

⁴ Носік В. В. Право власності на землю Українського народу: моногр. / В. В. Носік. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 544 с.

⁵ Заставська Л. П. Право власності на землю в Україні (розвиток та основні риси): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / Л. П. Заставська. – К., 2003. – 20 с.

⁶ Яніцький В. П. Порядок набуття права власності на земельну ділянку в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / В. П. Яніцький. – К., 2007. – 20 с.

⁷ Мироненко І. В. Зміст та межі здійснення права приватної власності на землю в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / І. В. Мироненко. – К., 2008. – 20 с.

⁸ Настіна О. І. Право державної власності на землю в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. науки: спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / О. І. Настіна. – К., 2008. – 20 с.

⁹ Бусуйок Д. В. Правове регулювання обмежень прав на землю в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / Д. В. Бусуйок. – К., 2005. – 20 с.

¹⁰ Бондар О. Г. Земля як об'єкт права власності за земельним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / О. Г. Бондар. – К., 2005. – 20 с.

¹¹ Луначенко А. В. Правовий режим земель сільськогосподарського призначення, які належать громадянам на праві власності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / А. В. Луначенко. – К., 2002. – 16 с.

¹² Дремлюга К. О. Підстави набуття прав на землю громадянами України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / К. О. Дремлюга. – К., 2010. – 21 с.

¹³ Андрейцев В. І. Правовий режим землі як основного національного багатства (Коментар до ч. 1 ст. 1 Земельного кодексу України) / В. І. Андрейцев // Законодавство України. Наук.-практ. коментарі. – 2002. – № 4. – С. 15–26.

¹⁴ Мунтян В. Л. Деякі актуальні проблеми правового регулювання земельних відносин в Україні / В. Л. Мунтян // Что делать? Дайджест левой оппозиции. – 2011. – № 7–8. – С. 77–81.

¹⁵ Кулинич П. Ф. Охорона землі як основного національного багатства: конституційний аспект / П. Ф. Кулинич // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 1. – С. 235–239.

¹⁶ Носік В. В. Право власності на землю Українського народу: моногр. / В. В. Носік. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 53–54.

¹⁷ Кулинич П. Ф. Вказана праця. – С. 238.

¹⁸ Ришкова Л. В. Правове регулювання охорони та використання особливо цінних земель: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / Л. В. Ришкова. – Х., 2010. – С. 35.

¹⁹ Юрченко К. Г. Щодо системних наслідків тимчасової окупації Криму в економічній сфері. Аналітична записка / К. Г. Юрченко, Я. А. Жаліло // Сайт Національного інституту стратегічних досліджень при Президенті України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.niss.gov.ua/articles/1535/> (дата звернення 16.04.2016).

²⁰ Карпенко О. Хліб із гарячої зони / Олександр Карпенко // Сільські вісті. – 2016. – № 47. – 13 травня. – С. 4.

²¹ Сидор В. Д. Правовий режим земель в земельному законодавстві України / В. Д. Сидор // Адвокат. – 2010. – № 8 (119). – С. 27–31.

²² Санніков Д. В. До питання визначення сутності особливої охорони земель / Д. В. Санніков // Актуальні проблеми юридичної науки, Чотирнадцяті осінні юридичні читання: зб. матеріалів Міжнародної наук. конф. (м. Хмельницький, 23–24 жовтня 2015 р.) [у 2-х ч.]. – Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2015. – Ч. 2. – 208 с. – С. 46.

²³ Андрейцев В. І. Вказана праця. – С. 16.

²⁴ Андрейцев В. І. Земельне право і законодавство суверенної України (актуальні проблеми практичної теорії) / В. І. Андрейцев. – К. : Знання, 2005. – С. 157.

²⁵ Кулинич П. Ф. Правові проблеми охорони і використання земель сільськогосподарського призначення України : моногр. / П. Ф. Кулинич. – К. : Логос, 2011. – С. 6.

²⁶ Там само. – С. 17.

²⁷ Ковальчук Т. Г. Поняття та особливості правового режиму земель сільськогосподарського призначення / Т. Г. Ковальчук // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2005. – Вип. 63–64. – С. 32–37.

²⁸ Гавриш Н. С. Відповідальність за забруднення та засмічення ґрунтів в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / Н. С. Гавриш. – К., 2001. – 174 с.

²⁹ Титова Н. І. Землі сільськогосподарського призначення: права громадян України : наук.-практ. посіб. / Н. І. Титова. – Л. : ПАІС, 2005. – 368 с.

³⁰ Правові засади інноваційного розвитку в сільському господарстві України : моногр. / кол. авторів; за ред. В. І. Семчика. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2010. – 456 с.

³¹ Хом'яченко С. І. Правове забезпечення контролю за використанням та охороною земель в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / С. І. Хом'яченко. – К., 2004. – 19 с.

³² Оверковська Т. К. Правові засади охорони земель від забруднення та псування в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / Т. К. Оверковська. – К., 2008. – 20 с.

³³ Ситник В. О. Правове регулювання меліорації в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / В. О. Ситник. – Х., 1996. – 23 с.

³⁴ Дейнега М. А. Правове регулювання меліорації земель сільськогосподарського призначення в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / М. А. Дейнега. – К., 2012. – 19 с.

³⁵ Кулинич П. Ф. Вказана праця. – С. 484.

³⁶ Гавриш Н. С. Відповідальність за забруднення та засмічення ґрунтів в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / Н. С. Гавриш. – К., 2001. – С. 21.

³⁷ Правові засади інноваційного розвитку в сільському господарстві України : моногр. / кол. авт. ; за ред. В. І. Семчика. – К. : Юридична думка, 2010. – С. 118–123.

³⁸ Гуревський В. К. Право приватної власності громадян України на землі сільськогосподарського призначення / В. К. Гуревський. – Одеса: АстроПринт, 2000. – С. 41.

³⁹ Ковальчук Т. Г. Поняття та особливості правового режиму земель сільськогосподарського призначення / Т. Г. Ковальчук // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2005. – Вип. 63–64. – С. 32–37.

⁴⁰ Титова Н. І. Відповідальність за порушення законодавства про охорону природи / Н. І. Титова. – Л. : Вид-во Львів. ун-ту, 1973. – С. 10.

⁴¹ Годованюк А. Й. Правовий режим земель природно-заповідного фонду : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / А. Й. Годованюк. – К., 2006. – 20 с.

⁴² Донець О. В. Правовий режим земель історико-культурного призначення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / О. В. Донець. – Х., 2010. – 20 с.

⁴³ Ковтун О. М. Правові аспекти охорони територій та об'єктів природно-заповідного фонду України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 / О. М. Ковтун. – К., 2008. – 16 с.

⁴⁴ Чумаченко І. Є. Правове регулювання державного контролю за використанням та охороною водних об'єктів в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / І. Є. Чумаченко. – К., 2012 – 20 с.

⁴⁵ Шершун С. М. Еколого-правове регулювання лісокористування в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / С. М. Шершун. – К., 2005 – 20 с.

⁴⁶ Ришкова Л. В. Вказана праця. – С. 114.

⁴⁷ Гавриш Н. С. Правова охорона ґрунтів в Україні / Н. С. Гавриш. – Одеса : Одеська нац. юрид. академія, 2008. – 228 с.

⁴⁸ Оверковська Т. К. Вказана праця. – 20 с.

⁴⁹ Сидорова С. В. Правове забезпечення підвищення родючості ґрунтів : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / С. В. Сидорова. – Х., 2012. – 20 с.

⁵⁰ Конишева О. В. Правове забезпечення запобігання деградації земель сільськогосподарського призначення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / О. В. Конишева. – Х., 2002. – 20 с.

⁵¹ Носік В. В. Вказана праця. – 544 с.

⁵² Ковальчук Т. Г. Правові аспекти ґрунтозахисних гарантій охорони земель / Т. Г. Ковальчук // Вісник Київського нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка: Юридичні науки. – 2004. – Вип. 56–59. – С. 112–116.

⁵³ Корчинська О. А. Родючість ґрунтів: соціально-економічна та екологічна сутність : моногр. / О. А. Корчинська. – К. : ННЦ ІАЕ, 2008. – 238 с.

⁵⁴ Спринчук Н. А. Особливості сучасного розвитку системи охорони родючості ґрунтів / Н. А. Спринчук // Вісник Сумського національного аграрного університету. – 2009. – № 1. – С. 325–329.

⁵⁵ Ходаківська О. В. Земельні відносини у сільському господарстві: регіональний вимір : моногр. / О. В. Ходаківська, Н. І. Бурлака. – К. : ННЦ ІАЕ, 2012. – 242 с.

⁵⁶ Спринчук Н. А. Інвестиційне забезпечення розвитку системи охорони родючості ґрунтів : дис. ... канд. екон. наук : спец. 08.00.03 / Н. А. Спринчук – К., 2011. – С. 16.

⁵⁷ Корчинська О. А. Вказана праця. – С. 3.

⁵⁸ Андрейцев В. І. Конституційно-правові засади національної екологічної безпеки / В. І. Андрейцев // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2001. – Вип. 41. – С. 5–20.

⁵⁹ Каракаш І. І. Правове регулювання аграрно-земельних і природоресурсово-екологічних відносин : сб. избранных статей, докладов и рецензий (1997–2007) / И. И. Каракаш. – Одеса : Фенікс, 2007. – 430 с.

⁶⁰ Єрмоленко В. М. Правове забезпечення охорони та раціонального використання земельних ресурсів : навч. посіб. / В. М. Єрмоленко, В. І. Курило, Т. С. Кирилук ; за заг. ред. В. І. Курила. – К. : Магістр – XXI сторіччя, 2007. – 248 с.

⁶¹ Шульга М. В. Актуальні проблеми правового регулювання земельних відносин в сучасних умовах : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право» / М. В. Шульга – Х., 1998. – 37 с.

⁶² Дзера О. В. Розвиток права власності громадян в Україні / О. В. Дзера. – К. : Вентурі, 1996. – 272 с.

⁶³ Вінник О. М. Господарське право : курс лекцій / О. М. Вінник. – К. : Атіка, 2004. – С. 173.

⁶⁴ Шульга А. М. Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право, кримінологія; кримінально-виконавче право» / А. М. Шульга. – Х., 2004. – С. 89.

⁶⁵ Титова Н. І. Землі сільськогосподарського призначення: права громадян України : наук.-практ. посіб. / Н. І. Титова. – Л. : ПАІС, 2005. – 368 с.

⁶⁶ Мунтян В. Л. Вказана праця. – С. 77–81.

⁶⁷ Балюк Г. І. Земельне право України : підруч. / Г. І. Балюк, Т. О. Коваленко, В. В. Носік та ін.; за ред. В. В. Носіка. – К. : Вид.-поліграф. центр «Київський Університет», 2008. – 511 с.

⁶⁸ Гавриш Н. С. Вказана праця. – 228 с.

⁶⁹ Оверковська Т. К. Вказана праця.

⁷⁰ Мамаев Г. Г. Борьба с эрозией почв в США / Г. Г. Мамаев. – М., 1992. – 32 с.; Геннадиев А. Н. Почвоохранные положения в законах о фермерстве США / А. Н. Геннадиев // Почвоведение. – 1999. – № 9. – С. 1114–1149; Самойлов Д. Экономико-экологические аспекты государственной политики по охране земель в США : / Д. Самойлов // Международный сельскохозяйственный журнал. – 1998. – № 4. – С. 3–6.

⁷¹ Сайт Національної академії аграрних наук : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://uaan.gov.ua/ustanovy/all> (дата звернення 16.06.2016).

Резюме

Родік О. О. Правова охорона ґрунтів у доктрині земельного права України.

У статті розглянуто напрями доктринальних досліджень у сфері правової охорони ґрунтів у період становлення української незалежності. Акцентується увага на нерозривному зв'язку правової охорони ґрунтів з більш широким колом питань, таких як реалізація конституційних засад права власності на землю, правовий захист сільськогосподарських земель, правове регулювання використання й охорони інших природних ресурсів тощо. Аналізуються проблеми правового дослідження у зазначеній сфері та запропоновано шляхи їх вирішення.

Ключові слова: ґрунт, правова охорона ґрунтів, національне багатство, власність Українського народу, сільськогосподарські землі.

Резюме

Rodik O. O. Pravovaya ochrana pochv v doktrine zemelnogo prava Ukrainy.

В статье рассмотрены направления доктринальных исследований в области правовой охраны почв в период становления украинской независимости. Акцентируется внимание на неразрывной связи правовой охраны почв с более широким кругом вопросов, таких как реализация конституционных принципов права собственности на землю, правовая защита сельскохозяйственных земель, правовое регулирование использования и охраны других природных ресурсов. Анализируются проблемы правового исследования в указанной сфере, предложены пути их решения.

Ключевые слова: почва, правовая охрана почв, национальное богатство, собственность Украинского народа, сельскохозяйственные земли.

Summary

Rodik O. Legal protection of soil in the land legislation of Ukraine.

The article runs about the directions of research in the field of legal protection of soil in the period of forming Ukrainian independence. The author underlines the connection of legal protection of soil with a wider range of questions such as realization of constitutional basis for land propriety right, legal protection of agricultural land and other natural resources etc. The problems of legal research in the field are analyzed and the ways of their solution are suggested.

Key words: soil, legal protection of soil, national wealth, propriety of Ukrainian population, agricultural land.

УДК 343.222.7

С. Р. БАГІРОВ

Сергій Рамізович Багіров, кандидат юридичних наук, доцент, докторант Інституту права імені Володимира Сташиса Класичного приватного університету

ВЧИНЕННЯ НЕОБЕРЕЖНОГО ЗЛОЧИНУ КІЛЬКОМА СУБ'ЄКТАМИ ЯК ЯВИЩЕ ОБ'ЄКТИВНОЇ РЕАЛЬНОСТІ І ПРОБЛЕМА ТЕОРІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

В Україні та світі результатом різноманітних аварій та катастроф щорічно стають тисячі загиблих, десятки тисяч отримують різного ступеня тяжкості шкоду здоров'ю. Крім цього, завдається істотна шкода довкіллю, нормальному функціонуванню транспорту, безпеці виробництва й багатьом іншим сферам діяльності суспільства та держави. Технології сучасного світу призводять до того, що виявлення руйнівних потенцій стає можливим не стільки через об'єктивні властивості техніки, скільки через наявність суб'єктивного, або «людського», фактору. Цим фактором є необережна поведінка осіб, які є відповідальними за стан та функціонування техніки, а також тих осіб, які потрапляють до сфери дії машин та механізмів.

За певних умов необережна поведінка визнається злочинною, що потребує відповідних заходів кримінально-правового впливу. Водночас питання про підстави, зміст, форми та межі зазначеного впливу на необережну поведінку залишаються предметом багаторічних дискусій у правничих науках. З одного боку, наукою в цілому доведено ефективність принципу мінімальної криміналізації, недотримання якого позбавляє кримінальне право його змістовного атрибуту – покарання лише реально небезпечних проявів людської активності¹. З іншого боку, технічний розвиток людства і пов'язане з ним зростання проявів необережної поведінки призводить до реагування на них звичним (але не завжди раціональним) для кримінальної політики способом, тобто збільшенням обсягу криміналізації.

Сучасний стан необережної злочинності та відповідний розвиток наук кримінально-правового спрямування змушують по-новому підійти до вирішення багатьох проблем, що накопичились у правозастосовній діяльності. Однією з них постає недостатність теоретичних напрацювань доктрини кримінального права щодо складних ситуацій у правозастосуванні, коли небезпечні для суспільства наслідки завдаються необережною поведінкою кількох суб'єктів. Спроби вивчення правових наслідків збігу необережності кількох осіб у заподіянні спільної для них шкоди наочно висвітлюють низку питань, що не отримали належного опрацювання в науці.

Наведене вище не свідчить про те, що збіг необережності кількох осіб при заподіянні шкоди не вивчався наукою кримінального права. Як зазначав ще в XIX ст. професор М. Д. Сергеевський, «літературна доля питання про необережну співучасть є надзвичайно цікавою»².

Необхідно зауважити, що вчинення необережного злочину кількома особами спочатку розглядалось наукою кримінального права як спеціальне питання теорії співучасті у злочині.

Перші дослідження «необережної співучасті» були здійснені німецькими криміналістами початку XIX ст. (Й. Н. Борст, Й. К. Квісторп, К. А. Тітманн, К. К. Штюбель та ін.). Згодом, у середині та другій половині XIX ст., вивчення цього питання було продовжено такими авторами, як М. Бурі, К. Г. Вехтер, Х. Люден, Т. Р. Шютце та ін.³.

В Україні та Російській Імперії до революції 1917 р. питання про співучасть у необережних злочинах торкались Л. С. Білогриць-Котляревський⁴, О. С. Жиряєв⁵, Г. Є. Колоколов⁶, С. В. Познишев⁷, М. Д. Сергеевський⁸, М. С. Таганцев⁹ та інші вчені.

У радянський період розвитку науки кримінального права (з 20-х до 60-х рр. минулого століття) зазначене питання вивчали Г. Б. Віттенберг¹⁰, Е. Я. Немировський¹¹, В. С. Прохоров¹², А. Н. Трайнін¹³, М. Д. Шаргородський¹⁴ та інші науковці.

Протягом 50–60 рр. XX ст., напередодні реформи кримінального законодавства 1958–1960 рр., в радянській кримінально-правовій літературі тривали гострі дискусії щодо можливості співучасті у необережних злочинах.

Пізніше, у 60–70 рр. ХХ ст., проблема «необережної співучасті» частково трансформувалась у проблему «необережного співзаподіяння», оскільки більшість науковців негативно ставились до можливості необережної співучасті в умисному злочині або умисної співучасті в необережному злочині, допускаючи при цьому необережність кількох суб'єктів у вчиненні необережного злочину. Проблеми необережного співзаподіяння у 60–80 рр. ХХ ст. торкалися у своїх працях такі вчені, як М. І. Бажанов¹⁵, Р. Р. Галіакбаров¹⁶, М. С. Грінберг¹⁷, П. С. Дагель¹⁸, Н. Ф. Кузнецова та В. М. Кудрявцев¹⁹, В. А. Нерсесян²⁰, І. Р. Харитонова²¹ та ін.

З 90-х років ХХ ст. і в сучасній науці кримінального права до проблеми необережного співзаподіяння привертають увагу О. А. Арутюнов²², Д. А. Безбородов²³, В. І. Борисов²⁴, С. В. Гончаренко²⁵, О. В. Гороховська²⁶, М. С. Грінберг²⁷, О. О. Кваша²⁸, О. В. Курсаєв²⁹, В. А. Мисливий³⁰, В. О. Навроцький³¹, В. А. Нерсесян³², О. І. Парог³³, І. М. Тяжкова³⁴ та ін.

На сьогодні в науці кримінального права захищено лише дві кандидатські дисертації, спеціально присвячені проблемі необережного співзаподіяння – І. Р. Харитоновою (1985 р., СРСР)³⁵ та О. В. Курсавим (2011 р., Російська Федерація)³⁶. В українській теорії кримінального права окремих монографічних досліджень цього питання не було. Вказані вище українські автори торкалися проблеми необережного співзаподіяння у зв'язку із вивченням інших питань, тому наукові знання щодо цієї проблеми мають фрагментарний і суперечливий характер.

Метою цієї статті є підтвердження факту існування такого явища об'єктивної дійсності, як вчинення необережного злочину кількома особами, та висвітлення пов'язаних із цим окремих проблем теорії кримінального права.

У теорії правничих наук висловлювались застереження щодо пастки антикварності і рекомендація пам'ятати, що для наших цілей єдина важливість минулого полягає у тому світлі, який воно проливає на сучасність³⁷. Тому звернення до витоків тих чи інших проблем правової науки допомагає краще усвідомити їх сучасне значення.

На підставі вивчення доступних на сьогодні джерел можна дійти висновку, що вперше увагу на заподіяння тяжких наслідків необережною поведінкою кількох осіб звернули німецькі криміналісти початку ХІХ століття. Саме у цей час з'являються окремі праці, присвячені вивченню необережності як форми вини та злочинів, що вчиняються через необережність. Наприклад, у підручнику з кримінального права П. А. Фейербаха³⁸, який було видано у 1810 р. російською мовою, міститься посилання на працю Л. Х. фон Альмендінгена «Дослідження необережних злочинів», датовану 1804 роком³⁹.

Тогочасні німецькі вчені неодноразово наводили як у монографіях, так і в підручниках приклади з практики, в яких суспільно небезпечні наслідки наставали через поєднання необережної поведінки кількох осіб. Так, М. Бурі та Т. Р. Шютце аналізують ситуацію, коли дві няньки – А. і В. перебували з дитиною на березі річки. До них приходять їхні хлопці і запрошують на місцевий танцювальний майданчик. Посадивши дитину неподалік від води, няньки йдуть танцювати. Дитина, залишившись без догляду, доповзає до річки, падає у воду і тоне⁴⁰. К. Г. Вехтер, викладаючи вчення про необережну співучасть на лекціях у Лейпцизькому університеті, наводив такі приклади. Троє осіб на будівництві схопили важку балку і кинули її з будинку вниз на вулицю, не звернувши уваги на перехожого, якому цією балкою було заподіяно смертельне ушкодження. В іншій ситуації особа лишає без догляду заряджену бойовими патронами вогнепальну зброю, при поводженні з якою особа А. вистрілила і заподіяла смерть третій особі, В⁴¹. Осіб, що необережно поводити себе в наведених ситуаціях, К. Г. Вехтер вважає винуватими у необережному вбивстві і використовує для позначення цих осіб термін «Miturheber», який у контексті можна перекласти з німецької як «співвинуватець».

У зв'язку із цим Г. Є. Колоколов зазначав, що можливість необережної співучасті безумовно визнавалась як стародавніми, так і сучасними (сучасними Г. Є. Колоколову. – С.Б.) німецькими криміналістами⁴².

Зауважимо, що найпопулярнішим прихильником можливості співучасті у необережних злочинах можна визнати професора М. Д. Сергєєвського. Вчений обстоював думку, що відповідальність кількох осіб за один наслідок можлива не лише під час умисної діяльності, а й необережної, інакше кажучи, що поняття співучасті, на підставі загальних положень про причинний зв'язок, на протигагу пануючим поглядам, цілком може застосовуватись до необережних діянь⁴³.

Подальший розвиток теорії кримінального права щодо можливості кримінальної відповідальності за необережне заподіяння шкоди кількома особами характеризувався такими тенденціями.

По-перше, вчинення необережного злочину кількома особами було визнано криміналістами різних країн явищем об'єктивної дійсності, що потребує правового відображення. Наприклад, українська дослідниця співучасті у злочині О. О. Кваша, з огляду на сформульоване нею визначення структури співучасті у злочині, доходить висновку про неможливість необережної участі в умисному злочині, так і умисної участі в необережному злочині. Водночас авторка привертає увагу до того факту, що в об'єктивній дійсності злочинні наслідки в таких випадках заподіюються не одноособово, а спільними зусиллями кількох осіб – так звана «фактична співучасть». Для відображення цих ситуацій у праві вчені знаходять певні вирішення⁴⁴. Отже, О. О. Кваша визнає існування практичних ситуацій, коли злочинні наслідки заподіюються спільними зусиллями кількох осіб, які діють необережно. З приводу цього можна підкреслити, що яку б позицію не обирали ті чи інші науковці – або позицію прихильників співучасті в необережних злочинах, або їх опонентів – у будь-якому разі факт існування можливості вчинення злочину необережною поведінкою двох або більше осіб, як правило, не заперечується спеціалістами з кримінального права.

Водночас констатація існування певного правового явища потребує відповідного реагування на нього, застосування заходів правового впливу. Заходи впливу, у свою чергу, мають застосовуватись раціонально, на підставі виявлених наукових закономірностей і згідно з ними, хоча варто мати на увазі, що в теорії кримінального права висловлювались й інші погляди щодо цього. Так, Г. Л. Радбрух вважав, що зміни закону і теорії здійснюються відповідно до потреб часу і людини, виходячи із мислимої в якості ідеальної певної філософсько-правової системи⁴⁵. Тому наука кримінального права, постаючи значною мірою «автопоїєтичною»⁴⁶ системою, здійснила спробу опису та класифікації необережного заподіяння шкоди кількома особами за допомогою тих теоретичних конструкцій, що були наявними. У підсумку німецькими криміналістами було закладено основи вчення *concursum incautus* – тобто, про збіг необережної поведінки в одному злочині. *Concursum incautus* вважалось особливим видом співучасті і розглядалось у межах вчення про співучасть у злочині.

Такий підхід не був сприйнятий значною кількістю науковців у сфері кримінального права, які вважали, що інститут співучасті є властивим лише умисним злочинам і запровадження теорії необережної співучасті руйнує досягнуті конвенції щодо сутності та правових наслідків співучасті. Результатом цього розходження стало формування двох основних (тут автор свідомо залишає поза увагою низку другорядних концепцій, що існували у межах кожного з підходів. – С.Б.) наукових підходів щодо можливості співучасті у необережних злочинах. Це утворило другу тенденцію розвитку теорії кримінального права щодо необережного заподіяння шкоди кількома особами, яка характеризувалась гострими дискусіями між прихильниками співучасті у необережних злочинах та їх опонентами.

Складність обговорюваних питань впливала і на оцінку результатів цих дискусій. Наприклад, дослідниця проблеми необережного співзаподіяння І. Р. Харитонова зазначає, що в кінці 50-х – на початку 60-х рр. минулого століття у пресі відбувалась жвава дискусія навколо концепції «співучасть у необережному злочині», підсумком якої стала одностайна відмова спеціалістів від поширення норм інституту співучасті на необережні діяння⁴⁷. Вважаємо, що у цьому висновку І. Р. Харитонова припускається неточності: складно стверджувати про одностайну відмову спеціалістів, коли А. Н. Трайнін, М. Д. Шаргородський, В. С. Прохоров та інші науковці розглядали можливість співучасті у необережному злочині. Наприклад, у 1957 р. під час наукової сесії на юридичному факультеті Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка з доповіддю на тему «Деякі питання Загальної частини кримінального права при кваліфікації злочинних порушень трудової дисципліни на автомобільному транспорті» виступив В. І. Василенко. З положенням доповіді про можливість співучасті у цих злочинах не погодився Я. М. Брайнін. Водночас С. І. Тихенко заперечив Я. М. Брайніну, підтримав В. І. Василенка і навів приклади, що спростовують положення про неможливість співучасті у цих злочинах⁴⁸.

Варто все ж таки погодитись із іншим висновком І. Р. Харитонові: зазначена дискусія замкнулася на проблемах можливості чи неможливості співучасті у необережному злочині, що лишило поза увагою вчених питання, пов'язані з феноменом необережного співзаподіяння єдиного злочинного результату як автономного, самостійного кримінально-правового явища⁴⁹.

Термін «необережне співзаподіяння» став активно застосовуватись наукою радянського кримінального права з 60-х рр. ХХ століття. На підставі вивчення доступних джерел можна дійти висновку, що він є перекладом німецькомовного відповідника «fahrlässige Mitverursachung» і вперше був використаний 1962 р. у статті Н. Ф. Кузнецової та В. М. Кудрявцева «Кваліфікація співучасті у злочині»⁵⁰.

І. Р. Харитонова зазначає, що під час дискусії про співучасть у необережному злочині обговорювались нетипові, такі, що рідко зустрічаються на практиці, приклади побутової необережності. Дійсна ж, реальна основа необережного співзаподіяння у кримінальному праві – сфера взаємодії людини і техніки у процесі виробничої чи іншої колективної діяльності – лишилась поза полем зору її учасників⁵¹. Дійсно, у тому, що в сучасних умовах необережне співзаподіяння зустрічається частіше у сфері взаємодії людини і техніки, І. Р. Харитонова, безсумнівно, має рацію. Проте наявність нетипових, таких, що рідко зустрічаються на практиці, прикладів побутової необережності аж ніяк не означає, що не треба шукати теоретичні конструкції, котрі мають охопити такі ситуації при їх виникненні у майбутньому. У сфері кримінального права обов'язково має реалізовуватись випереджувальне відбиття, оскільки одним з невід'ємних критеріїв науковості постає передбачення майбутнього «на ґрунті знання законів функціонування і розвитку об'єктів, що досліджуються»⁵².

Водночас варто мати на увазі, що серед науковців немає єдності і в розумінні змісту поняття «необережне співзаподіяння», оскільки останнє, на думку деяких вчених (напр., М. С. Грінберга, І. Р. Харитонові тощо), охоплює лише ситуацію одночасного заподіяння шкоди з боку двох або більше суб'єктів, які діють на кшталт співвиконавців (якщо провести аналогію з інститутом співучасті). На переконання цих спеціалістів, поняття «необережне співзаподіяння» є властивим лише вузькому колу випадків, пов'язаних із заподіянням шкоди кількома особами через необережність. У зв'язку із цим вони розмежовують, з одного боку, необережне співзаподіяння, а з іншого, – більш широке коло можливих ситуацій необережного заподіяння шкоди двома або більше суб'єктами⁵³.

З огляду на обмежений обсяг цієї публікації, не всі проблеми необережного співзаподіяння можна належним чином розкрити, тому наразі торкнемося їх лише пунктирно. Отже, недостатність сьогоденного теоретичного потенціалу науки кримінального права щодо описаної проблемної ситуації демонструють кілька складових, причому нижченаведений їх перелік не є вичерпним:

1) теоретичні проблеми:

– відсутність задовільного концепту кримінально-правового регулювання відповідальності за необережну поведінку кількох суб'єктів одного злочину;

– недостатнє вивчення юридичної природи множинності суб'єктів необережного заподіяння шкоди;
– відсутність теоретичних розробок для виокремлення видів суб'єктів (співзаподіяників), які діють необережно, за аналогією із видами співучасників умисного злочину, що має надати допомогу у диференціації їхньої відповідальності;

2) правозастосовні проблеми:

– складність оцінки та встановлення причинного зв'язку у категоріях справ, де спільний суспільно небезпечний наслідок завдається необережною поведінкою кількох осіб;

– дисбаланс заходів кримінально-правового впливу, що припадають лише на особу, яка безпосередньо заподіяла шкоду, а інші учасники механізму заподіяння можуть уникнути кримінальної відповідальності;

– недостатність теоретичних знань у науці кримінального права задля оптимального вирішення інших суперечливих питань правозастосовної діяльності щодо необережних злочинів (таких як проблема «спеціальної осудності» суб'єкта необережного злочину, розмежування казусу та злочинної недбалості, застосування обставин, які індивідуалізують покарання тощо);

3) законотворчі проблеми:

– необхідність усунення прогалин в Загальній частині Кримінального кодексу України такими нормами, що передбачали б науково обґрунтовану систему заходів кримінально-правового впливу за множинності суб'єктів необережного заподіяння шкоди;

– відсутність доктринальної моделі нормативного балансу заходів кримінально-правового впливу з урахуванням специфіки необережних діянь (тобто, існує суттєве викривлення в нормативній площині – норми про відповідальність за необережність представлені вельми повно, іноді навіть зайво, проте специфіка караності та інших кримінально-правових наслідків майже не врахована законодавцем).

З огляду на зазначене, підстави, зміст, форми та межі кримінально-правового регулювання полісуб'єктної необережної поведінки потребують теоретичного переосмислення й уточнення.

На підставі викладеного можна дійти таких висновків. У сучасній науці кримінального права відносно вчинення необережного злочину кількома особами (необережного співзаподіяння) існує невідповідність емпіричного базису і теоретичних ресурсів. Протягом багатьох років формується проблемна ситуація, яка є реакцією на відкриття того факту, що вчинення необережного злочину кількома особами не вкладається у готові концептуальні схеми теорії співучасті у злочині.

Пропоновані сьогодні наукою кримінального права теоретичні конструкції щодо вирішення проблеми необережного співзаподіяння постають лише паліативом. Це потребує подальшої розробки теоретичного і законодавчого інструментарію, які більш адекватно відображатимуть об'єктивну реальність – існування необережного злочину, вчиненого кількома особами.

¹ Ashworth A. Is the Criminal Law a Lost Cause? / Andrew Ashworth // The Law Quarterly Review. – 2000. – Vol. 116. – № 2. – P. 225–256.

² Сергеевский Н. Д. О значении причинной связи в уголовном праве / Н. Д. Сергеевский. – Ярославль : Типо-Литография Г. Фальк, 1880. – Ч. I, II. – 369 с. – С. 81.

³ Колоколов Г. Е. О соучастии в преступлении / Г. Е. Колоколов. – М. : Университетская типография, 1881. – 210 с. – С. 50–51.

⁴ Белогриц-Котляревский Л. С. Очерки курса русского уголовного права. Общая и Особенная часть. Лекции / Л. С. Белогриц-Котляревский. – Киев-Харьков: Южно-русское книгоиздательство Ф. А. Иогансона, 1896. – 678 с. – С. 175–176.

⁵ Жиряев А. С. О стечении нескольких преступников при одном и том же преступлении / А. С. Жиряев. – Дерпт : Типография Г. Лаакманна, 1850. – 144 с. – С. 36–39.

⁶ Колоколов Г. Е. Вказана праця. – С. 42–51.

⁷ Познышев С. В. Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права. – Изд. 2-е, испр. и доп. / С. В. Познышев – М. : Издание А.А. Карцева, 1912. – 662 с. – С. 377–378.

⁸ Сергеевский Н. Д. Вказана праця. – С. 81–83.

⁹ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть Общая. Том 1. / Н. С. Таганцев. – Тула : Автограф, 2001. – 800 с. – С. 577–578.

¹⁰ Виттенберг Г. Б. О некоторых спорных вопросах учения о соучастии / Г. Б. Виттенберг // Труды Иркутского государственного университета им. А. А. Жданова. – 1958. – Т. 27. – Вып. 4. – С. 53–68. – С. 53–61. – (Серия «Юридическая»).

¹¹ Немировский Э. Я. Советское уголовное право. Части Общая и Особенная. – 2-е изд., изм. и доп. / Э. Я. Немировский. – Одесса : Изд-во «Одесполиграф», 1926. – 368 с. – С. 144–145.

¹² Прохоров В. С. К вопросу о субъективной стороне соучастия / В. С. Прохоров // Вестник Ленинградского университета. – 1962. – № 11. – С. 116–126. – С. 119–123.

¹³ Трайнин А. Н. Учение о соучастии / А. Н. Трайнин. – М. : Юридическое издательство НКЮ СССР, 1941. – 158 с. // Наведено за працю: Трайнин А. Н. Избранные труды / Составление, вступительная статья докт. юрид. наук, профессора Н. Ф. Кузнецовой. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. – 898 с. – С. 307–317.

¹⁴ Шаргородский М. Д. Некоторые вопросы общего учения о соучастии / М. Д. Шаргородский // Известия ВУЗов. – Правоведение. – 1960. – № 1. – С. 84–97. – С. 90–93.

¹⁵ Статтю коментує професор Харківського юридичного інституту М. І. Бажанов // Радянське право. – 1989. – № 10. – С. 66–67. – Комент. ст.: Про поняття необережного співзаподіяння / С. Гончаренко // Радянське право. – 1989. – № 10. – С. 63–66. – С. 66–67.

¹⁶ Галиакбаров Р. Р. Групповое преступление. Постоянные и переменные признаки : учеб. пособ. по спецкурсу «Спорные вопросы соучастия в преступлении» / Р. Р. Галиакбаров. – Свердловск : Свердловский юридический институт, 1973. – 140 с. – С. 90–94.

- ¹⁷ Гринберг М. С. Ответственность за преступную неосторожность при действии производственного коллектива / М. С. Гринберг // Советское государство и право. – 1979. – № 8. – С. 103–108.
- ¹⁸ Дагель П. С. Причинная связь в преступлениях, совершаемых по неосторожности / П. С. Дагель // Вопросы борьбы с преступностью. – М. : Юридическая литература, 1981. – Вып. 34. – С. 28–38. – С. 35–37.
- ¹⁹ Кузнецова Н., Кудрявцев В. Квалификация соучастия в преступлении / Нинель Кузнецова, Владимир Кудрявцев // Советская юстиция. – 1962. – № 19. – С. 14–17.
- ²⁰ Нерсесян В. А. Ответственность за неосторожные преступные деяния в свете научно-технической революции : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; исправительно-трудовое право» / В. А. Нерсесян. – М., 1983. – 24 с. – С. 19–20.
- ²¹ Харитонова И. Р. Понятие неосторожного сопричинения по советскому уголовному праву / И. Р. Харитонова // Проблемы совершенствования уголовного законодательства на современном этапе : Межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск : Изд-во Свердловского юрид. ин-та, 1985. – С. 123–132.
- ²² Арутюнов А. А. Соучастие в преступлении / А. А. Арутюнов. – М. : Статут, 2013. – 408 с. – С. 19–27.
- ²³ Безбородов Д. А. Неосторожные многосубъектные преступления: понятие и квалификация : учеб. пособ. / Д. А. Безбородов. – СПб. : Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, 2015. – 60 с.
- ²⁴ Борисов В. І. Основні проблеми охорони безпеки виробництва в кримінальному законодавстві України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / В. І. Борисов. – Х., 1993. – 35 с. – С. 25; Борисов В. ІІ. Уголовная ответственность за нарушение правил, норм и стандартов, обеспечивающих безопасность дорожного движения / В. И. Борисов, С. В. Гизимчук. – Х. : Консум, 2001. – 160 с. – С. 65, 97.
- ²⁵ Гончаренко С. В. Про поняття необережного співзаподіяння / С. В. Гончаренко // Радянське право. – 1989. – № 10. – С. 63–66.
- ²⁶ Гороховська О. В. Вбивство через необережність: проблеми кримінальної відповідальності : моногр. / О. В. Гороховська ; наук. ред. А. А. Музика. – К. : Вид. ПАЛИВОДА А.В., 2007. – 180 с. – С. 74–76.
- ²⁷ Гринберг М. С. Соучастие в неосторожных преступлениях / М. С. Гринберг // Советское государство и право. – 1990. – № 8. – С. 53–60.
- ²⁸ Кваша О. О. Співучасть у злочині: структура та відповідальність : моногр. / О. О. Кваша; НАН України ; Ін-т держ. і права ім. В. М. Корецького. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2013. – 560 с. – С. 128–129.
- ²⁹ Курсаев А. В. Неосторожное сопричинение в российском уголовном праве : моногр. / А. В. Курсаев. – М. : Юрлитинформ, 2015. – 280 с.
- ³⁰ Мисливий В. А. Злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту (кримінально-правове та криминологічне дослідження) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / В. А. Мисливий. – К., 2005. – 39 с. – С. 29.
- ³¹ Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навч. посіб. / В. О. Навроцький. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 704 с. – С. 211.
- ³² Нерсесян В. А. Ответственность за неосторожные преступления / В. А. Нерсесян. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. – 223 с. – С. 166–187.
- ³³ Рапог А. И. Уголовная ответственность за неосторожное сопричинение / А. И. Рапог // Уголовное право в XXI веке : Материалы Международной научной конференции на юридическом факультете МГУ им. М. В. Ломоносова 31 мая – 1 июня 2001 г. – М. : Лекс Эст, 2002. – С. 62–70.
- ³⁴ Тяжкова И. М. Неосторожные преступления с использованием источников повышенной опасности / И. М. Тяжкова. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – 278 с. – С. 53–59.
- ³⁵ Харитонова И. Р. Неосторожное сопричинение в советском уголовном праве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; исправительно-трудовое право» / И. Р. Харитонова. – Свердловск, 1985. – 15 с.
- ³⁶ Курсаев А. В. Дифференциация уголовной ответственности за неосторожное сопричинение вреда : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / А. В. Курсаев. – М., 2011. – 26 с.
- ³⁷ Holmes, Jr., O. W. The Path of the Law / O. W. Holmes, Jr. // Boston University Law Review. – 1998. – Vol. 78. – № 3. – P. 699–715. – P. 712.
- ³⁸ Фейербах П. А. Уголовное право / Пауль Ансельм Фейербах. – СПб.: Медицинская типография, 1810. – 142 с. – С. 52.
- ³⁹ Almendingen, L.H., v.: Untersuchungen über das culpose Verbrechen. – Giessen, 1804.
- ⁴⁰ Колоколов Г. Е. Вказана праця. – С. 50.
- ⁴¹ Сергеевский Н. Д. Вказана праця. – Ч. 1. – С. 81–83.
- ⁴² Колоколов Г. Е. Вказана праця. – С. 50–51.
- ⁴³ Сергеевский Н. Д. Вказана праця. – Ч. 1. – С. 81.
- ⁴⁴ Кваша О. О. Вказана праця. – С. 128–129.
- ⁴⁵ Radbruch G. L. Jurisprudence in the Criminal Law / Gustav Radbruch // Journal of Comparative Legislation and International Law. 3rd Series. – 1936. – Vol. 18. – 4. – P. 212–216.
- ⁴⁶ Teubner G. Law as an Autopoietic System / Gunther Teubner. – Oxford: Blackwell, 1993. – 203 p. – P. 22; Eastman N., Campbell C. Neuroscience and legal determination of criminal responsibility / Nigel Eastman, Colin Campbell // Nature Reviews. – 2006. – Vol. 7. – April. – P. 311–318. – P. 312.
- ⁴⁷ Харитонова И. Р. Понятие неосторожного сопричинения по советскому уголовному праву / И. Р. Харитонова // Проблемы совершенствования уголовного законодательства на современном этапе. Межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск : Изд-во Свердловского юрид. ин-та, 1985. – С. 123–124.
- ⁴⁸ Мунтян В. Л. На юридическом факультете Киевского государственного университета им. Т. Г. Шевченко / В. Л. Мунтян // Советское государство и право. – 1957. – № 9. – С. 132 – 134. – С. 133–134.
- ⁴⁹ Харитонова И. Р. Вказана праця. – С. 124.
- ⁵⁰ Кузнецова Н., Кудрявцев В. Вказана праця. – С. 15.
- ⁵¹ Харитонова И. Р. Вказана праця. – С. 124.
- ⁵² Основы философии науки : учеб. пособ. для аспирантов / В. П. Кохановский [и др.] – 6-е изд. – Ростов н/Д : Феникс, 2008. – 603 с. – С. 26.

⁵³ Див., напр.: *Гринберг М. С.* Соучастие в неосторожных преступлениях / М. С. Гринберг // Советское государство и право. – 1990. – № 8. – С. 53–60; *Харитонова И. Р.* Вказана праця. – С. 123–132.

Резюме

Багіров С. Р. Вчинення необережного злочину кількома суб'єктами як явище об'єктивної дійсності і проблема теорії кримінального права.

У статті доводиться, що в сучасній науці кримінального права щодо вчинення необережного злочину кількома особами (необережного співзаподіяння) існує невідповідність емпіричного базису і теоретичних ресурсів. Описана довготривала проблемна ситуація, що є реакцією на відкриття того факту, що вчинення необережного злочину кількома особами не вкладається у готові концептуальні схеми теорії співучасті у злочині. Актуалізовано питання подальшої розробки теоретичного і законодавчого інструментарію, які більш адекватно відображатимуть об'єктивну реальність – існування необережного злочину, вчиненого кількома особами.

Ключові слова: множинність суб'єктів, співучасть у злочині, необережність, необережний злочин, необережне співзаподіяння.

Резюме

Багіров С. Р. Совершение неосторожного преступления несколькими субъектами как явление объективной действительности и проблема теории уголовного права.

В статье доказывается, что в современной науке уголовного права относительно совершения неосторожного преступления несколькими лицами (неосторожного сопричинения) существует несоответствие эмпирического базиса и теоретических ресурсов. Описана долговременная проблемная ситуация, являющаяся реакцией на открытие факта, что совершение неосторожного преступления несколькими лицами не укладывается в готовые концептуальные схемы теории соучастия в преступлении. Актуализирован вопрос дальнейшей разработки теоретического и законодательного инструментария, которые адекватнее отразят объективную реальность – существование неосторожного преступления, совершенного несколькими лицами.

Ключевые слова: множественность субъектов, соучастие в преступлении, неосторожность, неосторожное преступление, неосторожное сопричинение.

Summary

Bagirov S. Negligence crime is committed by several offenders as a phenomenon of objective reality and the problem of the theory of criminal law.

In modern science of criminal law regarding the commission of negligent crimes by several persons (negligent co-causality) there is a discrepancy of empirical basis and theoretical resources. Over the years formed a problematic situation that is a reaction to the opening of the fact that committing negligent crime to several persons does not fit in the prepared conceptual scheme theory of complicity in crime. This requires further advancement of theoretical and legal instruments that more adequately reflect the objective reality – the existence of negligent crime committed by several persons.

Key words: plurality of offenders, criminal complicity, negligence, crime is committed by negligence, co-causality in crimes are committed by negligence.

УДК: 340.5(347.965.8)

Н. М. БАКАЯНОВА

Нана Мезенівна Бакаянова, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Одеська юридична академія», адвокат, секретар дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії Одеської області

**ОБ'ЄДНАННЯ АДВОКАТІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ПРО АДВОКАТУРУ
ТА АДВОКАТСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ**

Розвиток адвокатського самоврядування, дотримання професійних прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності потребують ретельної уваги, у тому числі й до прав адвокатів створювати в установленому законом порядку місцеві, всеукраїнські й міжнародні об'єднання.

Дискусійні питання функцій громадських організацій та громадських спілок адвокатів, їх ролі в суспільному житті, членства адвокатів у таких об'єднаннях, їх взаємодія із органами адвокатського самоврядування та Національною асоціацією адвокатів України (далі – НААУ) обумовлюють наукове дослідження правового статусу та діяльності об'єднань адвокатів.

Питання правового статусу інституту адвокатури розглядалися в роботах вітчизняних та зарубіжних науковців. Різним аспектам цієї проблематики присвячували свої праці М. Р. Аракелян, М. Ю. Барщевський, Т. В. Варфоломєєва, Т. Б. Вільчик, О. П. Галоганов, І. В. Головань, С. В. Гончаренко, С. О. Деханов, А. Г. Куче-

рена, О. Д. Святоцький, Л. В. Тацій, Д. П. Фіолевський, С. Я. Фурса, О. Г. Яновська, І. С. Яргих та ін. Проте відсутність комплексних досліджень з питань реалізації адвокатами права на створення громадських об'єднань вказує на необхідність подальшої розробки доктринальних положень у зазначеному напрямі.

Метою статті є визначення правового статусу об'єднань адвокатів в Україні, стану законодавчої та нормативної регламентації їх діяльності, здійснення наукової класифікації громадських об'єднань адвокатів, а також наукове обґрунтування реалізації права адвокатів на створення громадських об'єднань.

Об'єднання адвокатів у професійні громадські об'єднання є результатом реалізації адвокатами конституційного права на свободу об'єднання у громадські організації для здійснення й захисту громадянами своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів, за винятком обмежень, встановлених законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей (ст. 36 Конституції України)¹. Статтею 18 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначено, що адвокати мають право створювати в установленому законом порядку місцеві, всеукраїнські і міжнародні об'єднання. Адвокати, їх об'єднання можуть бути членами міжнародних організацій адвокатів та юристів².

Чинний Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» на понятійному рівні розмежував адвокатуру як професійний правозахисний інститут (ст. 2) та об'єднання адвокатів як громадські організації (ст. 18). Така позиція законодавця є обґрунтованою, адже сутність громадських об'єднань адвокатів та професійної спільноти адвокатів не співпадають. НААУ функціонує відповідно до законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність як саморегульована організація, органи якої здійснюють професійне самоврядування (ст. 45 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», ст. 1 Статуту НААУ³). На суспільні відносини у сфері утворення, реєстрації, діяльності та припинення Національної асоціації адвокатів не поширюється дія Закону України «Про громадські об'єднання» (п. 5 ч. 2 ст. 3 Закону «Про громадські об'єднання»)⁴.

Своєю чергою, об'єднання адвокатів як суб'єкти права за своїм правовим статусом є видом громадських об'єднань та у своїй діяльності керуються Законом України «Про громадські об'єднання».

Згідно з ч. 1 ст. 1 Закону «Про громадські об'єднання» громадське об'єднання – це добровільне об'єднання фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних, та інших інтересів. Громадські об'єднання за організаційно-правовою формою утворюються як громадські організації або громадські спілки.

Слід звернути увагу на невідповідність у застосуванні термінів у чинному законодавстві. Так, у ст. 1 та інших статтях Закону «Про громадські об'єднання» використовується терміни «громадське об'єднання», «громадська організація» та «громадська спілка». У ст. 18 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» законодавець закріплює поняття «об'єднання адвокатів». Доцільно термінологічно привести у відповідність положення ст. 18 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» із положеннями Закону «Про громадські об'єднання» та закріпити в законодавстві про адвокатуру та адвокатську діяльність термін «громадські об'єднання адвокатів».

Аналіз практики створення в Україні об'єднань адвокатів вказує, що адвокати задовольняють свої інтереси як в межах громадських об'єднань, членами яких є виключно адвокати, так і тих об'єднань, членами яких є представники юридичної професії загалом. Однак, необхідно визнати, що і в останньому випадку ключову роль у функціонуванні таких об'єднань юристів відіграють саме адвокати. Так чи не найбільш відомо на сьогодні громадську організацію юристів – Асоціацію правників України – очолює адвокат, членами правління Асоціації є майже усі практикуючі адвокати⁵; значну кількість членів громадської організації «Українське юридичне товариство» також складають адвокати⁶. Участь адвокатів не лише в діяльності виключно об'єднань адвокатів, а й у громадських об'єднаннях юристів загалом сприяє піднесенню авторитета адвокатури, більш ефективній участі правової професійної спільноти у вирішенні загально-правових проблем українського суспільства та свідчить про високу громадську свідомість адвокатів, важливу роль адвокатури як правового інституту та її відповідальність перед суспільством.

Зі ст. 2 Закону «Про громадські об'єднання» вбачається, що загалом членами громадських об'єднань можуть бути не лише фізичні, а й юридичні особи приватного права, які поряд із фізичними особами вправі створювати громадське об'єднання в організаційно-правовій формі громадської спілки (ч. 4 ст. 1 Закону «Про громадські об'єднання»).

Щодо об'єднань адвокатів, то це означає, що можливість бути членами об'єднань адвокатів нині мають не лише адвокати як фізичні особи, а й юридичні особи приватного права у сфері адвокатури, насамперед, юридичні особи – організаційні форми адвокатської діяльності (адвокатські об'єднання, адвокатські бюро). При чому, на наш погляд, це є можливим, не дивлячись на те, що така участь прямо й не передбачена ст. 18 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Аналізуючи можливість юридичних осіб приватного права бути засновниками та учасниками громадської спілки, С. І. Ішук зазначає, що враховуючи цілі та мету діяльності юридичних осіб, які полягають у забезпеченні певних потреб господарювання та майнових відносин, недоречно наділяти їх правами громадян на свободу об'єднання, які направлені на розвиток їх суспільної активності⁷.

Нагомість існують і думки щодо доцільності участі юридичних осіб у громадських об'єднаннях через їх більші фінансові можливості. Діяльність адвокатських об'єднань та адвокатських бюро як юридичних осіб не обмежується лише забезпеченням певних потреб господарювання та майнових відносин. Зазначені організаційні форми адвокатської діяльності є формами надання, насамперед, правової допомоги, а їх діяль-

ність не має на меті отримання прибутку. Вважаємо, що участь адвокатських об'єднань в громадських об'єднаннях адвокатів поряд із адвокатами як фізичними особами буде більш потужною, більш організованою, оскільки об'єднання одразу ж зможе залучати до участі в громадській роботі усіх адвокатів, що входять до нього, а не лише окремо визначених адвокатів. При цьому, необхідно враховувати, що фінансові та організаційні можливості адвокатських об'єднань є значно кращими, ніж адвокатів як фізичних осіб. У цьому контексті обмеження членства в об'єднаннях адвокатів винятково адвокатами як фізичними особами не може розглядатися як позитивний фактор у досягненні об'єднаннями адвокатів поставлених перед ними завдань.

Всеукраїнська громадська організація «Спілка адвокатів України» створюється за принципами індивідуального і колективного членства. Згідно з п. 4.2 Статуту членами Спілки можуть бути адвокати, які визнають Статут Спілки, поділяють громадські позиції, принципи та завдання Спілки, добровільно виявили бажання вступити і брати участь у діяльності Спілки, відповідають вимогам і прийняті до Спілки у порядку, встановленому цим Статутом. Колективними членами можуть бути колективи адвокатських бюро, адвокатських об'єднань і асоціацій, які визнають цей Статут, добровільно виявили бажання вступити до Спілки і брати участь у її діяльності. Почесними членами Спілки можуть бути вчені-юристи, провідні громадські діячі, особи, які займаються адвокатською діяльністю за межами України⁸.

Проте аналіз статутів найбільш відомих об'єднань адвокатів в Україні та громадських об'єднань юристів вказує на те, що їх членами є лише фізичні особи – адвокати чи особи, які мають вищу юридичну освіту. Так, наприклад, членами Асоціації адвокатів України можуть бути особи, які набули статус адвоката та поділяють принципи та завдання Асоціації, визнають та виконують положення цього Статуту, відповідають вимогам та прийняті до Асоціації в порядку, встановленому цим Статутом та внутрішніми документами Асоціації, а також своєчасно сплачують членські внески⁹.

Доцільно доповнити ст. 18 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», передбачивши, що адвокатські бюро та адвокатські об'єднання мають право бути членами громадських об'єднань відповідно до чинного законодавства. А вже чинна редакція ст. 18 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» не відповідає положенням Закону «Про громадські об'єднання».

Об'єднання адвокатів відрізняються масштабом своєї діяльності: певні громадські організації адвокатів діють виключно в межах вирішення регіональних проблем¹⁰, інші – розповсюджують сферу своїх інтересів на загальнонаціональний рівень¹¹, а деякі є членами міжнародних об'єднань та діють на міжнародному рівні¹².

При формулюванні мети своєї діяльності статuti громадських об'єднань адвокатів закріплюють як загальні завдання (розвиток адвокатури в Україні, підвищення її авторитету та ролі в суспільстві)¹³, так і вказують спеціальні цілі (наприклад, захист прав та інтересів адвокатів, які надають безоплатну правову допомогу)¹⁴.

Аналіз завдань та сфери діяльності об'єднань адвокатів вказує на те, що вони більшою мірою пересікаються зі сферою діяльності органів адвокатського самоврядування. У зв'язку з цим, С. О. Іваницький загалом зазначав, що до набрання чинності Законом «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р., в умовах відсутності репрезентативних органів адвокатського самоврядування у громадських організацій адвокатів було широке поле для діяльності. Із набуттям чинності Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та закріпленням за органами адвокатського самоврядування більшості повноважень представницького характеру, громадським організаціям, на думку частини юристів, нічим буде займатися. Цього не сталося, хоча дублювання уникнути не вдалося¹⁵.

Найбільш рельєфно зазначена точка зору розкривається в ситуації з громадською організацією «Рада адвокатів України». Тимчасова комісія з перевірки діяльності органів адвокатського самоврядування міста Києва, яку було створено Радою адвокатів України, встановила відсутність факту реєстрації Положення про кваліфікаційно-дисциплінарну комісію м. Києва, яке було затверджене Радою адвокатів. Після створення кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури в регіонах відповідно до Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» у м. Києві діяла громадська організація «Київська міська КДКА» з функціями, притаманними винятково органу адвокатського самоврядування¹⁶.

Таким чином, помилковим є розгляд діяльності громадських організацій адвокатів як паралельної щодо функцій НААУ та її органів.

Суперечливою також є думка, згідно з якою усі проблемні питання професійного життя, що перебувають поза компетенцією органів адвокатського самоврядування, але турбують адвокатську спільноту, можуть бути сферою спрямування зусиль громадських організацій¹⁷.

Слід наголосити, що проблеми адвокатської спільноти повинні бути охоплені напрямками діяльності органів адвокатського самоврядування, виходячи із завдань адвокатського самоврядування (ст. 44 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність») та основних функцій НААУ (ст. 2, 3 Статуту НААУ).

Визначаючи роль громадських організацій адвокатів в Україні, слід наголосити, що вони захищають права адвокатів-членів цих організацій, привертають увагу суспільства до належного функціонування органів адвокатського самоврядування, беруть участь у заходах, які підвищують авторитет адвокатури та її подальший розвиток. Така активна громадська позиція адвокатів призводить до максимальної реалізації інтересів адвокатів та сприяє реалізації завдань адвокатури.

Об'єднання всіх адвокатів України на засадах професійної належності мало метою розвиток та зміцнення інституту адвокатури в Україні, ефективну реалізацію завдань інституту адвокатури. Українське адвокатське співтовариство є своєрідним простором, який сформовано у вигляді НААУ. Адвокати-члени НААУ мають право створювати громадські організації для захисту професійних та соціальних прав.

Проведене дослідження дає можливість навести окремі класифікації громадських об'єднань адвокатів. Як вбачається, такі об'єднання можуть бути поділені: 1) за суб'єктами участі в таких об'єднаннях на громадські об'єднання, які складаються виключно з адвокатів, та змішані об'єднання, членами яких поряд із адвокатами є представники інших юридичних професій; 2) за територією своєї діяльності – на міжнародні, всеукраїнські та регіональні; 3) за предметом своєї діяльності – на об'єднання із загальними та спеціальними завданнями.

Доцільно узгодити положення ст. 18 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» із положеннями Закону «Про громадські об'єднання». Пропонуємо викласти статтю 18 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» у наступній редакції:

«Ст. 18 «Громадські об'єднання адвокатів».

Адвокати, адвокатські бюро та адвокатські об'єднання мають право створювати в установленому законом порядку місцеві, всеукраїнські й міжнародні громадські об'єднання.

Адвокати, їх об'єднання можуть бути членами міжнародних організацій адвокатів та юристів».

Подальші наукові дослідження доцільно вести у напрямі вивчення проблем реалізації завдань громадських об'єднань адвокатів, а також їх взаємодії із НААУ та органами адвокатського самоврядування.

¹ Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

² Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI // Голос України. – 2012. – 14.08.2012. – № 148–149.

³ Статут Національної асоціації адвокатів України, затверджений рішенням Установчого з'їзду адвокатів України 17 листопада 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/inshi-dokumenty/statut_naau.pdf

⁴ Про громадські об'єднання: Закон України від 22 березня 2012 р. № 4572-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 1. – Ст. 1.

⁵ Всеукраїнська громадська організація «Асоціація правників України» / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uba.ua/ukr/board/>

⁶ Громадська організація «Українське юридичне товариство»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://justice.org.ua/chleni>

⁷ Ішук С. І. Концептуальні засади реалізації права на свободу об'єднань в Україні / С. І. Ішук // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2012. – № 2 (6) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n2/12isiovu.pdf>

⁸ Статут Всеукраїнської Громадської організації «Спілка адвокатів України», прийнятий VII звітно-виборним з'їздом Спілки адвокатів України 19 листопада 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cau.org.ua/%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%83%D1%82/>

⁹ Статут Всеукраїнської громадської організації «Асоціація адвокатів України», затверджений III з'їздом Всеукраїнської громадської організації «Асоціація адвокатів України» 30 жовтня 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uaa.org.ua/about/ustavnew2.pdf>

¹⁰ Информационный вестник Адвокатского объединения «Харьковская областная коллегия адвокатов». – 2003. – № 1 (2). – С. 8–9.

¹¹ Статут Всеукраїнської громадської організації «Асоціація адвокатів України», затверджений III з'їздом Всеукраїнської громадської організації «Асоціація адвокатів України» 30 жовтня 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uaa.org.ua/about/ustavnew2.pdf>

¹² Статут Всеукраїнської Громадської організації «Спілка адвокатів України», прийнятий VII звітно-виборним з'їздом Спілки адвокатів України 19 листопада 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cau.org.ua/%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%83%D1%82/>

¹³ Статут Всеукраїнської громадської організації «Асоціація адвокатів України», затверджений III з'їздом Всеукраїнської громадської організації «Асоціація адвокатів України» 30 жовтня 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uaa.org.ua/about/ustavnew2.pdf>; Статут Всеукраїнської Громадської організації «Спілка адвокатів України», прийнятий VII звітно-виборним з'їздом Спілки адвокатів України 19 листопада 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cau.org.ua/%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%83%D1%82/>

¹⁴ Статут громадської організації «Всеукраїнське об'єднання адвокатів, які надають безоплатну правову допомогу» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://media.wix.com/ugd/8827b1_ec366ea0afde4400ba58f4c0fa060f33.docx?dn=%D0%A1%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%83%D1%82.docx

¹⁵ Іваницький С. О. Громадські об'єднання адвокатів і суддів та їх місце в структурі громадянського суспільства / С. О. Іваницький // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. – 2014. – Вип. 3–4. – С. 108–122.

¹⁶ Адвокатура Києва як приклад самоочищення. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unba.org.ua/news/1550-advokatura-kieva-yak-priklad-samoochishhennya.html>

¹⁷ Іваницький С. О. Вказана праця. – С. 121.

Резюме

Бакайнова Н. М. Об'єднання адвокатів за законодавством про адвокатуру та адвокатську діяльність.

У статті досліджуються проблеми правового регулювання об'єднань адвокатів в Україні. Автор аналізує правовий статус об'єднань адвокатів, їх роль в адвокатському співтоваристві, визначає види об'єднань адвокатів, здійснює їх класифікацію. Пропонується закріпити право адвокатських бюро та адвокатських об'єднань бути членами громадських об'єднань адвокатів. Автор наголошує на необхідності внесення змін та доповнень до законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність.

Ключові слова: адвокатура, адвокатське співтовариство, адвокатське самоврядування, об'єднання адвокатів, асоціація адвокатів.

Резюме

Бакаєнова Н. М. Об'єднання адвокатів по законодавству об адвокатуре и адвокатской деятельности.

В статье исследуются проблемы правового регулирования объединений адвокатов в Украине. Автор анализирует правовой статус объединений адвокатов, их роль в адвокатском сообществе, определяет виды объединений адвокатов, осуществляет их классификацию. Предлагается закрепить право адвокатских бюро и адвокатских объединений быть членами общественных объединений адвокатов. Автор указывает на необходимость внесения изменений и дополнений в законодательство об адвокатуре и адвокатской деятельности.

Ключевые слова: адвокатура, адвокатское сообщество, адвокатское самоуправление, объединение адвокатов, ассоциация адвокатов.

Summary

Bakayanova N. Unions of attorneys according to the legislation on the Bar and Practice of Law.

The article investigates the problems of legal regulation of unions of attorneys in Ukraine. The author analyzes the legal status of unions of attorneys, its role in the legal community, defines the types of unions of attorneys, provides the classification. It proposes to provide the right of law offices and law firms to be members of public unions of lawyers in the article 18 of Law of Ukraine "On the Bar and Practice of Law". The author points to the need for amendments and additions to the law On the Bar and Practice of Law.

Key words: Bar, Attorney's Community, Attorney's self-government, Unions of Attorneys, Bar Association.

УДК 343.2

К. Ю. БОБРИК

Костянтин Юрійович Бобрик, кандидат юридичних наук, науковий співробітник Національної академії внутрішніх справ

**СУЧАСНИЙ СТАН ПРАВОВОГО ТА ОРГАНІЗАЦІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ
ПРОТИДІЇ ОРГАНІЗОВАНИЙ ЗЛОЧИННОСТІ**

Упродовж останніх років неухильно простежується тенденція до появи нових способів взаємодії та інтеграції організованих злочинних груп в кримінальні співтовариства, формування й консолідації великих злочинних формувань, що підсилюють свій потенціал і вплив у суспільстві. Злочинні організації утворюють з метою вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів, впливу на політичні та економічні процеси в державі.

У сучасній правовій науці активно досліджуються питання протидії організованій злочинності, основні теоретичні та практичні аспекти такої протидії викладено в роботах таких вчених, як: Ю. П. Аленіна, В. П. Бахіна, В. І. Галагана, В. Г. Гончаренка, В. Я. Горбачевського, А. П. Закалюка, А. В. Іщенко, І. П. Козаченка, М. В. Корнієнка, В. С. Кузьмічова, Є. Д. Лук'янчикова, Погорецького, О. П. Снігерьова, Л. Д. Удалової, В. Г. Хахановського, П. В. Цимбала, С. С. Чернявського, Ю. М. Чорноус, В. Ю. Шепітька, М. Є. Шумило та інших. Проте залишаються окремі її аспекти, які потребують більш детального розгляду й аналізу.

Наразі в Україні досить гостро стоїть питання щодо можливості притягнення до кримінальної відповідальності та кваліфікації дій осіб, які фактично не вчиняючи злочинних діянь, а лише здійснюючи загальне управління всіма сферами організованої злочинності спричиняють значну шкоду охоронюваному Кримінальним кодексом України суспільним відносинам.

Останнім часом у світі відмічається тенденція щодо активізації організованих злочинних угруповань, які не мають стійкої і чіткої побудованої системи. Так, вказані угруповання організовуються для вчинення злочинів на певний проміжок часу. Науковці й практики зазначають, що організація злочинної діяльності відбувається за допомогою мережі злочинців, яка має переваги перед традиційними організованими структурами завдяки гнучкості, адаптивності, швидкості реагування¹.

Організована злочинність – мережа кримінальних взаємодій суб'єктів злочинної діяльності, маючи великі ресурси, включається до перерозподілу ринків, опановує нові види кримінальної активності, набуває більшої професіоналізації. При цьому злочинні спільноти, ніби опікуючись виробництвом і поширенням нелегальних товарів, наданням заборонених послуг, вдаючись до насильства і корупції, спрямовують свою діяльність на нові сфери економіки, створюючи легальні підприємства й банки, удосконалюючи власні організаційні структури.

З кінця 80-х – початку 90-х рр. ХХ ст. в Україні значно погіршився криминогенний стан. З'явилися види злочинності, які раніше були маловідомі, зокрема: рекет, викрадення людей з метою отримання викупу, торгівля людьми; широкого розповсюдження набули злочини, пов'язані із так званими «важкими наркотиками», незаконним обігом вогнепальної зброї. Професійна злочинність почала утворювати легальні об'єднання, які насправді були замаскованими організованими злочинними угрупованнями².

Організована злочинність має історичне минуле, що зумовлює досить тяжкий процес викорінення цього явища. Вважаємо, що підвищення відповідальності за злочини, вчинені організованими злочинними групами та організаціями, зокрема внесення змін, що стосуються відповідальності «злочинів в законі» є дієвим механізмом на шляху подолання організованої злочинності.

Наразі Україна активно впроваджує досвід Грузії для удосконалення діяльності правоохоронних органів. Так, у Грузії діє електронний реєстр кримінальних справ/кримінальних проваджень і електронний документообіг. У реєстрі автоматично фіксується дата внесення інформації та присвоюється номер справи, а також час і місце вчинення кримінального правопорушення, прізвище та ім'я потерпілого або заявника, короткий виклад обставин, що свідчать про вчинення кримінального правопорушення (наведених потерпілим, заявником чи виявлених слідчим), попередню правову кваліфікацію кримінального правопорушення.

До електронної кримінальної справи слідчим приєднуються всі матеріали провадження, починаючи з заяви чи повідомлення про злочин, протоколів огляду місця події, опитування, медичних довідок (електронні копії яких отримують ще на етапі реєстрації заяв і повідомлень), а надалі (у вигляді окремих файлів) всі складені у справі процесуальні документи (протоколи слідчих дій, запити та відповіді на них, процесуальні рішення тощо).

Доступ до електронної справи (як зі стаціонарного комп'ютера, так і портативного пристрою) має слідчий (за допомогою спеціального коду й електронного ключа), який здійснює провадження у справі, а також начальник слідчого відділу (в порядку загального контролю) та прокурор.

Після внесення будь-яких матеріалів до електронної справи повторне внесення до них змін, доповнень, заміна документів або їх окремих реквізитів тощо технічно неможливі, що запобігає можливим службовим зловживанням та вчиненню слідчими службових підробиць.

Будь-який слідчий системи МВС Грузії безпосередньо на своєму робочому місці, використовуючи службовий комп'ютер, має безперешкодний доступ майже 30 електронних баз даних, що існують в країні як на загальнодержавному рівні, так і на рівні окремих відомств, зокрема до єдиного державного громадянського реєстру (аналог системи паспортного обліку в Україні), з обліку автотранспорту, зброї, предметів антикваріату, дактилоскопічного обліку, зареєстрованих правопорушень та осіб, які їх вчинили, прикордонного контролю (персональні дані та фотографія будь-якої особи, яка перетинає кордон Грузії), громадянства та обліку біженців, колишніх працівників поліції, податкового обліку (дані про реєстрацію юридичних осіб, суб'єктів підприємництва, доходи фізичних осіб, відкриті банківські рахунки), реєстру обтяжень рухомого та нерухомого майна, апробації, раніше засуджених та депортованих осіб, а також осіб, які належать до категорії «злочинів в законі», осіб, які перебувають на обліку у зв'язку з психіатричними захворюваннями, захворюванням на туберкульоз, зловживанням алкоголем чи наркотиками, вчиненням насильства в сім'ї, осіб, які перебувають у розшуку та безвісно зниклих громадян, затриманих та заарештованих осіб, учасників бойових дій, кандидатів на роботу до підрозділів поліції, неповнолітніх, схильних до вчинення правопорушень, Інтерполу, навчальних закладів, телефонних операторів, користувачів мобільного зв'язку тощо.

Відповідно до проекту Закону України № 1188 ст. 255 КК України пропонується доповнити ч. 2 «Зайняття особою вищого становища в злочинній ієрархії», за що передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк від семи до дванадцяти років та ч. 3 «Дії, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони вчинені особою, яка займає вище становище в злочинній ієрархії», за яке передбачено позбавлення волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

Також було сформовано примітку, що тлумачить поняття особи, яка займає вище становище в злочинній ієрархії («злочинів в законі») як особи, яка відповідно до визначених у злочинному світі (злочинному середовищі) спеціальних правил поведінки в будь-яких формах організовує та/або керує злочинським світом (користується авторитетом у членів злочинського світу, надає їм завдання/доручення, що сприяють досягненню цілей злочинного світу, організовує злочинські розбори, бере участь у зібранні (сходці) «злочинів в законі» тощо).

Розглядаючи поняття «злочинів в законі», слід наголосити, що це представник еліти злочинного світу, який обраний на «сходці», зібранні не менше трьох «злочинів в законі», що в житті керується неписаними злочинними правилами (законами). На «сходці» вирішуються організаційні питання (коронування претендента на титул «злочинів в законі», розподіл сфер впливу, вирішення конфліктних ситуацій між різними членами організованих злочинних угруповань, а також позбавлення «злочинського титулу»). «Злочинів в законі» фактично безпосередньо не вчиняють злочинів, а виступають як керівники чи консультанти організованих злочинних угруповань³.

Злочинський закон – антисуспільні моральні норми, дотримання яких передбачає належність особи до відповідної референтної групи⁴.

Наразі маємо позитивний досвід Грузії, законодавчим органом якої було прийнято спеціальний Закон – у кримінальному кодексі цієї країни з'явилась окрема стаття 223¹, «злочинів в законі», належність (членство) до злочинського світу. Дане законодавче нововведення знайшло підтримку і розуміння на загальноєвропейському рівні. Європейським судом з прав людини оприлюднено рішення у справі «Ашларба проти Грузії», яким суд одногласно ухвалив, що криміналізація Грузією участі в «злочинському світі» і титулу «злочинів в законі» не порушує ст. 7 Конвенції (немає покарання без закону), що передбачає точність у визначенні кримінально караного діяння і передбачуваність застосування закону.

Однак при цьому звернемо увагу, що ст. 3 Закону «Про організовану злочинність та рекети», що був прийнятий парламентом Грузії, дає повноцінне тлумачення цих та інших термінів. У Законі України «Про

організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» від 30 червня 1993 р. № 3341-ХІІ, на жаль, вищезгаданих термінів та їх тлумачення не міститься.

Під злочинним середовищем розуміють об'єднання осіб, які діють відповідно до встановлених, визнаних ними спеціальних правил поведінки, обумовлених соціальними зв'язками між всіма учасниками групи, їхніми загальними прагненнями, інтересами, взаємодопомогою, метою якого є залякування, погрози, примус, насильство, умови нерозголошення, злочинські розбори (вирішення спорів за допомогою погроз, примусу, насильства, залякування або інших незаконних дій), вчинення злочинів або підбурювання до вчинення злочинів, залучення інших осіб, у тому числі неповнолітніх, до злочинних дій, з метою отримання неправомірного прибутку членами об'єднання або іншими особами.

З метою отримання об'єктивної інформації про ефективність дії норм нового Кримінального процесуального кодексу України серед працівників правоохоронних органів, які здійснюють боротьбу з організованою злочинністю, фахівцями Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України протягом 2013 р. було проведено соціологічне дослідження. За результатом опитування, рівень протидії організованій злочинності оперативними підрозділами після набуття чинності нового КПК респонденти оцінили більш негативно, як низький, – 50,8 % (1499), як середній – 39,8 % (1174), як високий – 3,9 % (115), не змогли оцінити – 5,5 % (162)⁵.

На думку фахівців Головного науково-експертного управління Верховної Ради України, ідея притягнення осіб до кримінальної відповідальності лише за те, що вони «належать» до певної спільноти (навіть такої, що прямо визнає себе злочинною) є хибною. Кримінальне покарання, що є найтяжчою з тих правових санкцій, які можуть бути застосовані до певної особи, має застосовуватись не за «статус» чи «стан» певної особи, а за діяння, які завдають шкоди або створюють загрозу заподіяння шкоди правопорядку⁶.

Тому Комітет прийняв рішення рекомендувати Верховній Раді України за результатами розгляду на пленарному засіданні в першому читанні законопроект (ресстр. № 1188) повернути суб'єктам права законодавчої ініціативи на доопрацювання.

Оцінюючи ситуацію, яка склалася з прийняття зазначеного законопроекту, міністр внутрішніх справ Арсен Аваков зазначив, що в парламенті спробували створити радикальний законодавчий акт, завдяки якому кожний так званий «коронований» «зłodий у законі» почувався би на українській землі некомфортно. Адже зараз, коли ми їх заарештуємо, то вони сміються нам в обличчя, розуміючи, що проти них ми безсилі. І неприпустимо, коли низка парламентських фракцій виступають проти такого закону⁷.

Професор кафедри кримінального процесу і криміналістики Академії адвокатури України Віктор Бояров вважає, що Україна зараз знаходиться в періоді переділу кримінального світу. З новою владою прийшов і новий криміналітет, який безпосередньо пов'язаний з владою. Новий бізнес, нові сфери впливу також пояснюють перебування різномасштабних «авторитетів» на території України. А зараз в нашій країні з'явилися нові сфери бізнесу – торгівля зброєю⁸.

І найголовніше, що на переконання голови Національної поліції України Хатії Деконаїдзе, впливові «зłodії в законі», які можуть включитися в політику та домовлятися з політиками, представляють інтереси російських спецслужб, «зłodії в законі» – це люди криміналу, які покликані дестабілізувати передусім криміногенну ситуацію в Україні⁹.

Отже, наразі законодавство України не дозволяє повною мірою боротися зі «зłodіями в законі» та організованою злочинністю, оскільки відсутня кримінальна відповідальність за вказані дії, а такі особи фактично не вчиняють злочини, активно впливають на криміногенну обстановку, а також керують та координують злочинну діяльність організованих злочинних угруповань. Цей факт ще раз підтверджує, що під впливом глобалізації народжується потужна система транснаціональних злочинних організацій, які координуються і керуються «зłodіями в законі», якщо головними суб'єктами легального введення господарської діяльності (зовнішньоекономічної діяльності) є транснаціональні компанії і уряди держав, то їхніми аналогами є міжнародні кримінальні угруповування, національні за походженням, але транснаціональні за масштабами координації діяльності.

¹ Шостко О. Ю. Мережна організація – нова риса сучасної організованої злочинності / О. Ю. Шостко // Питання боротьби з організованою злочинністю. – 2011. – № 22. – С. 35.

² Виговський Д. Л. Кримінальна субкультура в механізмі злочинності неповнолітніх : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Дмитро Леонідович Виговський. – К., 2006. – С. 3.

³ Міжнародна поліцейська енциклопедія : у 10 т. – К. : Атика, 2010. – VI. Оперативно-розшукова діяльність поліції (міліції). – 1128 с.

⁴ Словник спеціальних термінів правоохоронної діяльності / за ред. проф. Я. Ю. Кондратьєва. – К. : Національна академія внутрішніх справ України, 2004. – 560 с.

⁵ Підсумки роботи Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України за 2013 рік. – К., 2014. – С. 113.

⁶ Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до статті 255 Кримінального кодексу України (щодо встановлення кримінальної відповідальності для «зłodіїв в законі»)» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52627

⁷ «Правоохоронці повинні мати більше повноважень проти «зłodіїв у законі» – Арсен Аваков : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://mvs.gov.ua/ua/news/1327_Pravoohoronci_povinni_mati_bilsh_povnovazhen_protiv_zlodiiiv_u_zakoni_Arsen_Avakov_VIDEO.htm

⁸ Чому «зłodії в законі» заповнили Україну : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://znaj.ua/news/regions/53045/comu-zlodiyi-v-zakoni-zapolonili-ukrayinu.html>

⁹ «Зłodії в законі» представляють інтереси ФСБ в Україні – Хатія Деканоїдзе : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravda.com.ua/news/2016/07/11/7114334/>

Резюме

Бобрик К. Ю. Сучасний стан правового та організаційного забезпечення протидії організованій злочинності.

У статті проаналізовано сучасний стан правового та організаційного забезпечення протидії організованій злочинності, а також наведено доводи, що наразі законодавство України не дозволяє повною мірою боротися зі «зłodіями в законі», які координують організовану злочинність та активно впливають на криміногенну обстановку.

Ключові слова: організована злочинність, «зłodії в законі», протидія, криміногенна обстановка.

Резюме

Бобрик К. Ю. Современное состояние правового и организационного обеспечения противодействия организованной преступности.

В статье проанализировано современное состояние правового и организационного обеспечения противодействия организованной преступности, а также приведены доводы, что сейчас законодательство Украины не позволяет в полной мере бороться с «ворами в законе», которые координируют организованную преступность и активно влияют на криминальную обстановку.

Ключевые слова: организованная преступность, «воры в законе», противодействие, криминальная обстановка.

Summary

Bobryk K. Current status legal and organizational support for fighting organized crime.

The article analyzes the current state of the legal and organizational support for combating organized crime, as well as the arguments are that the current legislation does not allow Ukraine to fully combat "thieves in law" affecting and coordinate and actively organized crime affecting the crime situation.

Key words: organized crime, "thieves in law", opposition, crime situation.

УДК 341.645

Д. Л. ВАСИЛЕНКО

Дмитро Леонідович Василенко, кандидат юридичних наук, доцент Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі

ЗНАЧЕННЯ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Суттєвим фактором розвитку сучасного суспільства, засобом формування соціальної та правової державності є конституційне проголошення прав та свобод особи в якості вищої цінності. Важливим є створення ефективного соціально-правового механізму реалізації прав і свобод, що вміщає гарантії їх забезпечення і захисту, у тому числі в сфері кримінального судочинства.

Основне призначення захисту прав людини виявляється в законодавчо передбаченій можливості людини використовувати з метою захисту свого права дозволені законом примусові дії з вимогою примусити особу до правомірної поведінки.

Джерела кримінально-процесуального права України, що є зовнішньою формою вираження кримінально-процесуальних відносин, встановлюють найбільш суттєві, вихідні засади, які визначають становище особистості в кримінальному провадженні на всіх його стадіях, принцип взаємовідносин особи та представників суб'єктів владних повноважень. У сучасній Європі інститути кримінального провадження та його принципи існують не лише на національному рівні, у рамках окремих держав, а й на наднаціональному рівні, зокрема в межах Ради Європи, що об'єднала сорок сім держав європейського континенту.

Рада Європи є однією із інституцій, яка забезпечує фактично демократію, верховенство права та дотримання прав людини в Європі, а от найдієвішим її інструментом і гарантом дотримання прав людини і громадянина в державах – членах Ради Європи, став Європейський суд з прав людини, який є певним символом розширення та розбудови інституту прав людини, європейської демократичної та правової інтеграції. За результатами діяльності Європейського суду з прав людини створюються прецедентні норми права, які закріплюють найбільш важливі, спільні для всіх держав – членів Ради Європи, стандарти в сфері захисту основних прав і свобод людини в кримінальному судочинстві, а також принципи взаємовідносин особистості з органами публічної влади на всіх рівнях кримінального провадження. У зв'язку з цим рішення Європейського суду з прав людини посідають чільне місце в системі джерел кримінально-процесуального права України.

© Д. Л. Василенко, 2016

У ч. 2 ст. 8 Конституції України визначено, що Конституція України має найвищу юридичну силу. Це означає, що вона має верховенство над іншими законами, що всі норми й інститути поточного законодавства мають відповідати нормам та інститутам Конституції. Норми основного джерела кримінально-процесуального права – КПК України, так само як і норми інших джерел цієї галузі права, мають відповідати нормам Конституції, деталізувати і розвивати її положення. Відповідно до ч. 3 ст. 8 Конституції України, її норми є нормами прямої дії, а відтак Основний закон нашої держави має унікальну можливість прямої дії в сфері кримінального судочинства.

Органи досудового розслідування, прокурори, слідчі судді й суди під час кримінального провадження повинні оцінювати зміст кримінальних процесуальних норм із позиції їх відповідності Конституції України та в необхідних випадках, коли норми кримінального процесуального законодавства не відповідають Конституції, замість таких норм застосовувати Основний Закон як акт прямої дії, зокрема: 1) коли положення, закріплені Конституцією України, не вимагають додаткової регламентації у КПК України або іншому законі й не містять вказівки на можливість застосування Конституції лише в разі прийняття закону, який регулює права, свободи, обов'язки людини і громадянина та інші суспільні відносини; 2) коли орган досудового розслідування, прокурор, слідчий суддя, суд дійдуть висновку про те, що відповідна норма КПК України або іншого закону, який застосовується або підлягає застосуванню в процесі здійснення кримінального провадження, суперечить Конституції України; 3) коли є прогалина в кримінальному процесуальному праві¹.

Також пряма дія норм Основного Закону України означає, що особа має право звернутися до суду за захистом конституційних прав і свобод людини безпосередньо на підставі відповідних норм Конституції України, обгрунтовуючи ними свій захист. Суд зобов'язаний розглянути і вирішити таке звернення незалежно від того, чи є в національному законодавстві відповідні норми нижчого рівня, які регулювали б предмет звернення. За відсутністю в національному законодавстві відповідної правової норми суд зобов'язаний захистити права і свободи людини і громадянина безпосередньо на підставі норм Конституції України, які є відтворенням основоположних прав і свобод, передбачених міжнародно-правовими актами, визнаними Україною².

Відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Україною укладено міжнародні договори в сфері кримінального провадження в таких напрямках: 1) з питань розроблення міжнародних мінімальних стандартних правил функціонування правосуддя й поведіння з особами, які беруть у ньому участь (наприклад Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Міжнародний Пакт про громадянські й політичні права 1966 р., Конвенція ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведіння і покарання 1984 р. та ін.); 2) з питань криміналізації (декриміналізації) міжнародним співтовариством відповідних суспільно небезпечних діянь і визначення їх як міжнародних злочинів або злочинів міжнародного характеру (наприклад, Конвенція про боротьбу із захопленням заручників 1979 р., Конвенція ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин 1988 р. і 1996 р., Женевська конвенція з боротьби із підробкою грошових знаків 1929 р. та інше); 3) з питань формування та участі в діяльності міжнародних юрисдикційних органів (передбачається укладення договору про приєднання до Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду 1998 р.); 4) з питань обміну інформацією та досвідом роботи компетентних органів з попередження, припинення і розкриття злочинів; проведення загальних методичних, навчальних, інформаційних, наукових заходів; співробітництва компетентних органів України та інших країн у міжнародних неюрисдикційних організаціях; 5) з питань зносин з органами іноземних держав у зв'язку з провадженням у кримінальних справах (надання правової допомоги в розслідуваннях, судовому розгляді кримінальних проваджень; передачі/прийнятті кримінального провадження; 6) видачі (екстрадиції) правопорушників; захисті прав та інтересів власних громадян в іноземній державі, виконанні вироку та інших судових рішень в кримінальних провадженнях; передачі засуджених осіб; передачі нагляду над засудженими та умовно-звільненими особами.

КПК України є основним нормативно-правовим актом, що комплексно регулює кримінально-процесуальні відносини. У разі, коли норми КПК України суперечить норма іншого закону, застосуванню підлягає норма КПК України. Беззаперечно до числа законів – джерел кримінального процесуального права – входять такі закони, що регулюють кримінально-процесуальні відносини.

Залежно від характеру і рівня систематизації кримінально-процесуальних норм серед законів, що регулюють кримінально-процесуальну діяльність, важливе місце окрім КПК України посідають інші кодифікаційні акти, які містять кримінально-процесуальні положення, а саме Кримінальний кодекс України, Кримінально-виконавчий кодекс України та ін.

В окремих випадках, норми інших законів у правозастосовній практиці можуть мати пріоритет перед нормами КПК України. Такими законами, прийнятими з метою вирішення найбільш актуальних проблем у державі, зокрема Закон України «Про боротьбу з тероризмом», можуть бути надані, на відміну від КПК, суб'єктам, які ведуть кримінальний процес, більш широкі повноваження, розширене коло суб'єктів, наділених повноваженнями – у тому числі й у сфері кримінального процесу, обмежено судовий контроль при провадженні відповідних процесуальних дій тощо³.

Надалі в науковій статті розкриємо статус рішень Європейського суду з прав людини та їх співвідношення до джерел кримінально-процесуального права. Проблеми статусу практики Європейського суду з прав

людини як джерела права присвячені роботи багатьох авторів, наприклад, таких як: В. Кампо, М. Костицький, Л. Удалова, О. Омелеченко, В. Павлюк, Д. Письменний, В. Туманов, С. Шевчук та ін.

Через усвідомлення значення дотримання норм Конвенції відбувся надзвичайно важливий процес теоретичного наповнення змісту статті 9 Конституції України. Перехід України від радянської традиції абсолютного дуалізму до часткового, можливо, надто обережного прийняття концепції примату міжнародного права, пов'язаний саме з пошуками місця норм Конвенції та рішень Європейського суду з прав людини у правовому порядку нашої держави. Логічним завершенням цього процесу стало прийняття у 2006 р. спеціального Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» в редакції від 13 квітня 2011 р. (із змінами) № 3477-IV (далі – Закон № 3477-IV)⁴, яким на сьогодні врегульовано питання застосування в Україні практики ЄСПЛ. Здавалося б, що даний Закон мав би врегулювати дискусійні питання, що виникають щодо проблем застосування практики Європейського суду з прав людини як джерела права в Україні. Та насправді таких запитань виникло ще більше через недосконалість і суперечливість самого Закону.

Так, відповідно до цілей Закону і кола відносин, які ним регулюються, розрізняються: 1) практика Суду як родове поняття (практика Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини); 2) Рішення Суду у справі проти України як видове поняття (остаточне рішення, яким визнано порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, остаточне рішення щодо справедливої сатисфакції, рішення щодо дружнього врегулювання).

З огляду на ці визначення, можна говорити про двозначність тлумачення і певною мірою неясність Глави 4 «Застосування в Україні Конвенції та практики Суду» Закону № 3477-IV. Відповідно до ст. 17 Закону № 3477-IV суди мають застосовувати практику Суду, тобто будь-яке рішення або ухвалу, винесені Європейським судом, незалежно від суб'єктного складу справи, у т.ч. й у справах проти України. Водночас, у ст. 18 Закону йдеться лише про рішення/ухвалу Європейського суду у справі проти України⁵.

Згідно із ст. 46 Конвенції держави – учасниці зобов'язані виконувати остаточні рішення Суду в будь-яких справах, у яких вони є сторонами. Тобто, здавалося б, що очевидним є той факт, що джерелом права в Україні є лише ті рішення Суду, які винесені за результатами розгляду справ, в яких стороною є Україна. Та насправді не все так просто й однозначно. Все частіше вказується на те, що держави – учасниці Конвенції повинні брати до уваги не лише «власні» постанови, а й рішення, винесені щодо третіх країн. «Держави, які не являлись сторонами в конкретній справі, повинні виносити більше уроків із таких постанов, так як вказані постанови можуть навчити їх, як уникнути подібних порушень в майбутньому і відповідним чином змінити власну правову систему і правозастосовну практику. Якби держави – учасниці добре знали стандарти, які, впливають із рішень Європейського суду щодо інших країн і належним чином здійснювали би зміни у своїх правових системах чи правозастосовній практиці, це скорочувало б і кількість скарг, які подавалися б до Європейського суду».

За результатом аналізу рішень Європейського суду з прав людини, які винесені в 2015–2016 рр., відповідачем по яких є Україна, слід наголосити на наступних питаннях, які порушувалися в рішеннях:

– необхідності об'єктивного, швидкого, повного та неупередженого розслідування обставин смерті особи відповідно до положень кримінального процесуального законодавства України, положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду;

– запобігання порушенню прав учасників кримінального судочинства на свободу та особисту недоторканність, недопущення незаконних затримання та тримання під вартою, можливого примусового перевезення до іншої країни, а також належної реалізації відповідних положень КПК та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод;

– недопущення жорстокого поводження з особами при їх затриманні та з особами, які перебувають під вартою, відповідно до кримінально-процесуального законодавства України та дотримання прав учасників кримінального провадження не свідчити проти себе та на правовому допамогу під час досудового розслідування, положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду щодо дотримання стандартів ефективного розслідування.

Конвенція не дає прямого пояснення того, яким повинно бути правове значення рішень, що винесені щодо третіх держав, для тих держав, які не являлися учасниками в справі. Не існує правової норми, яка б давала відповідь на це питання.

Так, у справі «Ранцев проти Кіпру та Росії» Суд нагадав, що мета його рішень, окрім вирішення конкретної справи, полягає також у роз'ясненні, утвердженні та розвитку правил, встановлених Конвенцією, для підвищення загальних стандартів захисту прав людини та поширення практики поваги до прав людини у державах-учасниках. У справі «Опуз проти Туреччини» Суд визнав наявність де-факто впливу своїх рішень, вказавши на необхідність брати до уваги його висновки навіть у рішеннях щодо інших держав-учасниць: оскільки Суд надає остаточне авторитетне тлумачення прав і свобод, визначених у Розділі 1 Конвенції, він розглядає, чи прийняли національні органи влади достатньою мірою принципи, що впливають з його рішень щодо аналогічних питань, навіть якщо вони стосуються інших держав⁶.

У кожному з рішень Європейського суду, що станом на сьогодні вже винесені у справах проти України, містяться посилання на рішення, винесені у справах проти інших держав-учасниць Конвенції.

Отже, можна зробити висновок, що де-юре обов'язковими для держав-учасниць Конвенції є лише ті рішення Європейського суду з прав людини, які винесені у справах, в яких така держава є стороною. Але де-

факто держави, з метою усунення недоліків внутрішнього законодавства та вилікування своєї правової системи повинні вивчати, знати і застосовувати рішення у справах, в яких такі держави і не були сторонами.

Відтак, рішення Європейського суду з прав людини як інструмент тлумачення змісту Конвенції є надзвичайно важливими джерелами кримінального процесуального права України. Наприклад, у рішенні в справі «Чанев проти України», в якій заявник скаржився на тримання його під вартою незаконно без відповідного рішення, у п 30 цього рішення Європейський суд констатував, що «новий Кримінальний процесуальний кодекс України, на відміну від звіту Уряду Комітетові міністрів, чітко та конкретно не врегулює питання щодо тримання особи під вартою у період після закінчення досудового розслідування та до початку судового розгляду».

Європейський суд повторно звернув увагу Уряду України на те, що проблема походить з прогалини у законодавстві, і державі-відповідачу, тобто Україні, було запропоновано вжити невідкладних заходів для приведення її законодавства та практики у відповідність з висновками Суду щодо ст. 5 Конвенції. Як показує ця справа, нове законодавство містить аналогічний недолік, і стосовно нового Кримінального процесуального кодексу України було виявлено таке ж порушення. З огляду на вищенаведене Суд вважає, що найдодільнішим способом вирішення вищенаведеного порушення є невідкладне внесення змін до відповідного законодавства з метою забезпечення відповідності національного кримінального процесу вимогам статті 5 Конвенції⁷.

Наведений приклад є яскравим свідченням того, що незважаючи на субсидіарний характер конвенційного механізму захисту прав людини відповідно до національної правової системи, рішення Європейського суду з прав людини визначає суттєві недоліки в національному законодавстві, адміністративній практиці держав-учасниць Конвенції, усунення яких є нагальним для сприяння розвитку країни в площині європейських цінностей демократії та верховенства права.

Отже, рішення Європейського суду дозволяють встановити відмінності в національному законодавстві міжнародним нормативно-правовим актам, а також оперативно виявити недоліки у практиці реалізації положень кримінального процесуального закону правоохоронними органами.

¹ *Омельченко О. Є.* Джерела, які визначають порядок кримінального провадження // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 2. – С. 33–35.

² *Письменний Д. П.* Удосконалення кримінального процесуального законодавства України: стан і перспективи // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 2. – С. 42.

³ *Дроздов О. М.* Джерела кримінально-процесуального права України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 // Нац. юрид. акад. ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2004. – 25 с.

⁴ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV (із змінами) // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 260.

⁵ *Белянович О. А.* Про застосування практики Європейського суду з прав людини // Вісник Київського національного університету ім. Тараса Шевченка [серія: юридичні науки]. – 2009. – № 81. – С. 38.

⁶ *Юдківська Г. Ю.* Еволюція ролі Європейського суду – на шляху до процедуралізації фундаментальних прав // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 7 (131). – С. 19–22.

⁷ Справа «Чанев проти України» (Заява № 46193/13) / Електронний ресурс. [Режим доступу] : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_a37

Резюме

Василенко Д. Л. Значення рішень Європейського суду з прав людини в кримінальному судочинстві України.

У статті на підставі рішень Європейського суду з прав людини проаналізовано і узагальнено систематичні порушення державою Україною положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Окрім цього, наводяться доводи і аргументи, що рішення Європейського суду з прав людини, як інструмент тлумачення змісту Конвенції є надзвичайно важливими джерелами в кримінальному процесуальному праві України.

Ключові слова: кримінальне судочинство, рішення Європейського суду з прав людини, захист прав людини, ефективні стандарти розслідування.

Резюме

Василенко Д. Л. Значение решений Европейского суда по правам человека в уголовном судопроизводстве Украины.

В статье на основании решений Европейского суда по правам человека проанализированы и обобщены систематические нарушения государством Украина положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Кроме этого, приводятся доводы и аргументы, что решение Европейского суда по правам человека, как инструмент толкования содержания Конвенции являются чрезвычайно важными источниками уголовного процессуального права Украины.

Ключевые слова: уголовное судопроизводство, решение Европейского суда по правам человека, защита прав человека, эффективные стандарты расследования.

Summary

Vasilenko D. The value of the European Court of Human Rights in the criminal proceedings of Ukraine.

The article is based on the judgment of the European Court of Human Rights analyzed and summarized systematic violation of state regulations Ukraine European Convention on Human Rights. Moreover, the arguments and reasons given that the European Court of Human Rights as a tool for interpretation of the meaning of the convention are extremely important sources of criminal procedural law in Ukraine.

Key words: criminal justice, the European Court of Human Rights, human rights, effective standards investigation.

О. В. ЛИСОДЄД

Олександр Володимирович Лисодєд, кандидат юридичних наук, доцент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

СУЧАСНИЙ СТАН ПРАВ ЗАСУДЖЕНИХ В УКРАЇНІ

Чинне виправно-трудове законодавство, яке діяло на теренах України не один десяток років, майже не приділяло уваги правовому статусу засуджених. Зокрема, у ВТК УРСР містилась тільки одна норма, яка стосувалась тільки засуджених до позбавлення волі й виправних робіт. Так, у ст. 8 ВТК УРСР вказувалось, що особи, які відбувають покарання у вигляді позбавлення волі й виправних робіт без позбавлення волі, несуть обов'язки і користуються правами, встановленим для громадян України, з обмеженнями, що передбачені законодавством для засуджених, а також впливають з вироку суду і режиму, встановленого Кодексом для відбування покарання даного виду.

Певною мірою, це було зрозуміло, адже ми намагались створити якусь хмарну модель «радянської особистості» й засуджені ніяк не вписувались в цю конструкцію. До засуджених ставилися як до «особистості нижчого ґатунку», як до «збиткової особистості», яка повинна була беззаперечно виконувати покладені на неї обов'язки, Правами ж засуджених майже ніхто не переймався. А перевага протягом тривалого часу як у ВТК України, так і в інших нормативно-правових актах, як правило, віддавалась встановленню додаткових обов'язків, а не розширенню суб'єктивних прав засуджених.

Тільки в кінці 80-х – на початку 90-х років ХХ століття у зв'язку з кризовими явищами, які склались як у державі й суспільстві, так і в системі виконання кримінальних покарань, врешті-решт, була звернута увага і на права засуджених. Зокрема, в Основних напрямках реформи кримінально-виконавчої системи в Українській РСР, схвалених постановою Кабінету Міністрів УРСР від 11 липня 1991 р. № 88¹, вже було вказано, що потрібно чітко визначити в законодавстві права й обов'язки засуджених, забезпечити захист їх законних прав і інтересів. Але знадобилось майже 12 років, щоб ці положення були втілені в життя у Кримінально-виконавчому кодексі України, аналізу відповідних норм якого і буде присвячена дана стаття.

Так, КВК України містить окрему главу 2, яка має назву «Правовий статус засуджених» і в якій розміщено 4 статті: ст. 7 – «Основи правового статусу засуджених», ст. 8 – «Основні права засуджених», ст. 9 – «Основні обов'язки засуджених», ст. 10 – «Право засуджених на особисту безпеку».

До основних прав засуджених у початковій редакції ст. 8 КВК України відніс право: а) на отримання інформації про свої права і обов'язки; б) на гуманне ставлення до себе і на повагу гідності; в) на звернення і листування, у тому числі рідною мовою; г) на охорону здоров'я; д) на соціальне забезпечення, у тому числі й отримання пенсій; е) на правову допомогу.

Основними обов'язками засуджених КВК України встановив: а) виконувати встановлені законодавством обов'язки громадян України, неухильно дотримуватися правил поведінки, які передбачені для засуджених, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших осіб; б) виконувати законні вимоги адміністрації органів і установ виконання покарань; в) ввічливо ставитися до персоналу, інших осіб, які відвідують установи виконання покарань, а також до інших засуджених; г) з'являтися за викликом адміністрації органів і установ виконання покарань.

Положення цих статей стосуються всіх засуджених незалежно від виду призначеного судом покарання, а вже в главах Особливої частини КВК України розміщені норми, які більш детально визначають правовий статус засуджених до окремих видів кримінальних покарань: арешту – у ст. 51 КВК України, обмеження волі – у ст. 59 КВК України; позбавлення волі на певний строк – у ст. 107 та статтях 138-140 КВК України; довічного позбавлення волі – у ст. 151 КВК України; жінок, засуджених до позбавлення волі на певний строк, – у статтях 141, 142 КВК України; неповнолітніх, засуджених до позбавлення волі на певний строк, – у ст. 143 КВК України. У разі прийняття в цілому законопроект № 2490а «Про внесення змін до окремих законодавчих актів України щодо забезпечення виконання кримінальних покарань та реалізації прав засуджених»², прийнятого Верховною Радою України 16 березня 2016 р. в першому читанні, будуть також врегульовані й права засуджених до таких видів кримінальних покарань, як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадські роботи та виправні роботи.

Між тим, окремі положення КВК України на момент набуття чинності мали недосконалий характер, окремі – не узгоджувались із Конституцією України, а окремі – не відповідали міжнародним стандартам поведінки із засудженими³. Але протягом наступних шести років зміни чи доповнення до КВК України, які б стосувалися покращення правового статусу засуджених, практично не вносились або ж мали фрагментарний характер. Тільки у 2010 р. був прийнятий, можна сказати, базовий Закон України від 21 січня № 1828-VI «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо забезпечення прав засуджених осіб в установах виконання покарань»⁴, який значно розширив права засуджених.

Цим Законом були внесені зміни й доповнення в більш як 40 статей КВК України, Кодекс було доповнено новими статтями, а окремі статті чи частини статей було викладено в новій редакції. Головні моменти стосовно прав засуджених у цьому Законі зводяться до наступного:

1) у новій редакції була викладена ч. 2 ст. 7 КВК України, в якій зазначено, що засуджені користуються всіма правами людини та громадянина, передбачених Конституцією України за винятком обмежень, визначених КВК України, законами України і встановлених вироком суду. У початковій редакції цієї частини про Конституцію України чомусь забули;

2) стаття 7 КВК України була доповнена частиною п'ятою, в якій вказано, що дискримінація засуджених за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками забороняється, що цілком узгоджується з Основним Законом;

3) розширений перелік осіб, щодо яких кримінально-виконавча інспекція чи адміністрація виправного центру повинна внести до суду подання про звільнення від відбування покарання. Крім інвалідів першої чи другої групи, пенсіонерів, жінок, що завагітніли, таке право отримали також і особи, які захворіли на тяжку хворобу, яка перешкоджає відбуванню покарання (ч. 9 ст. 59 КВК України);

4) певні зміни внесені і в умови тримання засуджених до позбавлення волі у структурних дільницях виправних колоній. Зокрема було встановлено, що засуджені в дільницях соціальної реабілітації тримаються тільки під наглядом (ч. 2 ст. 99 КВК України); а у виправних колоніях для тримання засуджених жінок дільниці посиленого контролю взагалі не створюються (ч. 4 ст. 94 КВК України);

5) до спеціальних прав засуджених до позбавлення волі, передбачених ч. 1 ст. 107 КВК України, додалося право звертатися до адміністрації колонії з проханням внести подання щодо умовно-дострокового звільнення від відбування покарання чи заміни невідбутої частини покарання більш м'яким покаранням;

6) установлено, що телефонні розмови особи, які засуджені до позбавлення волі на певний строк, та військовослужбовці, які тримаються у дисциплінарному батальйоні, вже можуть вести без обмеження їх кількості (ч. 5 ст. 110 КВК України, ч. 4 ст. 73 КВК України);

7) засуджені, які відбувають покарання у виправних колоніях мінімального рівня безпеки з полегшеними умовами тримання і працюють, отримали право на щорічний короткочасний виїзд за межі колонії тривалістю 14 календарних днів (ч. 4 ст. 111 КВК України);

8) число посилок, передач і бандеролей, що одержують засуджені до позбавлення волі, перестало обмежуватися (ч. 1 ст. 112 КВК України);

9) кореспонденція, яку одержують і надсилають засуджені до відбування покарання у виправних колоніях мінімального рівня безпеки з полегшеними умовами тримання вже не підлягає перегляду (ч. 3 ст. 113 КВК України);

10) частково змінилося на краще матеріально-побутове забезпечення засуджених до позбавлення волі. Встановлено, що засуджені, як правило, повинні триматися у приміщеннях блочного типу і норма житлової площі на одного засудженого не може бути менш як чотири квадратні метри (ч. 1 ст. 115 КВК України);

11) засуджені жінки, які мають дітей, отримали право проживати з ними у будинках дитини при виправних колоніях до досягнення трьох років (ч. 3 ст. 141 КВК України);

12) зазначено, що засуджені до довічного позбавлення волі після фактичного відбуття п'ятнадцяти років строку покарання можуть бути переведені з приміщень камерного типу, в яких вони тримаються нині по дві особи, до багатомісних приміщень камерного типу виправної колонії максимального рівня безпеки і у такому разі їм надається дозвіл на участь у групових заходах освітнього, культурно-масового та фізкультурно-оздоровчого характеру. А після відбуття не менш як п'яти років у таких приміщеннях вони можуть бути переведені до звичайних житлових приміщень виправної колонії максимального рівня безпеки. Тобто такі засуджені отримали право на спілкування не тільки з подібними собі, а й з іншими категоріями засуджених до позбавлення волі на певний строк.

Другим, не менш важливим із останніх законів, якими вносилися зміни і доповнення до КВК України, на нашу думку, слід визнати Закон України від 8 квітня 2014 р. № 1186-VII «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів»⁵, яким також внесено зміни і доповнення більш ніж у 50 статей КВК України і які стосуються як правового статусу засуджених, так і нагляду та контролю за виконанням кримінальних покарань, участі громадськості у виправленні і ресоціалізації засуджених, звільнення від відбування покарання і допомоги особам, які звільнені від відбування покарання, а також порядку і умов виконання восьми із дванадцяти видів кримінальних покарань.

Основні ж нововведення цього Закону стосовно прав засуджених зводяться до наступного:

1) розширено перелік основних прав засуджених, передбачених ст. 8 КВК України. Додатково до існуючих були закріплені наступні права засуджених: а) отримувати у встановленому законом порядку передачі (окрім речей, що засудженим заборонено мати при собі законом, зокрема зброї, наркотичних або психотропних речовин, прекурсорів); б) на оплачувану працю, організовану відповідно до вимог законодавства про працю, у тому числі щодо тривалості, умов та оплати праці; в) на здійснення свободи сповідувати будь-яку релігію або виражати переконання, пов'язані із ставленням до релігії, у тому числі на вільний вибір і допуск священнослужителя для відправлення релігійних таїнств і обрядів, за винятком обмежень, передбачених КВК України; г) на належне матеріально-побутове забезпечення; д) на побачення, у тому числі і для засуджених, які перебувають на лікуванні у закладах охорони здоров'я.

2) розширений і пом'якшений правовий статус осіб, засуджених до арешту. Зазначено, що на засуджених до арешту поширюються не лише обмеження, а й права, встановлені кримінально-виконавчим законодавством для осіб, які відбувають покарання у виді позбавлення волі (ч. 2 ст. 51 КВК України). Додатково закріплено право засуджених до арешту на звернення, отримувати грошові перекази, без обмеження кількості одержувати і відправляти листи й телеграми (ч. 3 ст. 51 КВК України), посилки, передачі й бандеролі (ч. 1 ст. 112 КВК України), чого не було до прийняття цього Закону;

3) новелою даного Закону, що викликала значний резонанс, стало надання права засудженим до обмеження волі та позбавлення волі на певний строк користуватися засобами мобільного зв'язку та мережею Інтернет (ч. 2 ст. 59, ч. 2 ст. 99, ч. 1 ст. 107, ч. 5 ст. 110 КВК України). При цьому, всім засудженим до обмеження волі та засудженим до позбавлення волі, які тримаються у дільницях соціальної реабілітації, дозволено навіть мати при собі власні портативні персональні комп'ютери та мобільні телефони й користуватися ними. Для інших категорій засуджених повинні бути обладнані в окремих приміщеннях комп'ютерні класи чи місця, що розташовуються поза межами локальних дільниць відділень соціально-психологічної служби;

4) закріплені гарантії прав засуджених, які перебувають на лікуванні у стаціонарних закладах охорони здоров'я, зокрема, на правову допомогу, побачення з адвокатом та телефонні розмови (відповідні доповнення внесені у ст. 63, ч. 4 і ч. 5 ст. 73, ч. 4 ст. 84, ч. 5 ст. 110 КВК України);

5) розширено окремі права засуджених до позбавлення волі, що встановлені у ч. 1 ст. 107 КВК України. Зокрема, встановлено, що засуджені мають право отримувати медичну допомогу і лікування, у тому числі платні медичні послуги за рахунок особистих грошових коштів чи коштів рідних та близьких у закладах охорони здоров'я, що мають ліцензію Міністерства охорони здоров'я України та не віднесені до відання центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, тобто засуджені отримали право лікуватися, так би мовити, у цивільних лікарнях поза межами виправних колоній;

6) збільшено кількість побачень, що можуть отримувати засуджені до позбавлення волі на певний строк протягом року (ч. 4 ст. 110 КВК України). Їх кількість вже не залежить від виду виправної колонії, в якій відбуває покарання засуджений, але все одно залежить від виду структурної дільниці, в якій тримається засуджений. Право на тривалі побачення отримали також і засуджені до довічного позбавлення волі (ч. 5 ст. 151 КВК України).

Дозволено також побачення з адвокатом або іншим фахівцем у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, засудженим, на яких накладено дисциплінарне стягнення і які тримаються в дисциплінарному ізоляторі, карцері, приміщенні камерного типу або одиночній камері (ч. 11 ст. 134 КВК України);

7) до підстав, за яких засудженим до позбавлення волі надаються короточасні виїзди за межі виправних і виховних колоній, додана ще одна – одержання медичної допомоги, якщо така допомога не може бути надана на території відповідного місця позбавлення волі (ч. 1 ст. 111 КВК України);

8) визначено, що кореспонденція, яку засуджені до позбавлення волі направляють до суду, перегляду не підлягає (ч. 4 ст. 113 КВК України);

9) засуджені до позбавлення волі отримали також право передати кореспонденцію захиснику в кримінальному провадженні, що здійснює свої повноваження відповідно до КПК України, безпосередньо під час побачення з ним (ч. 5 ст. 113 КВК України);

10) частково вирішена суперечність між конституційним правом громадян на працю, правом засуджених до позбавлення волі брати участь у трудовій діяльності та їх обов'язком працювати в місцях і на роботах, які визначаються адміністрацією колонії, на користь першого. Зокрема, у ч. 1 ст. 118 КВК України слова «засуджені до позбавлення волі повинні працювати в місцях і на роботах, які визначаються адміністрацією колонії» замінено словами «засуджені до позбавлення волі мають право працювати в місцях і на роботах, які визначаються адміністрацією колонії».

Також встановлено, що засудженим, які працюють на виробництві, на особовий рахунок зараховується незалежно від усіх відрахувань не менш як двадцять п'ять відсотків нарахованого їм місячного заробітку (ч. 2 ст. 120 КВК України);

11) удосконалений механізм отримання засудженими до позбавлення волі пенсій. Зокрема зазначено, що засуджені мають право на загальних підставах на державне пенсійне забезпечення за віком, по інвалідності, у зв'язку з утратою годувальника та в інших випадках, передбачених законом. Пенсії засудженим за наявності відповідного права повинні призначатися органами Пенсійного фонду України за місцем відбування покарання, а адміністрація установи зобов'язана сприяти засудженим у своєчасному оформленні документів на отримання пенсії або оформленні компенсації заподіяної шкоди відповідно до законодавства України (ст. 122 КВК України);

12) засудженим жінкам, які сумлінно ставляться до праці, у разі її наявності, і додержуються вимог режиму, дозволено проживання за межами виправної колонії на час звільнення від роботи у зв'язку з вагітністю і пологами, а також до досягнення дитиною трирічного віку (ч. 1 ст. 142 КВК України);

13) до прав неповнолітніх засуджених, передбачених у ст. 143 КВК України, включено право безкоштовно одержувати середню освіту.

Таким чином, правовий статус засуджених, особливо засуджених до позбавлення волі, останнім часом підданий суттєвим змінам на краще, але все одно і нині є проблеми, які слід вирішувати.

Зокрема, слід окремі положення КВК України привести у відповідність з Конституцією України. Так, наприклад, у ст. 45 Основного Закону країни чітко вказано, що кожен, хто працює, має право на щотижневий відпочинок, а також на оплачувану щорічну відпустку, на скорочений робочий день для осіб окремих професій і виробництв, скороченої тривалості роботи в нічний час. Жодних обмежень щодо засуджених Конституція не встановлює, але всі засуджені, крім тих, які відбувають покарання, як зазначалося вище, у виправних колоніях мінімального рівня безпеки з полегшеними умовами тримання, права на щорічну відпустку і нині не мають.

Не вирішене також і протиріччя між ст. 31 Основного Закону і положеннями ст. 113 КВК України щодо перегляду кореспонденції засуджених до позбавлення волі. Стаття 31 Конституції України наголошує, що кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Винятки можуть бути встановлені лише судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинні чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо. Ніяких винятків щодо перегляду кореспонденції засуджених до позбавлення волі у Конституції України не міститься.

Мабуть у XXI столітті вже слід відмовитись від радянської практики нормованого витрачання грошей на придбання засудженими до позбавлення волі продуктів харчування і предметів першої потреби в залежності від виду колонії. Принаймні, хоча б нині сума грошей, що дозволена до витрачання, повинна бути у всіх установах виконання покарань однаковою і розумною, а у подальшому слід покращувати якість харчування та матеріально-побутове забезпечення засуджених і взагалі відмовитися від подібного нормування.

Це лише окрема частина наших пропозицій, які не так вже й складно втілити в життя шляхом внесення наступних змін і доповнень до КВК України. Більш серйозні заходи щодо покращення правового статусу засуджених, які вже потребують певних фінансових витрат, передбачені в Плані заходів з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року⁶, і які у зв'язку з ліквідацією Державної пенітенціарної служби України⁷ повинно виконувати вже Міністерство юстиції України. Але одна справа – написати і зобов'язати, а інша – виконати чи реалізувати. І якщо ми прагнемо привести вітчизняне кримінально-виконавче законодавство і практику його застосування до міжнародних стандартів поведіння із засудженими, то, мабуть, вже слід подумати, яким чином це зробити, адже ці заходи залишаються поки-що написаними на папері.

¹ Основні напрями реформи кримінально-виконавчої системи в Українській РСР : схв. постановою Кабінету Міністрів УРСР від 11 липня 1991 р. № 88 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/88%D0%B0-91-%D0%BF> – Заголовок з екрана.

² Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення виконання кримінальних покарань та реалізації прав засуджених : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56249 – Заголовок з екрана.

³ Степанюк А. Х. Позитивна кримінальна відповідальність як предмет регулювання Кримінально-виконавчого кодексу України / А. Х. Степанюк // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр. – Х. : Право, 2004. – Вип. 9. – С. 60–93.

⁴ Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо забезпечення прав засуджених осіб в установах виконання покарань : Закон України від 21 січня 2010 р. № 1828-VI // Офіц. вісн. України. – 2010. – № 9. – Ст. 424.

⁵ Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів : Закон України від 8 квітня 2014 р. № 1186-VII // Офіц. вісн. України. – 2014. – № 37. – Ст. 980.

⁶ План заходів з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року : затв. розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 листопада 2015 р. № 1393-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=248740679> – Заголовок з екрана.

⁷ Деякі питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції : постанова Кабінету Міністрів України від 18 травня 2016 р. № 343 // Офіц. вісн. України. – 2016. – № 42. – Ст. 1578.

Резюме

Лисодед О. В. Сучасний стан прав засуджених в Україні.

У статті аналізуються зміни і доповнення стосовно прав засуджених, які були внесені до Кримінально-виконавчого кодексу України у період 2010–2014 рр., висловлюються пропозиції щодо покращення правового статусу засуджених в Україні.

Ключові слова: Кримінально-виконавчий кодекс України, правовий статус засуджених, права засуджених, права засуджених до позбавлення волі.

Резюме

Лисодед А. В. Современное состояние прав осужденных в Украине.

В статье анализируются изменения и дополнения относительно прав осужденных, которые были внесены в Уголовно-исполнительный кодекс Украины в период 2010–2014 гг., высказываются предложения по улучшению правового статуса осужденных в Украине.

Ключевые слова: Уголовно-исполнительный кодекс Украины, правовой статус осужденных, права осужденных, права осужденных к лишению свободы.

Summary

Lysodyed O. Modern status prisoners' rights in Ukraine.

The article deals with changes of prisoners' humans of Penal Code of Ukraine in the period 2010–2014. New proposals for improvement prisoners legal status in Ukraine.

Key words: Penal Code of Ukraine, legal status of prisoners, prisoners' rights, prisoners' rights for freedom.

И. В. МУДРАК

Инна Васильевна Мудрак, кандидат юридических наук, доцент Национального университета «Одесская юридическая академия»

ПОТЕРПЕВШИЙ В УГОЛОВНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ: ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ

Важным процессуальным условием реализации прав и законных интересов потерпевшего в уголовном производстве есть предоставление ему гарантированного Конституцией Украины права на правовую помощь. Одним из признаков правового государства является реальность прав и свобод граждан, их правовая защищенность. Но сегодня, к сожалению, не все принципы, провозглашенные законодателем, надлежащим образом гарантированы. Иными словами, хоть Конституция Украины и гарантирует каждому (в том числе и потерпевшему) право на правовую помощь, однако не всегда есть возможность реализации этого права. В то время как международно-правовые документы, ратифицированы Украиной (Всеобщая декларация прав человека (1948 г.), Международный пакт о гражданских и политических правах (1966 г.), Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (1966 г.) обязывают наше государство обеспечить всякому лицу эффективные средства правовой защиты в случае нарушения его прав и свобод. С развитием демократических основ уголовного судопроизводства содержание права потерпевшего на правовую помощь необходимо основательно переосмыслить с вектором на бесплатную правовую помощь потерпевшему за счет государства.

Уголовно-процессуальное законодательство Украины не предусматривает обязательного участия представителя потерпевшего в уголовном производстве. В то же время ряд правовых, теоретических и правоприменительных проблем, связанных с реализацией права потерпевшего на защиту в уголовном производстве, остаются дискуссионными и недостаточно исследованными, правовой институт защиты потерпевшего определенно требует изменений и дополнений. Все это и указывает на актуальность проблематики защиты прав потерпевшего в уголовном судопроизводстве.

Вопросы, связанные с реализацией прав потерпевшего в уголовном производстве, в частности, перспективу закрепления в УПК Украины права потерпевшего на бесплатную правовую помощь за счет государства, исследовали в своих трудах Ю. Аленин, Г. Ахремчик, И. Гловюк, С. Давиденко, И. Ибрагимов, О. Каплина, О. Кучинская, И. Марочкин, В. Нор, В. Пожар, В. Савченко, Г. Юркова, О. Юхно, О. Яновская и др.

Целью и задачей статьи является определение потерпевшего надлежащим субъектом права на бесплатную вторичную правовую помощь в уголовном производстве.

Конституция Украины гарантирует каждому право на правовую помощь. В случаях, предусмотренных законом, такая помощь предоставляется бесплатно (ст. 59 КУ). В контексте ч. 1 ст. 59 Конституции Украины понятие «каждый» охватывает всех без исключения лиц – граждан Украины, иностранцев и лиц без гражданства, которые находятся на территории Украины. Осуществление права на правовую помощь основано на соблюдении принципов равенства всех перед законом и отсутствия дискриминации по признакам расы, цвета кожи, политических, религиозных и других убеждений, социального происхождения, места жительства, имущественного состояния, по языковым и другим признакам¹. Решением Конституционного Суда Украины от 16 ноября 2000 г. по конституционному обращению гражданина Г. И. Солдатова разъяснено, что гарантию на правовую помощь следует понимать как возможность любому лицу не зависимо от характера его правоотношений с государственными органами, органами местного самоуправления, объединениями граждан, юридическими и физическими лицами свободно, без неправомерных ограничений получать помощь по юридическим вопросам в объеме и формах, как она того требует².

Согласно п. 8 ч. 1 ст. 56 УПК Украины потерпевший в уголовном производстве наделен правом иметь представителя и в любой момент уголовного производства отказаться от его услуг. Связывая случаи обязательного участия защитника в уголовном производстве исключительно с процессуальной фигурой подозреваемого, обвиняемого (ст.ст. 49, 52 УПК), законодатель в ч. 1 ст. 58 УПК Украины указывает, что потерпевшего в уголовном производстве может представлять представитель – лицо, которое в уголовном производстве имеет право быть защитником.

Так, потерпевший имеет право заключить договор с лицом, которое в уголовном производстве имеет право быть защитником, то есть с адвокатом. Здесь следует согласиться с Ю. Алениным и И. Гловюк, которые отмечают: «Однако у лица может не быть достаточно средств, чтобы уплатить услуги представителя по договору. Часть 3 ст. 20 УПК Украины, которая гарантирует предоставление бесплатной правовой помощи подозреваемому, обвиняемому, о потерпевшем не вспоминает, в отличие от подозреваемого, обвиняемого, которому обязательное участие защитника обеспечивается в достаточно широком перечне случаев»³. И. Ибрагимов указывает на то, что «в судебно-следственной практике немало случаев, когда потерпевший, не имея достаточных средств, не может пригласить представителя и потому попадает в ситуацию, при которой остается один на один с обвиняемым и его защитником – профессиональным и опытным адвокатом»⁴.

О значимости проблемы охраны прав и законных интересов потерпевшего говорит также Г. Юркова, которая исходя из принципа состязательности и равенства сторон, полагает, что наличие у обвиняемого защитника – адвоката должно быть одним из оснований возникновения права потерпевшего на обязательную бесплатную правовую помощь в уголовном производстве⁵. В свою очередь, О. Южно отмечает: «Согласно уголовно-процессуальному законодательству, если потерпевший и пользуется услугами адвоката, то последний может пользоваться только процессуальными правами потерпевшего, которого он представляет. В этих случаях права адвоката потерпевшего являются намного уже и более ограниченными в сравнении с правами защитника подозреваемого, обвиняемого»⁶.

К примеру, согласно разделу II § 397a УПК ФРГ по ходатайству лица, которое поддерживает обвинение (потерпевшего), адвокат должен быть назначен в случаях и согласно процедуры, которая регламентируется законодателем⁷. Согласно ч. 2 ст. 76 УПК Республики Казахстан для защиты прав и законных интересов потерпевших, которые являются несовершеннолетними или не владеют языком судопроизводства или вследствие своего физического или психического состояния лишены возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы, к обязательному участию в процессе привлекаются их законные представители. Оплата труда адвоката в случае отсутствия у потерпевшего или его законного представителя средств осуществляется за счет бюджетных средств⁸. Согласно ч. 2 ст. 45 УПК Российской Федерации по ходатайству законного представителя несовершеннолетнего потерпевшего, не достигшего возраста шестнадцати лет, в отношении которого совершено преступление против половой неприкосновенности несовершеннолетнего, участие адвоката в качестве представителя такого потерпевшего обеспечивается дознавателем, следователем или судом. В этом случае расходы на оплату труда адвоката компенсируются за счет средств федерального бюджета⁹. Согласно § 66 УПК Австрии, если потерпевший был подвержен существенной морально-психологической нагрузке, он может быть также представлен специалистом психосоциальной отрасли, который должен подготовить его психологически к допросам и другим процессуальным действиям как в ходе досудебного производства, так и в суде¹⁰.

Согласно ч. 1 ст. 5 Закона Украины «О бесплатной правовой помощи» от 2 июня 2011 г. государственная политика в сфере предоставления бесплатной правовой помощи основывается, среди прочего, на принципе доступности такой помощи. Предоставление бесплатной вторичной правовой помощи всем категориям лиц, определенных в ч. 1 ст. 14 Закона Украины «О бесплатной правовой помощи» (в том числе и потерпевшим, поскольку п. 1 ч. 1 ст. 14 Закона говорит о том, что право на бесплатную вторичную правовую помощь имеют лица, которые пребывают под юрисдикцией Украины, если среднемесячный совокупный доход их семьи ниже суммы прожиточного минимума для лиц, которые относятся к основным социальным и демографическим группам населения), в полном объеме обеспечивается с 1 июля 2015 года¹¹.

Таким образом, де-юре можно констатировать, что потерпевший в уголовном производстве в отдельных случаях может получить бесплатную вторичную правовую помощь. Однако тут же следует отметить: становится актуальной проблема повышения уровня доступности такой помощи для потерпевших в уголовном производстве. Учитывая уровень прожиточного минимума в Украине, стоимость адвокатских услуг, повышение уровня жизни, невозможно утверждать о гарантиях предоставления бесплатной вторичной правовой помощи социально уязвимым слоям населения из числа потерпевших де-факто. В этом, на наш взгляд, и заложена на сегодня актуальность проблемы признания потерпевшего в уголовном производстве надлежащим субъектом права на бесплатную вторичную правовую помощь.

Отдельного исследования требует и проблема обеспечения реального доступа потерпевших к высококачественной бесплатной вторичной правовой помощи, поскольку на такое качество закономерно влияет размер вознаграждения адвокатов, которые предоставляют бесплатную вторичную правовую помощь (см. Методику исчисления размера вознаграждения адвокатов, которые предоставляют бесплатную вторичную правовую помощь, утвержденную постановлением КМУ от 17 сентября 2014 г. № 465).

К слову, ст. 66 проекта Уголовно-процессуального кодекса Украины № 1233 от 13 декабря 2007 г. внесенного народными депутатами Украины В. Мойсиком, И. Вернидубовым, С. Киваловым, Ю. Кармазиным, закрепляла обязательное участие представителя (адвоката) потерпевшего в производстве, если потерпевший является несовершеннолетним, если потерпевший в силу своих физических или психических недостатков не может самостоятельно реализовать право на защиту своих законных интересов. В проекте отмечалось, что в случаях, предусмотренных законом, участие представителя обеспечивается бесплатно за счет государства¹². Право потерпевшего иметь представителя было предусмотрено также ст.ст. 52, 54 проекта УПК Национальной комиссии по упрочению демократии и утверждению верховенства права от 11 сентября 2008 г., где такое право было закреплено, однако обязательного участия представителей (адвокатов) уже не требовалось¹³. Согласно ст. 58 проекта УПК, который был разработан Рабочей группой по вопросам реформирования уголовного судопроизводства, созданной согласно Указу Президента Украины от 17 августа 2010 г. № 820, было закреплено право потерпевшего иметь представителя (адвоката), который пользуется процессуальными правами потерпевшего, но обязательного участия представителей (адвокатов) также не предусматривалось¹⁴. Часть 3 ст. 20 данного проекта УПК (как и ч. 3 ст. 20 УПК Украины 2012 г.) гарантирует предоставление бесплатной правовой помощи подозреваемому, обвиняемому и не вспоминает о потерпевшем.

Заслуживают внимания проект Закона «О внесении изменений к некоторым законам Украины в отношении упрощения доступа к бесплатной правовой помощи и повышения качества ее предоставления» от 7 сентября 2015 г.¹⁵ и проект Закона «О внесении изменений в ст. 14 Закона Украины «О бесплатной право-

вой помощи» в отношении повышения доступности бесплатной вторичной правовой помощи для отдельных участников уголовного производства» от 20 октября 2015 г.¹⁶, в которых речь идет об упрощении доступа к такой помощи для социально уязвимых слоев населения, уточнениях правового статуса и полномочий центров по предоставлению бесплатной вторичной правовой помощи, определении на законодательном уровне порядка подачи документов, которые подтверждают относимость лица (или лиц) к субъектам права на бесплатную вторичную правовую помощь, а также установление максимального размера дохода, который гарантирует потерпевшему и свидетелю получение такой помощи на уровне суммы ниже двух прожиточных минимумов для лиц, которые относятся к основным социальным и демографическим группам.

Анализируя данные законопроекты, приходим к выводу, что квалифицированная бесплатная вторичная правовая помощь может предоставляться достаточно узкой категории лиц, многие из числа социально-незащищенных останутся вне сферы действия такого Закона, не говоря уже о потерпевших в уголовном производстве, которым следовало бы обеспечить участие представителя-адвоката бесплатно за счет государства по иным основаниям. Подчеркнем также проблемный характер объективного определения уровня материальной обеспеченности лица, определение лица как малообеспеченного (в справках о доходах может указываться как правдивая, так и не совсем правдивая информация). Поэтому, на наш взгляд, случаи злоупотребления правом на бесплатную вторичную правовую помощь будут иметь место, и процессуальный механизм пресечения таких злоупотреблений должен быть налажен.

Наделяя потерпевшего правом иметь представителя своих интересов в уголовном производстве – адвоката, в уголовно-процессуальном законе не закреплено право потерпевшего, который не в состоянии самостоятельно защитить свои права и законные интересы, на бесплатную вторичную правовую помощь такого представителя-адвоката. Такая актуальная проблема требует законодательного урегулирования путем внесения изменений и дополнений в УПК Украины 2012 г. и закрепления права потерпевшего на бесплатную вторичную правовую помощь в уголовном производстве. Необходимо также предусмотреть обязанность следователя, прокурора, следственного судьи, суда обеспечить участие представителя потерпевшего в уголовном производстве в конкретных, определенных законом случаях. Так, на наш взгляд, участие представителя потерпевшего в уголовном производстве должно обязательно обеспечиваться, если: потерпевший является несовершеннолетним; потерпевший относится к малообеспеченным и социально уязвимым слоям населения; физические или психические недостатки потерпевшего не позволяют ему полной мерой реализовать свои права; потерпевший не владеет языком уголовного судопроизводства; имеет место соглашение между потерпевшим и подозреваемым, обвиняемым о примирении.

Кроме того, согласно п. 7 ч. 1 ст. 14 Закона Украины «О бесплатной правовой помощи» право на бесплатную вторичную правовую помощь имеют лица, в уголовных производствах в отношении которых, согласно УПК Украины, защитник привлекается следователем, прокурором, следственным судьей или судом для осуществления защиты по назначению. К таким лицам ст. 49 УПК Украины относит только подозреваемого, обвиняемого; вместе с тем согласно ч. 1 ст. 49 УПК защитник может быть привлечен следователем, прокурором, следственным судьей или судом в других случаях, предусмотренных законом, который регулирует предоставление бесплатной правовой помощи. В этом контексте целесообразным считаем внесение изменений и дополнений в ст. 49 УПК Украины, а именно: процессуально урегулировать привлечение представителя потерпевшего следователем, прокурором, следственным судьей или судом для осуществления защиты по назначению.

Делаем вывод о том, что проблемные аспекты обеспечения права на защиту потерпевшего в уголовном производстве должны системно исследоваться с целью усовершенствования норм УПК Украины 2012 года.

¹ Личко В. Суб'єкти одержання безоплатної правової допомоги в Україні / В. Личко // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць. – 2010. – Вип. 52. – С. 407–414.

² Рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. у справі про право вільного вибору захисника // Вісник Конституційного Суду України. – 2000. – № 5.

³ Аленін Ю. Потерпілий у кримінальному провадженні: деякі питання / Ю. Аленін, І. Гловюк // Право України. – 2013. – № 11. – С. 112–119.

⁴ Ибрагимов И. Потерпевший как свидетель, субъект доказывания и субъект обвинения по делу / И. Ибрагимов // Современное право. – 2008. – № 5. – С. 95–102.

⁵ Юркова Г. Право потерпілого на безоплатну правову допомогу як гарантія реалізації принципу забезпечення права на захист законних інтересів / Г. Юркова // Право і держава в дослідж. молод. наук. : мат. 3-ої наук.-практ. конф. Інституту національного та міжнародного права МГУ (м. Одеса, 26 березня 2010 р.). – Т. 1. – С. 262–265.

⁶ Юхно О. Проблеми захисту прав потерпілого на досудовому слідстві та у кримінальному судочинстві / О. Юхно // Південноукраїнський правничий часопис. – 2006. – № 2. – С. 141–145.

⁷ Кримінально-процесуальний кодекс ФРН в редакції від 7 квітня 1987 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/index/index/docId/6039>

⁸ Кримінально-процесуальний кодекс Республіки Казахстан від 4 липня 2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bestprofi.com/home/section/564621587?1>

⁹ Синенко С. Обеспечение прав и законных интересов потерпевшего в уголовном судопроизводстве: теоретические, законодательные и правоприменительные проблемы : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09 / С. Синенко. – М., 2014. – С. 163.

¹⁰ Савченко В. Інститут адвоката потерпілого та свідка у кримінальному судочинстві України: перспективи запровадження й європейський досвід / В. Савченко // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 2. – С. 150–152.

¹¹ Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>

¹² Кримінально-процесуальний кодекс України : Проект № 1233 від 13 грудня 2007 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=b251YS51ZHUudWF8Y3JpbWluYWxfHjvY2Vzc3xneDo3MmYw-NzliZDNiY2E1Y2Zk>

¹³ Кримінально-процесуальний кодекс України : Проект Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права від 11 вересня 2008 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/projectCriminal-Codex>

¹⁴ Проект КПК, розроблений Робочою групою з питань реформування кримінального судочинства : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/3518-roekt_kriminalnogo_procesualnogo_kodeksu.html

¹⁵ Проект Закону «Про внесення змін до деяких законів України щодо спрощення доступу до безоплатної правової допомоги та підвищення якості її надання» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56391

¹⁶ Проект Закону «Про внесення змін до ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» щодо підвищення доступності безоплатної вторинної правової допомоги для окремих учасників кримінального провадження» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JH2L000I.html

Резюме

Мудрак І. В. Потерпілий в кримінальному провадженні: проблеми захисту прав.

У статті досліджено проблемні аспекти реалізації права на захист потерпілого в кримінальному провадженні, зокрема, потерпілий як належний суб'єкт права на безоплатну вторинну правову допомогу, законодавче врегулювання права потерпілого на безоплатну правову допомогу в кримінальному провадженні, а також покладення обов'язку на слідчого, прокурора слідчого суддю, суд забезпечити участь представника потерпілого в кримінальному провадженні в конкретних, визначених законом випадках, для здійснення захисту за призначенням.

Ключові слова: потерпілий в кримінальному провадженні, захист прав потерпілого, представник потерпілого, безоплатна правова допомога.

Резюме

Мудрак И. В. Потерпевший в уголовном производстве: проблемы защиты прав.

В статье исследованы проблемные аспекты реализации права на защиту потерпевшего в уголовном производстве, в частности потерпевший как надлежащий субъект права на бесплатную вторичную правовую помощь, законодательное урегулирование права потерпевшего на бесплатную правовую помощь в уголовном производстве, а также возложение обязанности на следователя, прокурора, следственного судью, суд обеспечить участие представителя потерпевшего в уголовном производстве в конкретных, определенных законом случаях, для осуществления защиты по назначению.

Ключевые слова: потерпевший в уголовном производстве, защита прав потерпевшего, представитель потерпевшего, бесплатная правовая помощь.

Summary

Mudrak I. The victim in a criminal proceeding: protection of the rights.

The article studies the problem aspects of realization of the right for protection of the victim in criminal proceedings, in particular a victim as an appropriate subject of the right for free secondary legal aid, legislative settlement of the right of the victim for free legal aid in a criminal proceeding, and also assignment of a duty on the investigator, the prosecutor, the investigative judge, court to provide participation of the victim's representative in a criminal proceeding in the concrete cases determined by the law for implementation of proper protection.

Key words: the victim in a criminal proceeding, protection of the rights of the victim, the victim's representative, free legal aid.

УДК 343.31

М. В. ДОВГАЛЬ

Максим Вікторович Довгаль, аспірант Київського університету права НАН України

ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБИСТОСТІ ЗЛОЧИНЦЯ, ЯКИЙ ВЧИНИВ НАСИЛЬНИЦЬКІ ЗЛОЧИНИ ПРОТИ НОСІЇВ АВТОРИТЕТУ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

У Розділі XV Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК) передбачається відповідальність за злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та злочини проти журналістів. Серед них найбільш небезпечними є ті, що полягають у застосуванні різних форм насильства до осіб, які є носіями авторитету органів державної влади. Йдеться про такі діяння, як опір (ст. 342 КК), погроза вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна (ст. 345 КК), погроза вбивством, заподіянням шкоди здоров'ю, знищенням або пошкодженням майна, а

також викраденням або позбавленням волі (ст. 346 КК), насильство (побої, легкі, середньої тяжкості або тяжкі тілесні ушкодження) (ст.ст. 345, 346 КК), інші насильницькі дії (ст. 346 КК), посягання на життя (ст. 348 КК), захоплення як заручника (ст. 349 КК). Адже здатність нашої держави виконувати ті завдання, які перед нею стоять, протидіяти тим загрозам, які виникають, залежить від належного функціонування органів державної влади, від захищеності їх представників.

Важливого значення набуває характеристика особистості злочинця, який вчинив насильницькі посягання щодо осіб, які є носіями авторитету органів державної влади, зокрема, його соціально-демографічні ознаки.

У кримінології проблема особистості злочинця розглядалася у працях багатьох науковців, зокрема Ю. М. Антоняна, І. М. Даньшина, А. І. Долгової, О. М. Джузі, О. О. Кваші, О. М. Костенка, О. Г. Кулика, І. М. Мацкевича, А. С. Міхлін. Однак спеціалізованих праць, присвячених дослідженню особистості злочинця, що вчинив насильницькі злочини проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади, у кримінологічній науці фактично немає. Назвемо лише наукові праці Р. Т. Гамідова, З. А. Загинеї, М. Б. Мохового, І. Є. Сулейманової, Є. Л. Таможника. Однак переважна більшість з них – це праці російських дослідників.

Тому метою статті є дослідження соціально-демографічних ознак особистості злочинця, який вчинив насильницький злочин проти носіїв авторитету органів державної влади. Воно буде здійснюватися на підставі аналізу офіційної судової статистики про кількісний та якісний склад засуджених протягом 2011–2015 років¹.

З. А. Загинеї описала більш загальне поняття порівняно з тим, що досліджується: кримінологічний портрет особистості злочинця, який вчинив злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян. На її переконання, це «це особа чоловічої статі, віком від 30 до 50 років, яка має загальну середню чи базову загальну середню освіту, є працездатною, але ніде не навчалася та не працювала або була безробітною, несудима та вчинила злочин одноособово»². Однак очевидно, що особистість злочинця, що вчинив насильницькі злочини проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади, можуть характеризуватися іншими ознаками, ніж ті, що пропонуються цією авторкою.

Розпочнемо з визначення *соціально-демографічних ознак* особистості. Характеристика таких ознак, як вік особи, її сімейний стан, наявність постійного місця проживання, освіта, національність, рід занять, працездатність, а також інших відомостей, які піддані статистичній обробці порівняно з даними офіційної демографічної статистики, соціально-демографічні ознаки містять цінну кримінологічну інформацію про особу злочинця. При такому зіставленні встановлюються зв'язки особи злочинця з типовими характеристиками всього суспільства³.

Першою соціально-демографічною ознакою особистості злочинця є *вік*. Під час аналізу офіційної статистики було виокремлено сім вікових груп засуджених: 14–16 років; 16–18 років; 18–25 років; 25–30 років; 30–50 років, 50–65 років, 65 років і більше. Як було встановлено у ході дослідження, найбільш криміногенно активною щодо вчинення насильницьких злочинів проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади, була група осіб вікової групи 30–50 років. Їх питома вага у загальній кількості засуджених за цей вид злочинів становила 44 %. Далі вікові групи за їх криміногенною активністю розташовані так: 25–30 років – 24 %, 18–25 років – 23 %, 50–65 років – 8 %, 16–18 років – 1 %, 65 років і більше – 0,5 %. Осіб у віці від 14 до 16 років не було серед засуджених за той вид злочинів, що досліджуються у цій роботі.

Отже, найбільш криміногенна група засуджених (30–50 років) охоплює найбільш активну та мобільну частину населення. У цей життєвий період, зазвичай, спостерігається висока соціальна активність, пов'язана з накопиченням життєвого досвіду, а відтак тяжких переживань, особистісних конфліктів.

Другою соціальною ознакою є *громадянство особи*. За нашими підрахунками, 99 % засуджених за вчинення досліджуваної групи злочинів – це громадяни України.

Третя демографічна ознака – *стать засуджених*. Насильницькі злочини проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади, вчиняє особа чоловічої статі (96 % засуджених).

Характеристика освіти засуджених за вчинення злочинів, що досліджується, має важливе кримінологічне значення. Її наявність (відсутність) пов'язана з формуванням ціннісних установок таких осіб, їх основних потреб, мотивів. Загальновідомо, що чим вищий освітній рівень особи, тим меншою є ймовірність її протиправної поведінки. Однак, за справедливим твердженням Е. Ф. Побегайла, одержання освіти ще не передбачає того, що особа буде мати належний рівень моральної культури, а високий освітній ценз ще не є панацеєю від вчинення злочинів⁴.

За *рівнем освіти* засуджені особи, які вчинили злочини, що досліджуються, були поділені на сім груп: з повною вищою освітою, з базовою вищою освітою, з професійно-технічною освітою, з повною загальною середньою освітою, з базовою загальною середньою освітою, з початковою загальною середньою освітою, без освіти. За нашими підрахунками, найбільша питома вага засуджених за вчинення насильницьких злочинів проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади, серед засуджених за вчинення злочинів проти авторитету припадає на осіб з повною загальною середньою освітою (44 %). Досить велика питома вага тих осіб, які мали професійно-технічну освіту (25 %). Окрім того, звернемо увагу на те, що значна кількість осіб, які вчинили злочини, що досліджуються, мали вищу освіту (15 %), з них 11 % отримали повну вищу освіту, а 4 % – базову вищу освіту. Така ж кількість засуджених, які мали базову загальну середню освіту (15 %). Найменша кількість засуджених осіб отримали початкову загальну середню освіту (1 %) та вчинили злочин, не маючи освіти (0,5 %).

Таким чином, можна дійти висновку, що особа, що вчинила насильницькі злочини проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади, мала повну загальну середню освіту (44 %) або професійно-технічну освіту (25 %).

Характеризуючи рід занять тих осіб, які були засуджені за вчинення злочинів, що досліджуються, зауважимо, що серед них найбільша питома вага тих осіб, які на момент вчинення злочину були працездатними, однак ніде не працювали та не навчалися. У загальній кількості засуджених за них вони становлять 62 %. Лише 1 % засуджених становили ті особи, які мали офіційний статус безробітного. Як відомо, саме відсутність роботи є класичною причиною злочинності. Як вказує І. О. Неупокосва, безробіття завжди криминологічно пов'язано зі злочинністю, вона перестала бути її фоновим явищем. Безробіття слугує однією з причин злочинності у сучасному суспільстві⁵. При цьому поняття «безробітний» включає не лише тих осіб, які офіційно зареєстровані у службі зайнятості та мають статус безробітного, а й осіб, які ніде не працюють, мають випадкові заробітки або проживають на доходи, отримані кримінальним шляхом⁶. Окрім того, 3,5 % насильницьких злочинів проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади, скоїли пенсіонери, у тому числі інваліди. Отже, частка засуджених осіб, які були не зайняті у народному господарстві, сукупно становила 66,5 %.

Ті засуджені, які були працездатними та працювали або навчалися, за спеціалізацією розподілилися так: робітники (15 %), приватні підприємці (4,6 %), працівники господарських товариств (1,8 %), учителі, викладачі (0,6 %), державні службовці (0,3 %), інші службовці (1,4 %), військовослужбовці (0,1 %), лікарі, фармацевти (0,1 %), працівники ЗМІ (0,1 %), учні (6,4 %), студенти (1,6 %), мали інше заняття (1,7 %).

Отже, типова ознака осіб, засуджених за вчинення насильницьких злочинів проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади, полягає у тому, що переважна більшість з них (66,5 %) не була зайнята у народному господарстві, а 62 % з них – були працездатними, але ніде не навчалися і не працювали.

Таким чином, можна зробити висновок та запропонувати таку соціально-демографічну характеристику особи, засудженої за насильницьких злочинів проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади: це особа чоловічої статі (96 %), громадянин України (99 %), віком 30–50 років (44 %), яка має повну загальну середню освіту (44 %) або професійно-технічну освіту (25 %), не зайнята у народному господарстві (66,5 %), з яких переважна більшість є працездатною, але ніде не навчалася і не працювала (62 %).

Важливе значення для характеристики особи злочинця мають її *морально-психологічні особливості*. Вони допомагають вивчити її світоглядний світ.

Дослідники виокремлюють такі морально-психологічні особливості осіб, засуджених за злочини, що досліджуються: відсутність цілісної системи поглядів на основні питання суспільного побуту, соціально шкідливі та невиправдані потреби, незаконні способи їх задоволення, різка динамічність, егоїзм та індивідуалізм, рухливість нервових процесів, озлобленість, високий ступінь емоційної збудливості, надмірна грубість, розпущеність тощо⁷.

За дослідженнями І. Є. Сулейманової, 76,4 % осіб, які скоїли насильницькі злочини проти законної діяльності представників влади, характеризуються поганою соціальною адаптацією та не задоволені своїм становищем у суспільстві. Адекватне осмислення свого соціального статусу, потреб та можливостей породжує у цих осіб стан тривоги та змушує шукати ті контакти, в яких ці сумніви можна зняти. Відтак, в окремих випадках, як буде зазначено далі, такі особи об'єднуються в групи, в яких і скоюються ці злочини. Для таких осіб характерним є пригнічений настрій, притуплення прагнень, бажань та інтересів. Такому типу злочинців характерно почуття власної неповноцінності, відсутність перспектив і професійної самостійності. Дослідниця відзначає також наявність у цієї групи злочинців різноманітних психічних аномалій, високих емоційних станів, дратівливості, почуття агресії та незадоволення своїм соціальним становищем⁸.

На думку М. Б. Мохового, для цих осіб характерний загальний негативізм. Усе багатство суспільного життя сприймається ними крізь призму спотвореного, тенденційного підбору фактів та оперування ними з претензією на оригінальність. Дослідник виокремлює такі психологічні особливості цього злочинця: психологічна невірноваженість, домінантність, загострене почуття образи, максималізм, бажання будь-які проблеми соціального життя вирішувати негайно та крайніми засобами, неповажне ставлення до осіб, егоїзм, грубість, невтриманість⁹.

Вивчені нами характеристики з місця роботи або навчання тих осіб, що вчинили насильницькі злочини проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади (було вивчено характеристики засуджених у 30-ти кримінальних провадженнях), показали, що близько 75 % з них негативно характеризувалися, що проявлялося у систематичному порушенні трудової дисципліни та навчання, а в цілому їм притаманні грубість, невтриманість, невірноваженість.

Погоджуючись з висловленими поглядами науковців, зазначимо, що досить плідною та узагальнюючою характеристикою особистості злочинця, який вчинив злочини проти життя, здоров'я, волі та майна осіб, які представляють авторитет органів державної влади, є принцип соціального натуралізму, що його послідовно у своїх працях висвітлює О. М. Костенко. На думку цього науковця, «...кримінальна поведінка – це прояв певних властивостей «соціальної особистості», тобто властивостей її волі і свідомості, що надають поведінці кримінальний характер. ... «соціальну особистість», що має такі властивості волі і свідомості, які можуть надавати поведінці людини характер соціальної патології, слід називати «соціопатичною особистістю»¹⁰.

Таким чином, можна зробити висновок, що злочинець, який вчинив насильницькі злочини проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади, це соціопатична особистість з комплексом сваволі та ілюзій, для якої є характерною негативна морально-психологічна спрямованість.

Кримінально-правові ознаки особистості злочинця, який вчинив злочини, що досліджуються, стосуються, зокрема, такого: це наявність судимості (судимостей) на момент вчинення злочину, їх кількість, вид

попередньо вчиненого злочину, групове або одноособове вчинення як попереднього, так і наступного злочинів, вчинення злочину у стані сп'яніння.

Розпочнемо характеристику кримінально-правових ознак з останньої – *вчинення злочинів у стані сп'яніння*. За нашими підрахунками, для особистості цього виду злочинця характерним є безпрецедентне перебування на момент вчинення злочину у стані алкогольного сп'яніння – майже 64 %. Тоді як, наприклад, злочини проти авторитету в цілому скоювалися особами у стані алкогольного сп'яніння у 15 % випадків. А питома вага злочинів, вчинених особами у стані алкогольного сп'яніння, у середньому за період 2011–2015 рр. становила 16 % у загальній структурі злочинності. Серед групи злочинів, що досліджуються, найбільша кількість осіб, які перебували у такому стані на момент вчинення, мала місце при вчиненні погрози або насильства щодо працівника правоохоронного органу (ст. 345 КК). У стані ж наркотичного або токсичного сп'яніння перебувало 0,2 % засуджених осіб.

Наступною кримінально-правовою ознакою, яка має важливе кримінологічне значення, є *вчинення відповідного злочину одноосібно або у співучасті*. Як зауважує О. О. Кваша, «оскільки в групі об'єднуються зусилля кількох осіб з метою досягнення єдиного злочинного результату, то спільна злочинна діяльність за інших рівних умов являє собою більш високий ступінь суспільної небезпеки у порівнянні зі злочином, вчиненим однією особою. Спільні дії значно підвищують ефективність досягнення злочинного результату і збільшують імовірність уникнення кримінального переслідування співучасниками»¹¹. З аналізу офіційних статистичних даних випливає, що для злочинів, які досліджуються, якщо вони скоюються у співучасті, характерним є групове їх вчинення (тобто, вчинення групою осіб без попередньої змови та групою осіб за попередньої змови).

Так, насильницькі злочини проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади, у 18 % випадків були вчинені у співучасті, за наявності таких форм співучасті, як група осіб без попередньої змови та попередня змова групи осіб. Жоден з аналізованих злочинів не було вчинено у складі організованої групи та злочинної організації. Цей показник є трохи вищим від питомої ваги злочинів, вчинених у співучасті, у структурі злочинів проти авторитету (14 %) та у загальній структурі злочинності (16 %).

Третьою кримінально-правовою ознакою є *наявність судимості* на момент вчинення злочину, їх кількість та вид рецидиву. Як вказується у кримінологічній літературі, у структурі злочинності найбільш небезпечним елементом є рецидивна злочинність. Її підвищена небезпека визначається і характером злочинів, і рівнем їхньої суспільної небезпеки, а також стійкими антисуспільними настановами злочинців. Ця форма є своєрідним «ядром» усієї злочинності, оскільки її суб'єкти становлять контингент тих осіб, які найбільш наполегливо протиставляють себе усталеним моральним цінностям та правопорядку, завдаючи тим самим суттєвої шкоди суспільству¹². А кількість судимостей, а також спеціалізація рецидивіста свідчать про стійку антисуспільну спрямованість особистості, а відтак – про більший ступінь суспільної небезпеки особи.

Традиційно рецидив злочинів поділяється на одноразовий та багаторазовий. В офіційній судовій статистиці виокремлюються особи, які мають одну судимість, дві судимості, три або більше судимості. Таким поділом будемо послуговуватися у нашій роботі. Так, 57 % засуджених у загальній кількості засуджених осіб за вид злочинів, що досліджується, мали одну судимість, 24 % – три і більше судимості, а 19 % – дві судимості. Рецидив у цьому виді злочинів – загальний.

Найбільш питому вагу серед осіб, які вчинили злочин проти життя, здоров'я, волі та майна осіб, які представляють авторитет органів державної влади, становили ті, які мали не зняту або непогашену судимість за вчинення злочинів проти власності (54 %). Далі – особи, які мали таку судимість за вчинення злочинів проти життя та здоров'я (17 %), злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення (8 %), злочини проти громадського порядку та моральності (7 %), злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (3 %), злочини проти безпеки дорожнього руху (2 %). На осіб, які мають судимість за вчинення інших злочинів у середньому припадає 9 %.

Отже, кримінально-правова характеристика особи, яка вчинила злочини проти життя, здоров'я, волі та майна осіб, які представляють авторитет органів державної влади, полягає в тому, що це особа, яка вчинила його у стані алкогольного сп'яніння (64 %), одноособово (82 %) та вперше (79 %).

Поєднавши три частини (соціально-демографічну, морально-психологічну та кримінально-правову), можна побудувати такий **кримінологічний портрет особистості злочинця, що вчинив насильницькі злочини проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади**: це соціопатична особистість (чоловік) з комплексом сваволі та ілюзій, для якої є характерною негативна морально-психологічна спрямованість, має громадянство України, віком 30–50 років, з повною загальною середньою або професійно-технічною освітою, не зайнята у народному господарстві, у переважній більшості працездатна, але ніде не навчається і не працює, і вчинила злочин вперше одноособово у стані алкогольного сп'яніння.

¹ Звіт про склад засуджених за 2011 рік (Форма 7) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/sudova_statystyka/42013/ – Заголовок екрана (дата відвідув. 12 черв. 2016 р.); Звіт про склад засуджених за 2012 рік (Форма 7) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/sudova_statystyka/52013/ – Заголовок екрана (дата відвідув. 12 черв. 2016 р.); Звіт про склад засуджених за 2013 рік (Форма 7) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/sudova_statystyka/5533i0p0i0p0/ – Заголовок екрана (дата відвідув. 12 черв. 2016 р.); Звіт про склад засуджених за 2014 рік (Форма 7) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/sudova_statystyka/lkflghkjlh/ – Заголовок екрана (дата відвідув.

12 черв. 2016 р.); Звіт про склад засуджених за 2015 рік (Форма 7) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://court.gov.ua/sudova_statystyka/Sud_statystuka_Zvit_2015/ – Заголовок екрана (дата відвідув. 12 черв. 2016 р.).

² *Загинеї З. А.* Кримінологічний портрет злочинця, який вчинив злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян / З. А. Загинеї // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. – 2014. – № 1. – С. 51–57 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.chasopysnapu.gp.gov.ua/chasopys/ua/pdf/1-2014/51-zaginej.pdf> – Заголовок екрана (дата відвідув. 11 черв. 2016 р.).

³ *Іванов Ю. Ф.* Кримінологія : навч. посіб. / Ю. Ф. Іванов, О. М. Джужа. – К. : Вид-во ПАЛИВОДА А. В., 2006. – С. 87.

⁴ Кримінологія : учебн. / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, В. В. Лунеева. – [изд. 2-е, перераб и доп.]. – М., 2004. – С. 326–327.

⁵ *Неупокоева И. А.* Криминологическая характеристика и предупреждение преступлений среди безработных : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Неупокоева Ирина Александровна ; Омская академ. МВД Российской Федерации. – Омск, 2004. – С. 4.

⁶ *Неупокоева И. А.* Вказана праця. – С. 4.

⁷ *Гамидов Р. Т.* Применение насилия в отношении представителя власти: уголовно-правовое и криминологическое исследование (на примере Республики Дагестан) : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Гамидов Ринат Тажирович ; Дагестанский гос ун-т. – Махачкала, 2010. – С. 115.

⁸ *Сулейманова И. Е.* Насильственные преступления против представителей власти в сфере порядка управления: уголовно-правовое и криминологическое исследование : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Сулейманова Инна Евгеньевна ; Уфимский юрид. ин-т МВД России. – Уфа, 2015. – С. 156–159.

⁹ *Моховой М. Б.* Криминологическая характеристика и предупреждение преступлений, посягающих на представителей власти : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Моховой Максим Борисович ; Красноярская академ. МВД Российской Федерации. – Краснодар, 2004. – С. 113–118.

¹⁰ *Костенко О. М.* Концепція соціопатичної особистості в кримінології / О. М. Костенко // Кримінологічна теорія і практика: досвід, проблеми сьогодення та шляхи їх вирішення : зб. наук. праць за матеріалами наук.-практ. конф. (м. Київ, 26 березня 2015 р.). – К. : Нац. акад. внутр. справ, 2015. – С. 10.

¹¹ *Кваша О. О.* Співучасть й злочини: сутність, структура та відповідальність : автореф. дис. ... доктора юрид. наук : спец. 12.00.08 / Кваша Оксана Олександрівна ; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2013. – С. 1.

¹² *Даньшин І. М.* Усталені форми злочинності: кримінологічний нарис / І. М. Даньшин. – Х. : Акта, 2002. – С. 76.

Резюме

Довгаль М. В. Характеристика особистості злочинця, який вчинив насильницькі злочини проти носіїв авторитету органів державної влади.

У статті розглядаються соціально-демографічні, кримінально-правові ознаки та морально-психологічні особливості особистості злочинця, який вчинив насильницький злочин проти носіїв авторитету органів державної влади. Запропоновано його кримінологічний портрет.

Ключові слова: особистість злочинця, насильницькі злочини проти осіб, які є носіями авторитету органів державної влади, соціально-демографічні ознаки, морально-психологічні особливості, кримінально-правові ознаки.

Резюме

Довгаль М. В. Характеристика личности преступника, совершившего насильственные преступления против носителей авторитета органов государственной власти.

В статье рассматриваются социально-демографические, уголовно-правовые признаки и нравственно-психологические особенности личности преступника, совершившего насильственное преступление против носителей авторитета органов государственной власти. Предложен его криминологический портрет.

Ключевые слова: личность преступника, насильственные преступления против лиц, являющихся носителями авторитета органов государственной власти, социально-демографические признаки, морально-психологические особенности, уголовно-правовые признаки.

Summary

Dovgal M. Characteristics offender who has committed a violent crime against the media authority of public authorities.

The article examines the socio-demographic, criminal features moral and psychological characteristics of offender who has committed a violent crime against the media authority of public authorities. A criminological his portrait.

Key words: offender, violent crimes against people who are carriers of the authority of government, socio-demographic characteristics, moral and psychological characteristics, criminal signs.

Л. П. КРАСНОПОЛЬСЬКА

*Людмила Петрівна Краснопольська, аспірантка
Національного педагогічного університету
ім. М. П. Драгоманова*

УГОДИ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Кримінальне провадження на підставі угод є одним із особливих порядків кримінального провадження, який регламентовано главою 35 КПК, а також одним із інститутів кримінального процесуального права. Цей інститут є проявом концепції відновлювального правосуддя, яка стала однією з відмінних тенденцій розвитку сучасного судочинства у світі.

Практика укладання угод в кримінальному провадженні неодноразово була предметом розгляду у ЄСПЛ, який зазначив, що саме по собі існування таких спрощених процедур не суперечить Конвенції з прав людини та практиці ЄСПЛ. Так, в одному з рішень Суду у справі «Ніколов проти Болгарії» ЄСПЛ зазначив, що застосування спрощеної процедури на підставі угоди про визнання винуватості та загалом спрощення процедур на підставі Рекомендації № К (87)18, безперечно, має переваги для обвинуваченого та правосуддя загалом, оскільки скорочує тривалість кримінального провадження, швидко визнаючи винуватість особи та міру її відповідальності, крім того, спрощує вирішення питань цивільної відповідальності та відшкодування шкоди, заподіяної кримінальним **правопорушенням**¹.

Мета дослідження – розкриття та вирішення проблем удосконалення процесуальної форми реалізації інституту провадження на підставі угод.

Чинним КПК України передбачено можливість укладення таких видів угод: про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим; між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості.

Глава 35 КПК України, яка визначає особливості кримінального провадження на підставі угод, не дає самого поняття угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим. При цьому зазначається, що угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості та у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення (ч. 2 ст. 469 КПК України)².

Угоди в кримінальному провадженні – це інститут кримінального процесу, спрямований на скорочення й спрощення процедури розгляду кримінальних проваджень, зменшення строків перебування осіб під вартою, заощадження ресурсів та часу, що витрачаються на розгляд кримінального провадження, а також поза-судове вирішення конфліктних ситуацій, зменшення навантаження на органи досудового розслідування та суд (суддю).

Угода про примирення – це добровільна угода між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим, в якій узгоджуються умови відповідальності підозрюваного або обвинуваченого за умови вчинення ним дій, спрямованих на відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також дій, не пов'язаних з відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язані вчинити на користь потерпілого.

Угода про визнання винуватості – це добровільна угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим, в якій названі сторони узгоджують умови відповідальності підозрюваного або обвинуваченого залежно від його дій після початку кримінального провадження або після вручення письмового повідомлення про підозру щодо співпраці у розслідуванні кримінального правопорушення⁴.

Головною метою запровадження цих угод є забезпечення принципу процесуальної економії, за умови суворого дотримання прав сторін та загальних засад здійснення правосуддя у кримінальному провадженні угоди можуть досить вдало та доцільно застосовуватися в кримінальному процесі України.

Законодавцем передбачено порядок ініціювання та укладення угод, який зводиться до наступного:

У ч. 1 ст. 469 КПК зазначено, що суб'єктом ініціювання (ініціатором) укладення угоди про примирення може бути лише потерпілий чи підозрюваний (обвинувачений).

Саме цим особам як найбільш заінтересованим у результатах розгляду провадження законодавець надав право вирішувати між собою питання про закінчення процесу у спрощеній формі за відсутності спору між ними. А згода на примирення цих осіб (потерпілого та підозрюваного (обвинуваченого)) є основним елементом укладення угоди про примирення. Вести переговори (домовлятися) стосовно укладення угоди про примирення можуть, крім цих осіб, захисник, представник (законний представник) та інша особа, погоджена сторонами кримінального провадження (за винятком слідчого, прокурора або судді). При цьому слід звернути увагу, що згідно зі ст. 55 КПК потерпілим у кримінальному провадженні може бути фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди. З наведеного вбачається, що угоду про примирення може бути укладено із представником юридичної особи у разі завдання їй майнової шкоди.

У п. 1 Інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 листопада 2012 р. № 223-1679/0/4-12 «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод» зазначено, що угода про примирення також може укладатися, якщо її сторонами чи стороною є неповнолітні. У такому випадку угода укладається за участю законних представників і захисників неповнолітніх. При цьому якщо неповнолітній досяг шістнадцятирічного віку, він має право укласти угоду про примирення самостійно, але за наявності згоди його законного представника. Такий підхід слід використовувати, коли укладається угода про визнання винуватості з неповнолітнім підозрюваним, обвинуваченим.

Кримінальний процесуальний закон забороняє слідчому, прокурору або судді ініціювати укладення угоди про примирення та домовлятися про її зміст, але законодавець в ч. 7 ст. 469 КПК покладає на слідчого, прокурора обов'язок поінформувати підозрюваного, потерпілого про їхнє право на примирення, роз'яснити механізм його реалізації та не чинити перешкод в укладенні угоди про примирення. Отже, слідчий, прокурор при ознайомленні сторін кримінального провадження з їхніми правами повинні письмово повідомити та роз'яснити їм про право укласти угоду про примирення. Заборона втручання слідчого, прокурора або судді у процес примирення сторін має на меті забезпечити сторонам право на вільне волевиявлення та вирішення кримінально-правового конфлікту без втручання державних органів.

Угоду про примирення може бути укладено у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої і середньої тяжкості, у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення.

У кримінальному провадженні щодо тяжких та особливо тяжких злочинів угода про примирення не укладається, за винятком кримінального провадження у формі приватного обвинувачення, яке здійснюється щодо кримінальних правопорушень, визначених ст. 477 КПК³.

Укладення угоди про примирення може ініціюватися в будь-який момент після повідомлення особі про підозру до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку (ч. 5 ст. 469 КПК). Наприклад, якщо обвинувачений до проголошення ним останнього слова дійде згоди з потерпілим щодо укладення угоди (її змісту), він може перед останнім словом або під час своєї промови заявити про це суду. У такому випадку суд, надаючи можливість обвинуваченому закінчити свій виступ, згідно з ч. 3 ст. 474 КПК невідкладно зупиняє проведення процесуальних дій і переходить до розгляду угоди.

Слід мати на увазі, якщо кримінальне провадження здійснюється щодо кількох осіб, які підозрюються чи обвинувачуються у вчиненні одного або кількох кримінальних правопорушень, і згоди щодо укладення угоди досягнуто не з усіма підозрюваними чи обвинуваченими, угоду може бути укладено з одним (кількома) з підозрюваних, обвинувачених. Кримінальне провадження щодо особи (осіб), з якими досягнуто згоди, підлягає виділенню в окреме провадження. Якщо ж кримінальне провадження здійснюється стосовно однієї особи, яка підозрюється чи обвинувачується у вчиненні кількох окремих кримінальних правопорушень, серед яких є тяжкий чи особливо тяжкий злочин і злочин невеликої тяжкості, внаслідок вчинення якого потерпілому було завдано шкоди, угоду про примирення може бути укладено щодо злочину невеликої тяжкості. Кримінальне провадження в такому випадку (стосовно зазначеного кримінального правопорушення) має бути виділено в окреме провадження, про що слідчий, прокурор вносить постанову, а суддя постановляє ухвалу (оригінал рішення про виділення провадження підшивається до виділеного провадження, а копія долучається до матеріалів кримінального провадження, з якого воно виділено). У разі, якщо в кримінальному провадженні беруть участь кілька потерпілих від одного й того ж кримінального правопорушення, угоду може бути укладено та затверджено лише з усіма потерпілими. При цьому укладається одна угода, у якій може бути зазначено різні вимоги потерпілих до підозрюваного, обвинуваченого щодо розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, строку її відшкодування чи переліку дій, не пов'язаних із відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язаний вчинити щодо потерпілого (потерпілих), але обов'язково має бути зазначено про узгоджене між сторонами (усіма потерпілими та підозрюваним, обвинуваченим) покарання, їх згоду на призначення такого покарання або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням. Недотримання цих вимог закону відповідно до п. 1 ч. 7 ст. 474 КПК є підставою для відмови у затвердженні угоди.

Якщо у кримінальному провадженні беруть участь кілька потерпілих від різних кримінальних правопорушень і згоди щодо укладення угоди досягнуто не з усіма потерпілими, угоду може бути укладено з одним чи кількома потерпілими. У такому випадку угода про примирення укладається з кожним потерпілим окремо, а кримінальне провадження, щодо якого сторони досягли згоди, підлягає виділенню в окреме провадження.

Частиною 2 ст. 469 КПК передбачено, що суб'єктом ініціювання (ініціатором) укладення угоди про визнання винуватості може бути лише прокурор або підозрюваний (обвинувачений). Вказаний вид угод може бути ініційовано та укладено зі сторони обвинувачення виключно прокурором, а отже, за наявності бажання укласти угоду про визнання винуватості підозрюваний (обвинувачений) звертається з клопотанням про укладення угоди безпосередньо до прокурора, який здійснює процесуальне керівництво розслідуванням конкретного кримінального провадження^{4,9}.

Угоду про визнання винуватості може бути укладено у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості, тяжких злочинів, за умови, що цими кримінальними правопорушеннями завдано шкоду лише державним чи суспільним інтересам.

Слід звернути увагу, що в Особливій частині КК вжито термін «громадські інтереси», а не «суспільні інтереси», незважаючи на те, що ці словосполучення різняться семантично, у контексті КПК їх слід розуміти

як тотожні⁸. У ч. 4 ст. 469 КПК зазначається, що таку угоду не може бути укладено у провадженні, в якому бере участь потерпілий, тобто щодо злочинів чи кримінальних проступків, внаслідок вчинення яких було завдано шкоди правам та інтересам окремих громадян і/або інтересам юридичних осіб, а також у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів незалежно від кола суб'єктів, яким завдано шкоди внаслідок вчинення таких злочинів.

У разі якщо кримінальне провадження здійснюється стосовно кількох осіб, які підозрюються (обвинувачуються) у вчиненні одного або кількох кримінальних правопорушень, і згоди щодо укладення угоди досягнуто не з усіма підозрюваними (обвинуваченими), відповідно до вимог ч. 8 ст. 469 КПК угоду може бути укладено з одним (кількома) із підозрюваних (обвинувачених). Кримінальне провадження стосовно особи (осіб), з якими досягнуто згоди щодо укладення угоди про визнання винуватості, на підставі постанови прокурора або ухвали суду підлягає виділенню в окреме провадження залежно від того, на якій із двох стадій кримінального процесу (досудового розслідування або судового розгляду) сторонами було ініційовано укладення угоди. Виділення кримінального провадження проводиться у порядку, визначеному положеннями ст.ст. 217, 334 КПК³.

Укладення угоди про визнання винуватості, так як і угоди про примирення може ініціюватися в будь-який момент після повідомлення особі про підозру до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку (ч. 5 ст. 469 КПК)⁹.

Статтею 470 КПК передбачені обставини, що враховуються прокурором при укладенні угоди про визнання винуватості: ступінь та характер сприяння підозрюваного чи обвинуваченого у проведенні кримінального провадження щодо нього або інших осіб; характер і тяжкість обвинувачення (підозри); наявність суспільного інтересу в забезпеченні швидшого досудового розслідування і судового провадження, викритті більшої кількості кримінальних правопорушень; наявність суспільного інтересу в запобіганні, виявленні чи припиненні більшої кількості кримінальних правопорушень або інших більш тяжких кримінальних правопорушень.

Зміст угоди про примирення та угоди про визнання винуватості повинен відповідати вимогам ст.ст. 471, 472 КПК.

Проаналізувавши зазначені статті, можна вказати, що спільними елементами, які повинні зазначатися в змісті цих угод, є:

- сторони цих угод;
- формулювання підозри чи обвинувачення та його правова кваліфікацію із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність;
- істотні для відповідного кримінального провадження обставини;
- узгоджене покарання та згода сторін на його призначення або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням;
- наслідки укладення та затвердження угод, передбачені ст. 473 КПК;
- наслідки невиконання угод⁸.

Окремими елементами, які повинні бути зазначені в угоді про примирення, є розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, строк її відшкодування чи перелік дій, не пов'язаних з відшкодуванням шкоди, які підозрюваний, обвинувачений зобов'язані вчинити на користь потерпілого, строк їх вчинення.

Шкода може бути відшкодована підозрюваним (обвинуваченим) до моменту укладення угоди, або в угоді може бути зазначено строк відшкодування шкоди. Відшкодування шкоди можливе не лише у грошовому виразі, а також шляхом вчинення винною особою певних дій на користь потерпілого (вибачення, повернення майна чи предметів, відновлення порушених прав, вчинення дій, узгоджених із потерпілим тощо).

Окремими елементами, які повинні бути зазначені в угоді про визнання винуватості, є беззастережне визнання підозрюваним, обвинуваченим своєї винуватості у вчиненні кримінального правопорушення та обов'язки підозрюваного, обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою (якщо відповідні домовленості мали місце).

У заключній частині угоди про примирення та угоди про визнання винуватості зазначається дата їх складання, а також підписи сторін цих угод.

Наслідком укладення та затвердження угоди про примирення є:

- для підозрюваного, обвинуваченого – обмеження права оскарження вироку згідно з положеннями ст.ст. 394, 424 КПК та відмова від здійснення прав, передбачених п. 1 ч. 4 ст. 474 КПК;
- для потерпілого – обмеження права оскарження вироку згідно з положеннями ст.ст. 394, 424 КПК та позбавлення права вимагати в подальшому притягнення особи до кримінальної відповідальності за відповідне кримінальне правопорушення і змінювати розмір вимог про відшкодування шкоди.

Наслідком укладення та затвердження угоди про визнання винуватості для прокурора, підозрюваного, обвинуваченого є обмеження їх права оскарження вироку згідно з положеннями ст.ст. 394, 424 КПК, а для підозрюваного, обвинуваченого – також його відмові від здійснення прав, передбачених п. 1 ч. 4 ст. 474 КПК (ст. 473 КПК).

Отже, слід визнати, що кримінальне провадження на підставі угод є досить ефективним механізмом вирішення кримінального провадження. Без сумніву, позитивним є те, що права потерпілого можуть бути якісно захищені при реалізації угоди про примирення, невиконання якої загрожує досить суворими наслідками для обвинуваченого. Реалізація угоди про визнання винуватості також може мати позитивні наслідки і

сприяти виконанню завдань кримінального судочинства. Крім того, слід зазначити, що Україна, запровадивши угоди в кримінальному процесі, вдосконалює законодавство відповідно до світових стандартів, які вже давно передбачають інститут медіації. Поширення посередництва у кримінальних провадженнях та забезпечення реалізації угод між потерпілим і правопорушником може суттєво прискорити здійснення правосуддя завдяки спрощенню процедури, а це на фоні великої кількості правопорушень у державі може суттєво розвантажити правоохоронні органи для провадження більш тяжких кримінальних правопорушень.

¹ Вільгушинський М. Й. Погоджувальне правосуддя у кримінальній юстиції України: актуальні проблеми впровадження та застосування / М. Й. Вільгушинський, М. В. Сироткіна // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2012. – № 6. – С. 97–112.

² Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар / за заг. ред.: В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація. – Х. : Право, 2012. – Т. 2. – 664 с.

⁴ Кримінальний процес : підруч. / за заг. ред. В. В. Коваленка, Л. Д. Удалової, Д. П. Письменного. – К. : Центр учбової літератури, 2013. – 544 с.

⁵ Кримінальний процес України в питаннях і відповідях : навч. посіб. / Л. Д. Удалова, В. В. Рожнова, Д. О. Савицький, О. Ю. Хабло. – 3-тє вид., допов. – К. : Скіф, 2013. – 256 с.

⁶ Серєда Г. П. Особливості угоди про визнання винуватості у кримінальному провадженні / Г. П. Серєда // Вісник національної академії прокуратури України. – 2012. – № 2. – С. 5–9.

⁷ Лобойко Л. М. Кримінальний процес : підруч. / Л. М. Лобойко. – К. : Істина, 2014. – 432 с.

⁸ Удалова Л. Д. Застосування компромісів при вирішенні конфліктів під час досудового розслідування : навч. посіб. / Л. Д. Удалова, І. В. Паризький. – К. : Видавничий дім «Скіф», 2012. – 184 с.

⁹ Форостяний А. В. Проведення спрощеного судового розгляду за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / А. В. Форостяний // Юридичний часопис. – 2013. – № 2 (6). – С. 64–69.

Резюме

Краснопольська Л. П. Угоди в кримінальному судочинстві України.

У статті розглянуто основні положення інституту угод про примирення, про визнання винуватості, проведено аналіз його застосування, відзначено позитивні та негативні аспекти реалізації цього інституту у кримінальному процесі України.

Ключові слова: інститут угоди про примирення; інститут угоди про визнання винуватості, медіація; дискреційні провадження; принципи примирення.

Резюме

Краснопольская Л. П. Соглашения в уголовном судопроизводстве Украины.

В статье анализируются проблемы становления и развития новой формы уголовного производства – производство на основании соглашения о примирении и признании вины, достижение компромисса между сторонами судопроизводства. При этом раскрываются пути совершенствования такой формы судопроизводства. Отражены позитивные и негативные аспекты реализации указанного института в уголовном судопроизводстве Украины.

Ключевые слова: процессуальная форма, сделки, компромисс, признание вины, судопроизводство.

Summary

Krasnopolka L. Agreements in the criminal trial of Ukraine.

Annotation: Problem of the criminal proceedings on the basis of agreements. This article analyses the problems of formation and development of a new form of criminal proceedings, the proceedings on the basis of agreements on recognition of culpability. Procedural shortcomings are a form of proceedings and ways of its improvement.

Key words: procedural form, agreement, acknowledgment of guilt, litigation. judicial form, transactions, legal proceeding, the criminal proceeding.

Я. О. КУЦ

*Ярослав Олександрович Куц, голова Адвокатського об'єднання «А.ДВА.КА.Т», адвокат***ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ ЗАХИСНИКА В СУДІ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ**

Захисник як учасник кримінального провадження наділений правами та обов'язками відповідно до норм чинного кримінального процесуального законодавства, які повсякчас обмежуються стороною обвинувачення, що є грубим порушенням засад кримінального провадження, зокрема рівності перед законом і судом.

Під час розгляду справи в суді першої інстанції захиснику необхідно обрати таку тактику захисту, щоб не порушувалися права підзахисного, відповідно до положень Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) та Конституції України й слідкувати, щоб додержувався принцип верховенства права та інші засади кримінального провадження протягом всього судового процесу. Водночас акцентуючи увагу на тому, щоб суд звернув увагу на ті порушення, які вчинені під час досудового розслідування, і врахував їх при оцінці доказів.

Проблеми обмеження прав захисника в місцевих судах загальної юрисдикції були предметом дослідження багатьох вчених. Зокрема, вагомий вклад в їх розробку внесли В. О. Попелюшко, О. Г. Яновська, В. Г. Гончаренко, М. С. Строгович, Є. Г. Мартинчик та інші науковці.

Метою даної статті є дослідження обмежень прав захисника в суді першої інстанції та відновлення принципу рівності сторін процесу перед законом і судом для обґрунтованого, справедливого розгляду справи по суті.

Відповідно до ст. 59 Конституції України, кожен має право на правову допомогу. Згідно з ч. 2 ст. 63 Конституції України підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист¹. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав.

Чинне кримінальне процесуальне законодавство дійсно забезпечує підозрюваному, обвинуваченому та підсудному право на захист, але ж саме лише надання цього права не можна вважати повноцінним захистом прав вищевказаних осіб перед судом, оскільки тільки допомога кваліфікованого захисника зможе урівноважити важелі прав підозрюваного, обвинуваченого та сторони обвинувачення.

О. Г. Яновська звертає увагу на те, що відповідно до ч. 2 ст. 22 КПК змагальна побудова кримінального провадження забезпечує сторонам рівні права на збирання та подання до суду доказів. Однак на практиці виявляється, що сторона захисту не знаходиться у рівних умовах зі стороною обвинувачення. Адже існує пряма залежність сторони захисту від рішення сторони обвинувачення щодо доцільності проведення тих чи інших процесуальних дій та явна невідповідність строків реагування судів на звернення обох сторін при вирішенні ідентичних питань у процесі досудового розслідування й подальшого судового розгляду, що свідчить про відсутність рівності сторін і недостатню процесуальну забезпеченість засади змагальності у кримінальному провадженні².

Згідно з ч. 1 ст. 8 КПК кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави³.

Під час проведення судового розгляду суд повинен передусім враховувати особу підсудного, умови, в яких він виріс, його сімейний стан, причину вчинення кримінального правопорушення та прийняти таке рішення, що включає в себе принцип верховенства права, справедливість, а також, щоб держава не втратила свого громадянина, після проведення кримінального процесу, шляхом зневіри його в чесності судової влади. Щоб у особи не було думки про повторне вчинення протиправного діяння, захисник законними методами допоможе суду з'ясувати суть справи та спростувати або відкоригувати державне обвинувачення, яке наразі, в останні роки, як правило, не відповідає вимогам КПК з огляду на низький кваліфікаційний рівень слідчих та прокурорів. До того ж, в нашій країні державне обвинувачення заздалегідь свідомо висуває найтяжче звинувачення, замість правильного, що тягне за собою роки судової тяганини і пошуку правди та втрату довіри суспільства до судової гілки влади.

Захист законних прав та інтересів підсудного в суді здійснює захисник, який відповідно до чинного КПК обмежений в своїх правах порівняно зі стороною обвинувачення. Хоча диспозиції КПК оголошують широкі права захисника, при цьому всі наступні спеціальні норми щодо ведення тих чи інших процесуальних дій їх обмежують.

Захисником порушених чи оспорюваних прав в Україні з кримінального провадження відповідно до ч. 1 ст. 45 КПК є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію).

Відповідно до ч. 4 ст. 46 КПК захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику, з моменту надання документів, передбачених ст. 50 КПК, слідчому, прокурору, слідчому судді, суду, а саме: свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю; ордера, договору із захисником або доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги.

Тобто захисника асоціюють з підозрюваним, обвинуваченим до моменту надання слідчому, прокурору вищевказаних документів. На нашу думку, необхідно відокремити окремою статтею КПК права захисника, щоб ні слідчий, ні прокурор не ототожнював захисника з підозрюваним чи обвинуваченим. Більш того, право на захист мають всі учасники кримінального провадження, в тому числі й свідки, які потім стають обвинуваченими, проте відсутністю відокремленого статусу захисника обмежується право на захист інших учасників процесу.

На етапі підготовки до здійснення адвокатом захисту в судовому засіданні передусе тяжкий аналітичний, а іноді й творчий процес, який залежить від багатьох чинників, у тому числі від обставин кримінального провадження, участі адвоката у кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування, особистих якостей адвоката, досвіду роботи. Однак у всіх випадках процес підготовки до судового розгляду включає:

- роботу над детальним вивченням матеріалів кримінального провадження, яка має містити аналіз зібраних доказів та їх оцінку;
- формування та ведення адвокатського дос'є;
- вивчення відповідних законодавчих норм, національної судової практики та прецедентної практики Європейського суду з прав людини;
- конфіденційне побачення з підзахисним із метою формування (уточнення) позиції у справі та визначення (коригування) стратегії захисту;
- визначення обсягу доказів, які мають бути досліджені судом, і порядку їх дослідження, збирання нових (додаткових) доказів, підготовку альтернативних висновків фахівців;
- детальну розробку тактики ведення захисту в судовому засіданні;
- підготовку клопотань, у тому числі письмових, визначення порядку та послідовності їх подання;
- підготовку до прямого та перехресного допиту;
- підготовку основних тез виступу в судових дебатах.

На стадії судового розгляду для дотримання процесуальних норм та порядку розгляду кримінального провадження в суді передують такі дії адвоката:

- пересвідчитися, що здійснюється повне фіксування судового процесу технічними засобами;
- за наявності підстав заявити клопотання про проведення судового засідання в режимі відеоконференції;
- вимагати, щоб свідки були видалені з зали судового засідання до початку судового розгляду, а судовий розпорядник забезпечив, аби допитані та не допитані свідки не спілкувались (ст. 346 КПК);
- за необхідності заявити клопотання про оголошення обвинувального акта прокурором у повному обсязі;
- якщо у кримінальному провадженні пред'явлено цивільний позов, стежити за тим, щоб цивільний позивач або його представник чи законний представник, а в разі їх відсутності – головуючий, оголосив короткий виклад позовної заяви, якщо учасники судового провадження не заявили клопотання про її оголошення в повному обсязі;
- висловлювати думку щодо визначення обсягу доказів та порядку їх дослідження;
- слідкувати, щоб докази надавалися спочатку стороною обвинувачення, а потім – стороною захисту;
- своєчасно реагувати на зміну обстановки та заявляти клопотання про зміну обсягу доказів і порядку їх дослідження (ст. 349 КПК);
- якщо в процесі розгляду справи будуть встановлені (з'являться) підстави для об'єднання або виділення матеріалів справи, адвокат має вчасно реагувати на це та заявляти відповідне клопотання;
- проявляти послідовність у поданні принципів клопотань, виходячи з того, що відмова у задоволенні клопотання не позбавляє права заявляти їх повторно (ст. 350 КПК);
- якщо перестали існувати підстави для спеціального судового провадження, адвокат має негайно заявити клопотання з вимогою розпочати судовий розгляд спочатку для подальшого здійснення його згідно із загальними правилами, передбаченими КПК (ч. 4 ст. 323 КПК);
- адвокат повинен звернутися до головуючого (суду) з вимогою заборонити (припинити) проведення зйомки (відеозйомки) підзахисного журналістами, іншими особами, якщо обвинувачений заперечує проти його зйомки в процесі судового розгляду;
- за наявності підстав для відводу суддів, присяжних, прокурора, інших учасників судового провадження адвокат має своєчасно заявити мотивований відвід таким особам;
- адвокату треба наполягати на неухильному дотриманні положень ст. 320 КПК, щодо обов'язкового призначення запасного судді у кримінальному провадженні, для якого потрібний значний час для вивчення матеріалів справи³.

У судовому розгляді кримінального провадження захиснику не передбачено чинним кримінальним процесуальним законодавством права фіксувати судовий процес за допомогою аудіо- чи відеофіксації, що значно спростило б забезпечення права на захист підсудного, підготовки лінії захисту до наступного судового засідання, врахування вже розглянутих питань у попередніх судових засіданнях та дало б змогу фіксувати

самостійно процес, незалежно від суду, адже підставою для скасування вироку є в т.ч. і відсутність запису якогось із засідань. Таке положення нівелювало б безпідставні скасування судових рішень судами вищих інстанцій, а також допомогло б судовим органам у випадках пошкодження аудіо- чи відеозаписів судових засідань. При цьому необхідно врахувати, що практика Європейського суду з прав людини вказує на право будь-кого проводити аудіо- чи відеофіксацію судового процесу.

Захисник має право подавати клопотання про долучення письмових доказів до матеріалів справи, але тільки суд вирішує, прийняти їх чи відхилити і тільки досвід та освіченість адвоката можуть переконати суд у приєднанні їх до матеріалів провадження та застосуванні на користь підсудного. Таке ставлення до клопотань адвоката порушує принцип змагальності судового процесу, адже всі подані прокурором докази приймаються безапеляційно разом з обвинувальним актом.

Навіть за результатами розгляду кримінального провадження, коли постановлюється вирок, проглядається нерівність та обмеження захисника як учасника судового процесу в отриманні копій вироку, оскільки відповідно до ч. 6 ст. 376 КПК учасники судового провадження мають право отримати в суді копію вироку чи ухвали суду негайно після його проголошення. Такі копії вручаються обвинуваченому, представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, та прокурору⁴.

Виходячи з вищезазначеної норми захисник як учасник судового провадження обмежений навіть в отриманні копії вироку суду, хоча право прокурора на таке отримання, негайно після проголошення рішення, передбачено вказаною нормою. Сторона захисту і сторона обвинувачення повинні бути наділені рівними правами для забезпечення справедливого розгляду справи, забезпечення принципів законності (ст. 9 КПК), верховенства права (ст. 8 КПК), забезпеченні права на захист (ст. 20 КПК), рівності всіх учасників перед законом і судом (ст. 10 КПК), змагальності сторін та свободу в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості (ст. 22 КПК) та ін.

При постановленні обвинувального вироку, який за змістом повністю збігається з позицією державного обвинувача в суді, функція обвинувачення припиняється одночасно із проголошенням вироку (а не із набрання ним законної сили, як інколи вважають вчені В. Т. Маляренко, І. В. Вернидубов), оскільки в рамках інституту апеляції повноважні прокурори висловлюють лише свою думку з приводу вироку суду і не більше того.

Вирок суду, сформульовані ним фактичні та правові підстави визнання підсудного винним у вчиненні злочину та засудження навряд чи хто насмілиться називати трансформованим судом у такий спосіб державним обвинуваченням, оскільки суд в жодному разі не перебирає на себе функцію обвинувачення (як і функцію захисту). Постановлений ним обвинувальний вирок є актом правосуддя. Він постановлений безвідносно до обвинувальної позиції прокурора, не від імені обвинувальної влади, а іменем України. Твердження та рішення суду в цілому або окремі із них і є предметом спростування стороною захисту в апеляції (касаційній скарзі) та у вищестоящому суді⁵.

Отже, адвокат, хоч його і намагаються обмежити в забезпеченні обвинуваченому, підсудному, засудженому і виправданому повноцінного захисту у судовому процесі, і надалі залишається основною фігурою захисту, що забезпечує право кожного громадянина на кваліфіковану правову допомогу, спираючись виключно на власний досвід, вміння використовувати законодавство, прогалини в ньому та вміння «примусити» суд «почути» себе і свої позиції.

¹ Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

² Яновська О. Г. Змагальність як засада кримінального провадження за новим Кримінальним процесуальним кодексом України : тези виступу / О. Г. Яновська : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://nsj.gov.ua/training/judges/kpk4/>

³ Карамазіна К. Дії захисника під час кримінального провадження в суді першої інстанції / К. Карамазіна, Є. Грішин. Т. Сівак // Координаційний центр з надання правової допомоги : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ulaf.org.ua/wp-content/uploads/2015/04/MP_sudove.pdf

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9–10, № 11–12, № 13. – Ст. 88.

⁵ Попелюшко В. О. Проблеми кримінального процесу та захисту у кримінальній справі : зб. наук. статей / В. О. Попелюшко ; уклад. С. В. Аврамішин. – Острого : Вид-во Національного університету «Острозька академія». – 2008. – 400 с. – С. 392–393. – ISBN 966-7631-60-5.

Резюме

Куц Я. О. Обмеження прав захисника в суді першої інстанції.

У статті наведено дослідження обмежень прав захисника в суді першої інстанції та відновлення принципу рівності сторін процесу перед законом і судом для обґрунтованого й справедливого розгляду справи по суті. Також стаття включає основні дії адвоката на етапі підготовки справи до судового розгляду та безпосередньо в судовому засіданні.

Ключові слова: захисник, сторона обвинувачення, суд, судовий розгляд, вирок.

Резюме

Куц Я. А. Ограничение прав защитника в суде первой инстанции.

В статье представлены исследования ограниченной прав защитника в суде первой инстанции и восстановление принципа равенства сторон процесса перед законом и судом для обоснованного и справедливого рассмотрения дела по существу. Также

статья включает основные действия адвоката на этапе подготовки дела к судебному разбирательству и непосредственно в судебном заседании.

Ключевые слова: защитник, сторона обвинения, суд, судебное разбирательство, приговор.

Summary

Kuts Y. Restrictions rights defender in the trial court.

The article presents research restrictions rights defender in the trial court and the restoration of the principle of equality before the law and the court for a reasonable and a fair hearing on the merits. Also, the article includes main actions a lawyer during the preparation phase of the case before the court consideration and in the hearing.

Key words: defender, the prosecution, court, trial, verdict.

УДК 343

О. О. ЛУК'ЯНЕЦЬ

Олена Олександрівна Лук'янець, адвокатське об'єднання «А.ДВА.КА.Т», адвокат

ОСОБИСТА УЧАСТЬ ПІДОЗРЮВАНОВОГО, ОБВИНУВАЧЕНОГО У ЗАХИСТІ СВОЇХ ПРАВ ПІСЛЯ ЗАВЕРШЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Підозрюваний, обвинувачений має процесуальне право захищати свої права та охоронювані законом інтереси самостійно, якщо відповідно до норм кримінального процесуального законодавства участь захисника у провадженні не є обов'язковою. Для цього йому необхідні знання, а це сила, яка необхідна для забезпечення справедливого та обґрунтованого судового розгляду кримінального провадження, а саме в адекватному розумінні підозрюваним, обвинуваченим його становища, а також його прав.

Проблемам захисту прав та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого після завершення досудового розслідування приділили увагу такі вчені, як О. Г. Яновська, П. М. Маланчук, В. А. Лазарева, Л. В. Черечукіна, В. Т. Маляренко та інші.

Метою статті є удосконалення норм чинного кримінального процесуального законодавства України нормами міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, для справедливого й обґрунтованого судового розгляду кримінального провадження та для уникнення маніпулювання слідчим, прокурором свідомості людини, якій пред'явлено підозру у вчиненні кримінального правопорушення.

Підозрюваним є особа, якій відповідно до Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) повідомлено про підозру, або особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок того, що місцезнаходження особи не встановлено, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений КПК для вручення повідомлень, а обвинуваченим є особа, обвинувальний акт щодо якої передано до суду.

Права, які підозрюваний, обвинувачений може реалізувати власними діями шляхом надання усних або письмових пояснень із приводу підозри або обвинувачення, збирання й надання доказів, особистої участі у кримінальному провадженні, в тому числі участі в допитах інших підозрюваних (обвинувачених), потерпілих, свідків та експертів у суді, подачі скарг на дії й рішення слідчого, прокурора, слідчого судді й суду, – ці права він може повноцінно реалізувати лише тоді, якщо юридично підготовлений, що буває вкрай рідко.

Відповідно до п. 14 ч. 3 ст. 42 КПК підозрюваний, обвинувачений має право ознайомлюватися з матеріалами досудового розслідування в порядку, передбаченому ст. 221 КПК, та вимагати відкриття матеріалів згідно зі ст. 290 КПК.

Відповідно до ч. 1 ст. 290 КПК, визнавши зібрані під час досудового розслідування докази достатніми для складання обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний повідомити підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування.

Згідно з ч. 1 ст. 221 КПК слідчий, прокурор зобов'язаний за клопотанням сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, надати їм матеріали досудового розслідування для ознайомлення, за винятком матеріалів про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, а також тих матеріалів, ознайомлення з якими на цій стадії кримінального провадження може зашкодити досудовому розслідуванню. Відмова у наданні для ознайомлення загальнодоступного документа, оригінал якого знаходиться в матеріалах досудового розслідування, не допускається¹.

На нашу думку, необхідно заповнити прогалину в нормах чинного кримінального процесуального законодавства України і внести такі доповнення до ч. 1 ст. 221 КПК: «слідчий, прокурор зобов'язаний за клопо-

танням сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, негайно надати їм матеріали досудового розслідування для ознайомлення...».

Кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. «Реальна можливість здійснення, а також захисту основних прав людини, в тому числі й права на захист кожною конкретною особою, забезпечується, – наголошує В. Лазарева, – насамперед юридичними механізмами певної держави»².

Принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику суду як джерело права (ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»). Принцип верховенства права означає, що у правовій державі має панувати закон, а не інтереси осіб, у руках яких у певний момент перебуває влада; функції держави полягають у регулюванні відносин між усіма суб'єктами права на основі закону. Законотворчий процес і практика правозастосування показують, що реалізація принципу верховенства права на сьогодні стикається з рядом проблем. Насамперед поширеним явищем є незрозуміння самого принципу верховенства права, його ототожнення з радянським принципом верховенства позитивного закону. Часто застосовуються закони, які жодним чином не вписуються в концепцію природного права, відірвані від природних прав і свобод людини, порушують їх. Як і за радянських часів, громадяни наразі не можуть реалізувати свої права лише через відсутність позитивного закріплення відповідних прав у законах та підзаконних актах або ж через відсутність механізмів реалізації тих прав, які задекларовані у законах³.

Тому вибудувати ефективну лінію захисту підозрюваному, обвинуваченому для себе особисто досить складно, в зв'язку з неосвіченістю повною мірою з кримінальним процесуальним законом, недосконалістю чинного законодавства. Зазвичай підозрюваний, коли відмовляється від захисника, не розуміє, що це шлях в нікуди. Є випадки, коли слідчий з умислом пред'являє значно м'якше обвинувачення, аніж необхідно, лише з метою приспати пильність обвинуваченого, щоб він повірив слідчому, що, мовляв, у такій «дріб'язковій» справі немає потреби запрошувати захисника.

Практика свідчить, що, на думку значної кількості слідчих, участь захисника може перешкодити у закріпленні «здобутих доказів», а тому слідчий намагається негайно провести у справі найнеобхідніші дії: допитати особу в якості підозрюваного, слідчий експеримент та інші дії, в яких закріплюються викривальні покази підозрюваного, що фактично є штучним створенням доказів.

За результатами вибіркового вивчення кримінальних проваджень встановлено, що близько 88 відсотків осіб, які не були затримані і до них не обиралась міра запобіжного заходу у вигляді утримання під вартою до пред'явлення обвинувачення, допитувалися в якості свідків. І це не звичайна обережність слідчого, щоб не притягнути безпідставно до кримінальної відповідальності особу. Ще свого часу А. Ф. Коні писав: «Обережність у притягненні – річ необхідна. Це не лише юридична, але й моральна вимога. Але обережність не повинна бути змішувана з умисною повільністю, що зводить нанівець права обвинуваченого, котрий підлягає рано чи пізно притягненню»⁴.

Повідомлення підозрюваного, обвинуваченого про характер і причини обвинувачення є обов'язком слідчого, прокурора, який вимагає активних дій від прокурора або слідчого. Недостатньо надавати підозрюваному, обвинуваченому інформацію тоді, коли він її запитує: ЄСПЛ наголосив, що такий обов'язок «сповна лежить на органі обвинувачення і не може бути виконаний пасивним шляхом забезпечення доступності інформації без доведення її до відома захисту». Від органів держави може знадобитися вжиття додаткових заходів, щоб привернути увагу підозрюваного, обвинуваченого до наявної інформації та забезпечити належне розуміння ним такої інформації. Той факт, що підозрюваний, обвинувачений має право на доступ до матеріалів справи або до інформації про докази, не звільняє прокурора, слідчого від обов'язку негайно і детально інформувати його про всю повноту обвинувачень проти нього.

Коли людину обвинувачують у вчиненні кримінального правопорушення, у органів державного обвинувачення виникає додатковий обов'язок вдаватися до активних дій задля надання цій людині докладної інформації про обвинувачення і щоб пересвідчитися в тому, що вона все це розуміє. Згідно з п. 3 ст. 6 (а) «кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього». Європейський суд з прав людини пояснив логіку цього положення: підозрюваному має бути надана інформація, яка необхідна для повного розуміння обсягу обвинувачень проти нього з метою підготовки адекватного захисту⁵.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод у п. 3 ст. 6 (b, c), визначаючи права «кожного, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення», вказує саме на право мати час і можливість, необхідні для підготовки свого захисту, а також захищати себе особисто чи використовувати правову допомогу захисника, обраного на власний розсуд, або, якщо він не має достатніх коштів для правової допомоги захисника, одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя⁶.

Принципи законного та правового захисту людини, її прав та свобод, також містить ч. 3 ст. 14 (d) Міжнародного пакту про громадянські й політичні права, а саме: кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення, як мінімум, на такі гарантії на основі цілковитої рівності: бути судженим в його присутності і захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захис-

ника; якщо він не має захисника, бути повідомленим про це право і мати призначеного йому захисника в будь-якому разі, коли інтереси правосуддя того вимагають, безплатно для нього у випадку, коли в нього немає достатньо коштів для оплати цього захисника⁷.

М. П. Орзіх зазначав, що «правозахисний механізм відносно прав і свобод людини включає поряд із нормативно-правовою інституціональну частину – органи і організації, для яких спеціальною компетенцією або статутним завданням (для громадських організацій) є захист прав і законних інтересів людини і громадянина, і інструментальну – придатні для ефективного застосування засоби охорони й захисту правового положення особи»⁸.

Наділення підозрюваного, обвинуваченого правом на захист ще не є забезпеченням у повному обсязі цього права. Воно тільки є передумовою забезпечення. Публічний характер кримінального процесу визначає обов'язок особи, яка провадить досудове розслідування, слідчого, прокурора, судді, суду до першого допиту підозрюваного, обвинуваченого роз'яснити право мати захисника (про що складається окремий протокол, де зазначається про відмову підозрюваного від захисника) та забезпечити їм можливість захищатися встановленими законом засобами захисту від пред'явленого обвинувачення (ст. 42 КПК). Це положення узгоджується з положеннями Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 6 п. 2 (с)), а також практикою Європейського суду з прав людини, який в рішенні у справі «Артико проти Італії» від 13 травня 1980 р. визнав, що у ст. 6 Конвенції йдеться про правову допомогу, а не про призначення захисника. Само призначення ще не є забезпеченням ефективної правової допомоги, призначений адвокат може через різні обставини (об'єктивні чи суб'єктивні) не виконати належним чином свої професійні обов'язки. Органи влади, «якщо вони поінформовані про це, повинні або замінити захисника, або примусити його виконувати свої професійні обов'язки»⁹.

Оскарження дій або бездіяльності може бути ефективним знаряддям для здобуття змін у національній системі кримінального судочинства, яке не дозволяє адекватно забезпечувати дотримання прав заарештованих осіб.

У ст. 303 КПК законодавець наводить вичерпний перелік рішень, дії, бездіяльність слідчого, прокурора, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування, та право на оскарження. Цей перелік не містить оскарження рішення слідчого, прокурора про те, що підозрюваного, обвинуваченого не ознайомлено з матеріалами досудового розслідування до його завершення, а це, щонайменше, порушення його права на захист і принципу рівності всіх учасників кримінального провадження перед законом і судом.

Сторона обвинувачення часто відмовляє підозрюваним, обвинуваченим і їх адвокатам у наданні для ознайомлення матеріалів досудового розслідування. Слідчі, прокурори надають доступ до мінімальної кількості документів, а суди самостійно визначають перелік матеріалів, які мають бути надані для ознайомлення, і це лише у випадку звернення до суду з відповідною скаргою, що суттєво обмежує можливості підозрюваного, обвинуваченого на справедливий розгляд справи.

Отже, особиста участь підозрюваного, обвинуваченого в захисті своїх законних прав та інтересів, відповідно до чинного кримінального процесуального законодавства, має право бути, але наскільки вона ефективна, вирішить сам підозрюваний, обвинувачений вже на своєму гіркому досвіді, якщо відмовиться від кваліфікованої правової допомоги захисника. Слід наголосити, що при захисті своїх прав особа може користуватися й міжнародним досвідом, оскільки відповідно до ст. 9 Основного Закону України «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України»¹⁰. Хоча, на нашу думку, у кожного підозрюваного та обвинуваченого повинен бути професійний захист в обов'язковому порядку, що збалансує кримінальний процес.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9–10. – № 11–12. – № 13. – Ст. 88.

² Лазарева В. А. Теория и практика судебной защиты в уголовном процессе / В. А. Лазарева. – Самара, 2000. – С. 44.

³ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>

⁴ Гловацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі : навч. посіб. / І. Ю. Гловацький. – К. : Атіка, 2003. – 352 с. – С. 130.

⁵ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Матточча проти Італії» від 25 липня 2000 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.eurocourt.org.ua/Article.asp?AIdx=286>

⁶ Європейська конвенція з прав людини (Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод), ухвалено 4 листопада 1950 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004

⁷ 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

⁸ Орзіх М. П. Міжнародно-правові стандарти і права людини в Україні / М. П. Орзіх // Право України. – 1992. – № 4. – С. 8.

⁹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Артико проти Італії» від 13 травня 1980 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/SO6472.html

¹⁰ Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

Резюме

Лук'янець О. О. Особиста участь підозрюваного, обвинуваченого у захисті своїх прав після завершення досудового розслідування.

Стаття присвячена дослідженню норм чинного кримінального процесуального законодавства України в межах захисту прав та законних інтересів підозрюваним, обвинуваченим самостійно, у разі відмови від захисника, після завершення досудового розслідування. Розглянуто деякі «підводні камені» такого захисту. Приділено увагу залученню стороною обвинувачення міжнародного досвіду Європейського суду з прав людини щодо роз'яснення підозрюваному, обвинуваченому всієї повноти обвинувачень проти нього.

Ключові слова: захист підозрюваним, обвинуваченим себе самостійно, сторона обвинувачення, повідомлення про підозру, ознайомлення з матеріалами кримінального провадження, правова позиція.

Резюме

Лукьянец А. А. Личное участие подозреваемого, обвиняемого в защите своих прав после завершения предварительного следствия.

Статья посвящена исследованию норм действующего уголовного процессуального законодательства Украины в пределах защиты прав и законных интересов подозреваемым, обвиняемым самостоятельно, в случае отказа от защитника, после завершения предварительного следствия. Рассмотрены некоторые «подводные камни» такой защиты. Уделено внимание привлечению стороной обвинения международного опыта Европейского суда по правам человека, по разъяснению подозреваемому, обвиняемому всей полноты обвинений против него.

Ключевые слова: защита подозреваемым, обвиняемым себя самостоятельно, сторона обвинения, уведомление о подозрении, ознакомление с материалами уголовного производства, правовая позиция.

Summary

Lukyanets O. Personal participation of the suspect, accused in protecting his rights after the preliminary investigation.

The article is devoted to investigation norms of the effective criminal procedural legislation of Ukraine within the protect rights and legal interests of the suspect, accused themselves, in case of refusal of defense counsel after the pretrial investigation. Examined some of the pitfalls of such protection. Attention is paid to the involvement of by the prosecution of international experience of the European Court of Human Rights, regarding the clarification to the suspect, accused of full accusations against him.

Key words: protection of suspects, by the accused themselves, the prosecution, notification of suspicion familiarization with the materials of criminal proceedings, the legal position.

УДК 343.85

Ю. О. ОБЕРЕМКО

Юлія Олексіївна Оберемко, здобувач Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПРН України

ЗАГАЛЬНОСОЦІАЛЬНЕ ЗАПОБІГАННЯ УМИСНИМ ВБИВСТВАМ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ З КОРИСЛИВИХ МОТИВІВ

У кримінологічній літературі під загальносоціальним запобіганням злочинності розуміється взаємозумовлена діяльність держави та громадськості, яка безпосередньо не спрямована на усунення причин кримінальних правопорушень, але сприяє створенню позитивних умов, які знижують ступень дії криміногенних чинників та поступово витісняють їх із суспільного життя¹. Об'єктом запобіжного впливу при загальносоціальному запобіганні виступають явища та процеси, що негативним чином позначаються на індивідуальній та колективній суспільній свідомості. Звідси, загальносоціальне запобігання умисним вбивствам із корисливих мотивів має бути спрямоване на нейтралізацію негативних явищ і процесів, що призводять до деформації колективної свідомості молоді та викликають у неї мотивацію до незаконного збагачення насильницьким шляхом. Йдеться про створення сприятливих соціально-економічних, соціально-культурних, морально-психологічних й побутово-дозвільних умов для повноцінного соціального становлення й розвитку молоді, а також подолання ілюзії безкарного незаконного збагачення.

Питанням загальносоціального запобігання корисливо-насильницької злочинності приділяли увагу такі вчені, як: Г. А. Аванесов, В. В. Голіна, Б. М. Головкін, О. М. Ігнатів, А. В. Півень та інші. Основне завдання загальносоціального запобігання умисним вбивствам із корисливих мотивів полягає у формуванні правової культури недоторканості чужої власності та не порушення права на життя особи. Тому, **метою статті** є аналіз комплексу багатопланових заходів, спрямованих на розширення легальних можливостей для підвищення рівня доходів, а також на подолання традицій незаконного збагачення серед молоді, у тому числі насильницьким шляхом.

© Ю. О. Оберемко, 2016

Погіршення умов життя і зниження рівня доходів населення вкрай звузили можливості легальних заробітків, що призвело до масового залучення молоді до злочинної діяльності корисливої спрямованості, у тому числі незаконного заволодіння майном насильницьким шляхом. Ринковий формат суспільних відносин формує нові життєві пріоритети і цілі життєдіяльності молоді, а саме необмежене споживання матеріальних благ та швидке досягнення багатства без належних трудових зусиль. Соціально невлаштована молодь розглядає ідею досягнення багатства нетрудовим шляхом як шанс одномоментно стати багатим і успішним, або хоча б на деякий час розширити досі недосяжні споживацькі можливості, відчутти «смак» життя, перевагу над іншими. Соціолог Р. К. Мертон, досліджуючи соціально-культурні витоки девіантної поведінки, зазначає, що антисоціальна поведінка набуває значних масштабів тоді, коли система культурних цінностей звеличує понад усе певні символи успіху, зокрема матеріальні, у той час як соціальна структура суспільства обмежує або повністю усуває доступ до загальноприйнятних засобів оволодіння такими символами². Отже, діяльність держави повинна бути спрямована на створення таких економічно сприятливих умов існування населення, які б дали змогу знизити серед молоді попит на багатство нетрудовим шляхом, виробити неприйнятне ставлення до усіх способів насильницького збагачення.

Нині існує низка нормативно-правових документів, які врегульовують питання державної молодіжної політики в Україні, серед них: закони України «Про загальні засади державної молодіжної політики в Україні»³, «Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні»⁴, Укази президента України «Про першочергові заходи щодо реалізації державної молодіжної політики та підтримки молодіжних громадських організацій»⁵, «Про заходи щодо забезпечення працевлаштування молоді»⁶, «Про стратегію розвитку державної молодіжної політики на період до 2020 року»⁷, Державна цільова соціальна програма «Молодь України» на 2016–2020 роки⁸ тощо. Так, на перший погляд, у державі створена сильна законодавча база у сфері молодіжної політики, однак насправді окремі її положення мають декларативний характер. Про це свідчать ті негативні тенденції, які останніми роками простежуються у сфері освіти та професійної підготовки, працевлаштування та соціального захисту молоді. Тому, заходи загальносоціального запобігання досліджуваної нами категорії злочинів у даній сфері мають бути спрямовані на: *покращення освітньо-професійної підготовки молоді, а також зайнятості та її соціального захисту.*

У сфері освітньо-професійної підготовки необхідно вжити заходів для того, щоб зробити всі рівні освіти доступними для молоді незалежно від її соціального становища. Нині не є секретом, що вступити до вищого навчального закладу мають можливість переважно молоді люди з матеріально забезпечених сімей, батьки яких мають відповідний соціальний статус. Дійсно, у навчальних закладах всіх рівнів акредитації формально існують пільгові, бюджетні місця, але соціально незахищені категорії молоді не можуть на них розраховувати через корумпованість та продажність системи освіти. Усвідомлюючи це, більшість навіть не виявляє бажання продовжувати позашкільне навчання. Так, наприклад за даними проведеного соціологічного дослідження «Молодь України – 2015», майже кожен п'ятий опитаний респондент віком 14–35 років не планує продовжувати навчання, оскільки впевнений, що в Україні неможливо безкоштовно вступити до того бажаного навчального закладу, а тих грошей, що вони мають, все одно не вистачає⁹. У зв'язку з цим, система освіти вимагає суттєвого реформування. Слід вжити заходів щодо: подолання корупційних проявів у навчальних закладах; збільшення державних замовлень на ті професії, які нині визнаються найбільш престижними; поліпшення умов вступу для малозабезпечених категорій молоді; надання талановитій молоді першочергового права на вступ (за результатами наукових конкурсів, олімпіад тощо); запровадження спрощеної (безвідсоткової) системи кредитування навчання.

Окрім цього, на пильну увагу з боку держави заслуговує та категорія молоді, яка націлена на здобуття професійно-технічної освіти. На жаль, на сьогодні ми спостерігаємо, як професійно-технічні заклади перебувають на межі закриття через брак коштів на їх фінансування. Незабаром може скластися ситуація, коли молодь із малозабезпечених сімей не зможе отримати робітничі професії. Тому, вкрай важливо вжити таких заходів, які б сприяли не лише збереженню системи професійно-технічної освіти, а й її удосконаленню. Цього можна досягти шляхом збільшення державного замовлення на підготовку робітничих кадрів, а отже, і збільшення обсягів державного фінансування професійно-технічної освіти; впровадження новітніх програм професійного навчання для підвищення професійного рівня випускників професійно-технічних навчальних закладів; запровадження безкоштовних курсів підвищення кваліфікації і перепідготовки молодих фахівців, а також шляхом популяризації робітничих професій.

Поряд із реформуванням системи освіти, вирішенню підлягає проблема *зайнятості та соціального захисту молоді* в Україні. Істотну частину безробітної молоді складають випускники професійно-технічних та вищих навчальних закладів, що здобули професію і вперше виходять на ринок праці¹⁰. За даними Державної служби статистики України, у 2015 р. рівень безробіття серед осіб віком 15–29 років становив 33,4 % і був більш як у двічі вищий, ніж цей показник серед всіх вікових груп, а вже у І кв. 2016 р. офіційний статус безробітного в державній службі зайнятості мали 282,0 тис. осіб віком до 35 років¹¹. Нагадаємо, що, за нашими дослідженнями, 73,3 % засуджених за вчинення умисних вбивств з корисливих мотивів мали статус безробітних і офіційного джерела прибутку на момент вчинення злочину не мали. Через відсутність практичних навичок роботи, молоді випускники не витримують конкуренції з більш досвідченими працівниками, а роботодавці звісно ж віддають перевагу останнім. Окрім цього, проведені у 2015 р. соціологічні опитування серед молоді показали, що однією з причин безробіття більшості респондентів є звільнення з попереднього місця роботи внаслідок скорочення штату або закриття підприємства¹². З огляду на це, для підвищення рівня

економічної активності та подолання безробіття в молодіжному середовищі необхідно: забезпечити виконання державою, взятого на себе зобов'язання щодо надання першого робочого місця випускникам вищих навчальних закладів; вжити заходів щодо заохочення підприємств, установ, організацій незалежно від виду діяльності – запровадити додаткові робочі місця; створити сприятливі умови для зайняття легальною підприємницькою діяльністю; організувати оплачувані громадські та інші види робіт тимчасового характеру із залученням молоді; вжити заходів, спрямованих на збалансування ринку освітніх послуг та ринку зайнятості серед молоді; налагодити взаємозв'язки між Центром зайнятості та роботодавцями щодо підбору працівників та працевлаштування молодих спеціалістів; забезпечити молоді соціальний захист, що передбачений загальнодержавним соціальним страхуванням у разі настання безробіття; ініціювати розробку державних та регіональних цільових програм, що сприятимуть реалізації державної молодіжної політики в сфері зайнятості, забезпечити їх фінансування та виконання.

Одним із напрямів соціального захисту молоді є підтримка молодих сімей. Відсутність економічної стабільності та соціальна малозахищеність призвели до того, що молоді люди зовсім по-іншому стали сприймати інститут сім'ї та шлюб. Більшість сучасної молоді не сприймає сім'ю як першооснову морального та духовного розвитку, а тому й бажання вступати в офіційний шлюб вони не виявляють. Натомість до їх пріоритетних цілей належать кар'єрні звершення та отримання достатньої кількості грошей. Відповідь на питання: «Чому матеріальні цінності переважають над духовними?» – досить проста. Нині, на шляху до створення сім'ї, молоді люди стикаються із низкою труднощів, у першу чергу, матеріального характеру. Так, наприклад, за результатами попередніх досліджень, кожна п'ята пара, яка проживає в незареєстрованому шлюбі, офіційно не реєструє його через відсутність коштів на придбання житла¹³. Саме тому, вкрай важливо з боку держави приділити увагу вирішенню житлової проблеми серед молоді. Для цього пропонуємо: забезпечити молоді сім'ї тимчасовим соціальним житлом; гарантувати молодим сім'ям право на отримання земельної ділянки для індивідуального житлового будівництва; вжити заходів для поліпшення житлових умов молодих сімей шляхом розвитку довгостроково молодіжного кредитування для придбання житла на вторинному ринку; посприяти молодим сім'ям у розвитку сімейного бізнесу шляхом пільгового кредитування; гарантувати молодим спеціалістам, що працюють у державних установах, право на приватизацію державного житлового фонду. Окрім цього, необхідно вжити заходів, спрямованих на відновлення та утвердження високого соціального статусу сім'ї у молодіжному середовищі шляхом: пропаганди статусу материнства та батьківства в засобах масової інформації; надання консультативної допомоги молоді, яка планує створити сім'ю; запровадити в загальноосвітніх закладах спеціальні навчальні курси із роз'яснення норм сімейного права. Доки у процесі формування цілей та основних завдань соціальної і молодіжної політики не буде визначено пріоритетність та соціальну значущість сім'ї, очікувати на вихід із соціальної і економічної кризи не варто¹⁴. Тому держава зі свого боку має вжити всіх заходів для того, щоб сприяти формуванню у молоді стійкої позитивної мотивації на створення сім'ї.

Важливу роль у запобіганні умисним вбивствам із корисливих мотивів відіграє створення сприятливих морально-психологічних та соціально-культурних умов існування молодіжного середовища. Сучасна молодь характеризується низьким рівнем моральності та духовності. Все частіше ми спостерігаємо випадки неповаги та проявів агресії до оточуючих з боку представників молодого покоління. Традиційні моральні цінності більше не сприймаються ними належним чином. Підвищення рівня корисливо-насиленої злочинності та загальне знецінення людського життя є яскравими прикладами цього. Натомість така популярна сьогодні західноєвропейська модель життя, яка зводиться передусім до споживання у широкому розумінні цього слова та отримання якомога більше матеріальних благ, активно засвоюється та підтримується молоддю. Людина та її життя поступово втрачають статус найвищої соціальної цінності, а гроші навпаки є мірою особистісної значущості. Якщо раніше молоде покоління засвоювало моральні норми та ідеали із первинного інституту соціалізації – сім'ї, то зараз воно орієнтується на норми та традиції близького побутового оточення, які найчастіше є аморальними. Тому держава поряд із вирішенням наявних соціально-економічних проблем має спрямувати свої зусилля на підвищення рівня законслухняності громадян у цілому й молоді зокрема. Для цього пропонуємо такий комплекс морально-психологічних та соціально-культурних заходів.

По-перше, необхідно щоб у суспільстві в цілому сформувалось стійке усвідомлення того, що людина, її життя та здоров'я, недоторканість та власність – визнаються найвищою соціальною цінністю. Розвивати та виховувати шанобливе ставлення до іншого у свідомості людини слід ще з раннього дитинства. З цією метою доцільним було б у загальноосвітніх навчальних закладах запровадити спеціальні культурно-освітні програми для дітей. Позитивний профілактичний ефект мало б видання та безоплатне поширення книжкової продукції серед молоді та молодих сімей з питань виховання дітей. Держава має докласти максимальних зусиль для того, щоб підняти на гідний рівень галузь культури і мистецтва для забезпечення культурних потреб молоді. Слід вжити заходів щодо схвалення тих соціальних програм, метою яких є сприяння морально-духовному розвитку молоді. До таких зокрема належать: Загальнодержавна цільова соціальна програма патріотичного виховання населення на 2013–2017 роки; Національна програма виховання дітей та учнівської молоді в Україні тощо.

Проблема формування духовних цінностей може бути вирішена і шляхом залучення церкви та поширення релігійних канонів у молодіжному середовищі. Адже, в основі християнських вчень лежать універсальні, загальнолюдські цінності: любов, мир, співчуття, толерантність та ін.

По-друге, необхідно обмежити негативний вплив засобів масової інформації на свідомість молоді. Беззаперечний факт, що мережа Інтернет є майже основним джерелом, з якого молоді люди отримують інфор-

мацію різного змісту. Проблема телевізійного та інтернет-насильства сьогодні набула надзвичайно великих масштабів. Більшість сучасних телевізійних програм містять сюжети насильницького, кримінального або порнографічного змісту. Існує безліч випадків, коли перегляд сцен насилля орієнтує молодь на агресивну модель поведінки, яку вони використовують у повсякденному житті. Для того, щоб захистити і без того вразливу свідомість молоді від негативного впливу ЗМІ, необхідно заборонити виготовлення та поширення друкованих видань, а також відеороликів у мережі Інтернет, які пропагують культ насильства та жорстокості, а також містять матеріали порнографічного змісту. Слід удосконалити законодавство, яким регулюється діяльність засобів масових комунікації, щодо посилення відповідальності за порушення заборони на трансляцію та перегляд певних видів фільмів та відео. Окрім цього, необхідно заборонити поширені нині «чати» та «інтернет-форуми», присвячені обговоренню наявних злочинних культур, азартних ігор та наркотиків.

По-третє, необхідно вжити заходів, спрямованих на подолання наявного в суспільстві правового нігілізму. Низький рівень правової культури, чисельні випадки порушення прав та інтересів людини зумовили поширення в суспільстві відчуття вседозволеності та безкарності. Отож, треба почати із підвищення рівня правосвідомості та правової культури громадян. З цією метою доцільно поширювати через засоби мас-медіа інформацію щодо правового виховання населення. Доречним було б розробити та затвердити комплексну державну програму правового виховання та культури населення. Необхідно відновити довіру громадян до держави, правоохоронних органів та державних чиновників, які мають виступати взірцем правомірної поведінки.

З метою запобігання криміналізації молодіжного середовища *необхідно створити сприятливі побутово-дозвільні умови* розвитку молоді. Дозвілля молоді – це невід’ємна складова соціального становлення та розвитку особистості, спосіб самовираження¹⁵. Для того, щоб відволікти увагу молоді від вуличного, кримінального способу життя, необхідно запропонувати їм альтернативні, корисні способи проведення вільного часу. Держава має вжити заходів, спрямованих на реалізацію програм залучення молоді до здорового способу життя та зайняття спортом. Слід забезпечити молоді рівні умови доступу до спортивно-оздоровчих та культурно-розважальних закладів та установ. Так, в Указі Президента «Про Національну доктрину розвитку фізичної культури і спорту» з метою формування в молоді сталих традицій та мотивацій щодо фізичного виховання і масового спорту як важливого чинника забезпечення здорового способу життя зазначається про необхідність: створення мережі сучасних спортивних споруд; удосконалення системи фізичного виховання у закладах дошкільної, загальноосвітньої, професійно-технічної та вищої освіти; реформування системи фізичної підготовки та масового спорту на підприємствах, установах та організаціях; стимулювання розвитку ринку оздоровчих, рекреаційних та реабілітаційних послуг, гарантування їх доступності та якості; створення умов для залучення до спорту соціально незахищених верств населення; підготовку за державним замовленням фахівців у навчальних закладах за напрямом «Фізична культура і спорт» та підвищення їх кваліфікації тощо¹⁶. Залученню молоді до здорового способу життя сприятиме і ведення розгорнутої інформаційно-пропагандистської роботи через засоби масової інформації, а також розвиток індустрії спортивно-оздоровчого відпочинку та молодіжного туризму.

На особливу увагу заслуговують заходи, спрямовані на *запобігання алкоголізації та наркотизації* молодіжного середовища. Нагадаємо, що, за даними проведених нами досліджень, 52,1 % осіб засуджених за вчинення умисних вбивств із корисливих мотивів мали алкогольну або наркотичну залежність. Статистичні дані Всесвітньої організації охорони здоров’я засвідчують, що наша держава посідає перше місце у світі за рівнем споживання алкоголю дітьми та молоддю. Так, 40 % молоді віком 14–18 років вже залучені до систематичного вживання алкоголю, а заборона на продаж алкогольних напоїв особам віком до 18 років – існує лише на папері¹⁷. Звісно ж, певна робота в цьому напрямі з боку держави ведеться, однак вона не має системного характеру та здебільшого націлена на запобігання поширенню наркоманії. З цією метою була схвалена «Стратегія державної політики щодо наркотиків на період до 2020 року», яка передбачає комплекс заходів, спрямованих на зменшення обсягів незаконного обігу наркотиків, зниження попиту на них та подолання наркоманії¹⁸.

Для того, щоб зменшити кількість алко- і наркозалежної молоді пропонуємо такі заходи загальносоціального характеру: запровадити у загальноосвітніх навчальних закладах програми профілактики вживання алкогольних напоїв та наркотичних засобів; вести протиалкогольну та протинаркотичну пропаганду шляхом поширення інформації щодо формування в населення негативного ставлення до алкоголю та наркотиків; вжити заходів, спрямованих на раннє виявлення осіб, схильних до зловживання алкоголем або наркотиками та надання їм реабілітаційної допомоги; посилити відповідальність за продаж особам, що не досягли 18-річного віку, алкогольних напоїв; надавати фінансову державну допомогу громадським організаціям та об’єднанням, які займаються антиалкогольною та антинаркотичною діяльністю; забезпечити державну підтримку наукових досліджень, спрямованих на розробку новітніх форм та методів профілактики та реабілітації алко- і наркозалежних осіб; ініціювати розробку та прийняття законопроекту «Про запобігання та профілактику алкоголізму». Зазначені вище заходи допоможуть знизити рівень вживання алкогольних напоїв та наркотичних засобів серед молоді та сприятимуть загальному оздоровленню молодіжного середовища.

Таким чином, реалізація запропонованого комплексу загальносоціальних заходів дасть змогу створити сприятливі умови для повноцінного розвитку молоді та обмежить дію тих негативних явищ та процесів, що зумовлюють криміналізацію молодіжного середовища.

- ¹ Аванесов Г. А. Криминология и социальная профилактика: учебник / Г. А. Аванесов. – М.: Академия МВД СССР, 1980. – С. 399.
- ² Мертон Р. Социальная структура и аномия // Социология преступности (Современные буржуазные теории). – М.: Пресс, 1966. – С. 299–313.
- ³ Декларація про загальні засади державної молодіжної політики в Україні // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 16. – Ст. 166.
- ⁴ Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні : Закон України від 05.02.1993 р. № 2998-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 16. – Ст. 167.
- ⁵ Про першочергові заходи щодо реалізації державної молодіжної політики та підтримки молодіжних громадських організацій : Указ Президента України від 06.10.1999 №1284/99 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 40. – Стор. 34.
- ⁶ Про заходи щодо забезпечення працевлаштування молоді : Указ Президента України від 06.10.1999 № 1285/99 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 40. – Стор. 34.
- ⁷ Про стратегію розвитку державної молодіжної політики на період до 2020 року: Указ Президента України від 27.09.2013 р. № 532/2013 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 76. – Ст. 2815.
- ⁸ Державна цільова соціальна програма «Молодь України» на 2016–2020 роки : схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 30.09.2015 р. № 1018-р // Офіційний вісник України. – 2015. – № 80. – Ст. 2683.
- ⁹ Молодь України – 2015. – К.: ІП «ГФК ЮКРЕЙН». – С. 23.
- ¹⁰ Іваницька С. Б., Мороховець І. О. Проблема безробіття молоді України // Ефективна економіка. – 2015. – № 9. – С. 1–6.
- ¹¹ Молодь на ринку праці [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dcz.gov.ua/statdatacatalog/document?id=350805> – Назва з екрана.
- ¹² Молодь України – 2015. – К.: ІП «ГФК ЮКРЕЙН», 2015. – С. 29.
- ¹³ Сім'я та сімейні відносини в Україні: сучасний стан і тенденції розвитку. Авторський колектив під керівництвом акад. НАН України Лібанової Е. М. – К.: ТОВ «Основа-принт». – С. 115–121.
- ¹⁴ Національно-патріотичне виховання – державний пріоритет національної безпеки. Щорічна доповідь Президенту України, Верховній Раді України про становище молоді в Україні (за підсумками 2014 року) / Держ. ін-т сімейної і молодіжної політики; [редкол. Жданов І. О., Беляєва І. І., Митрофанський С. Ф. та ін.]. – К.: 2015. – С. 88.
- ¹⁵ Головкин Б. М. Запобігання криміналізації молодіжного середовища // Питання боротьби зі злочинністю. – Х.: Право, 2012. – Вип. 23. – С. 85.
- ¹⁶ Про національну доктрину розвитку фізичної культури і спорту : Указ президента України від 28.09.2004 р. № 1148/2004 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 39. – Ст. 2584.
- ¹⁷ Алкоголь убивает более 40 000 украинцев каждый год [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://tvereza.info/sobriety/today/utoday_ru.html – Назва з екрана.
- ¹⁸ Стратегія державної політики щодо наркотиків на період до 2020 року : затв. Розпорядженням Каб. Міністрів України від 28 серп. 2013 р. № 735-р // Офіц. Вісн. України. – 2013. – № 76. – Ст. 2829.

Резюме

Оберемко Ю. О. Загальносоціальне запобігання умисним вбивствам, що вчиняються з корисливих мотивів.

Статтю присвячено питанням загальносоціального запобігання умисним вбивствам, що вчиняються із корисливих мотивів. Розглянуто комплекс заходів, реалізація яких є необхідною для створення сприятливих соціально-економічних, соціально-культурних, морально-психологічних та побутово-дозвільних умов розвитку молоді.

Ключові слова: загальносоціальне запобігання, криміналізація молодіжного середовища, державна молодіжна політика, соціальний захист молоді.

Резюме

Оберемко Ю. А. Общесоциальное предупреждение умышленных убийств, совершенных по корыстным мотивам.

Статья посвящена вопросам общесоциального предупреждения умышленных убийств, совершенных по корыстным мотивам. Рассмотрено комплекс мер, реализация которых будет способствовать созданию благоприятных социально-экономических, социально-культурных, морально-психологических и бытовых условий развития молодежи.

Ключевые слова: общесоциальное предупреждение, криминализация молодежной среды, государственная молодежная политика, социальная защита молодежи.

Summary

Oberemko Y. General social prevention of homicides committed for personal gain.

The article is devoted to issues of general social prevention of homicides committed for personal gain. Considered a range of measures, the implementation of which will contribute to the creation of favorable socio-economic, socio-cultural, moral, psychological and living conditions for youth development.

Key words: general social prevention, criminalization of youth environment, state youth policy, social protection of young people.

С. С. ШРАМКО

Сабріє Сейтжелієвна Шрамко, науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташи-са НАПрН України

ОЦІНКА ЕФЕКТИВНОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ ГРОМАДСЬКОСТІ ЩОДО ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИННОСТІ В УКРАЇНІ

Серед актуальних питань, що виникають у процесі дослідження громадськості як суб'єкта запобігання злочинності, першочергове значення має оцінка ефективності її діяльності. Це природно, адже оцінка досягнутих результатів на відповідність встановленим критеріям сприяє підвищенню функціональної ефективності та результативності діяльності громадськості, дає змогу формувати систему мотивації та поведінкові стратегії, є дієвим засобом забезпечення належної взаємодії суб'єктів запобігання злочинності різних рівнів та їх вдосконалення.

Запобігання злочинності охоплює різноманітні сфери суспільного життя, що передбачає цілеспрямовану діяльність державних органів і громадськості. Сьогодні в багатьох країнах світу основним підходом до ефективного впливу на злочинність стає її контролювання, здержування на певному рівні, що припускає відповідну стратегію і тактику боротьби з нею: соціальне реформування, вдосконалення законодавства і правозастосовчої діяльності, пенітенціарної практики, винахід і розробка економічних і результативних заходів запобігання злочинності. Іншими словами, ефективність боротьби зі злочинністю оцінюється спроможністю держави утримувати припустимий рівень злочинності в країні¹.

За радянських часів у науковій літературі та на практиці неодноразово порушувалося питання щодо необхідності підвищення ефективності громадського впливу в запобіганні правопорушень та злочинної поведінки. Наприклад, В. П. Чистяков писав, що проблема ефективності належить до числа «наскрізних», однаково важливих як для державних органів, так і для громадських формувань, особливо при вирішенні завдань щодо укріплення законності та правопорядку. Він наголошував, що в загальному виді ефективність діяльності наявних форм участі громадськості в підтриманні правопорядку і боротьбі з правопорушеннями полягає в досягненні максимальних результатів при реалізації поставлених цілей та завдань².

У науці проблематиці дослідження ефективності у сфері боротьби зі злочинністю та її оцінці приділяється значна увага. Зокрема, розробці положень стосовно ефективності системи запобігання злочинності та діяльності органів кримінальної юстиції присвячено праці В. І. Борисова, В. В. Голіни, А. Е. Жалінського, А. П. Закалюка, В. С. Зеленецького, Н. В. Глинської, О. М. Литвинова, А. І. Марцева, С. В. Максимова, С. С. Мірошниченка, О. В. Сердюка, А. Х. Степанюка, О. Ю. Шостко, І. С. Яковець. Водночас, не зважаючи на ґрунтовний науковий аналіз зазначених питань, проблема ефективності діяльності громадськості щодо запобігання злочинності ученими не розглядалася.

Метою статті є визначення на підставі аналізу сучасного стану участі громадськості в запобіганні злочинності критеріїв оцінки її ефективності.

Науковцями справедливо зазначається, що ефективність функціонування системи в цілому та її складових залежить від багатьох об'єктивних та суб'єктивних чинників, до яких передусім слід віднести рівень організованості самої системи, досконалість її структури, ступінь взаємодії з іншими спорідненими системами при вирішенні загальних завдань запобігання злочинності³. Виходячи із положень теорії управління, ефективність у найбільш загальному розумінні повинна відповідати наступним умовам: поєднанню інтересів суспільства, колективу та особи в регульованій сфері діяльності; викликати інтерес до справжніх, а не вигаданих результатів; відбивати об'єктивний результат цілеспрямованої діяльності та гарантувати користь змін; володіти властивістю об'єктивної порівнянності⁴.

У сфері запобігання злочинності вимір та оцінка ефективності здійснюється на всіх рівнях управління для досягнення різних цілей. У спрощеному вигляді, співвідношення між метою та досягнутим результатом є показником ефективності. Ефективність запобігання злочинності залежить від умов ефективності – вимог до якості організації та здійснення запобіжної діяльності і стану середовища, в якому вона реалізується. Ними охоплюються різні позиції ресурсного забезпечення запобігання злочинності, які включають наукові, правові, організаційні, інформаційні та інші аспекти її здійснення⁵. О. М. Литвинов вказує, що визначення ефективності запобігання злочинності частіше передують формулюванню теоретичного висновку або методичної рекомендації щодо закономірностей функціонування системи, шляхів її вдосконалення; в основу управлінського рішення закладена оцінка ефективності⁶.

У загальному сенсі *ефективність* – це співвідношення фактичного результату з поставленою метою. У криминологічній літературі під *ефективністю* розуміється комплекс параметрів запобіжної системи, які забезпечують усвідомлення соціальних потреб у запобіжній діяльності, переведення їх у систему очікуваних

цілей та отримання відповідних до них результатів. Разом із тим *ефективність* – категорія оцінна, і як така здатна відігравати важливу роль в управлінні різними видами соціальної діяльності, у тому числі запобіжною діяльністю громадськості.

Оцінка ефективності діяльності громадськості в запобіганні злочинності має ґрунтуватися на певних критеріях, за якими визначається ефективність функціонування цього суб'єкту запобігання злочинності. Під оцінкою ми розуміємо ставлення до соціальних явищ, людської діяльності, поведінки, встановлення їх значущості, відповідність окремим нормам та принципам моралі (схвалення чи осуд, згода чи критика). Оцінка, у першу чергу, – пізнання спрямованості діяльності, тобто, встановлення таких завдань, які свідчили б про настання чи відсутність бажаних результатів, об'єктивне визначення фактичного стану справ. Дослідники у сфері діяльності державної кримінально-виконавчої служби України вважають, що оцінка її ефективності має сприяти тому, щоб структурні підрозділи цієї служби комплексно вирішували поставлені перед ними завдання. У зв'язку з цим вчені вказують на ймовірність безпредметності проводжуваної ДКВС діяльності без проведення якісної оцінки⁷.

Визначення критеріїв оцінки ефективності стимулюватиме вирішення конкретних завдань та досягнення певної мети. Тут під метою ми маємо на увазі очікуваний майбутній або досягнутий результат якоїсь діяльності. Але мета – якісна категорія, що не може бути безпосередньо використана для виміру результатів ефективності. Оскільки самі собою критерії не дають можливості результативно оцінити ефективність запобіжної діяльності громадськості, необхідна розробка *показників вимірювання ефективності*, представлених конкретними цифрами, з поділом на кількісні, якісні та показники результативності⁸. Вибір показників визначається змістом цілей, що є, так би мовити, ідеальним критерієм ефективності. Ці показники певною мірою умовні та не можуть повністю відобразити всі напрями досліджуваного інституту. Однак їх введення значно полегшить завдання виміру результатів функціонування інституту громадського запобігання злочинності, оцінки його ефективності та розробки шляхів її підвищення⁹. Іншими словами, одним із головних завдань у процесі оцінки ефективності є постановка правильного діагнозу: вирішити, які напрями діяльності слід укріплювати та розвивати, а які перебувають на бажаному рівні¹⁰.

Зазвичай на практиці ефективність запобіжної діяльності громадськості майже не співвідноситься з досягнутими позитивними змінами в запобіганні злочинності. За зауваженням А. П. Закалюка, на перший план при оцінці ефективності діяльності громадських формувань нерідко ставляться кількісні показники: кількість їх членів, проведені за їх участю заходи, виявлені та затримані правопорушники, не враховуючи того, які сприятливі зміни досягнуті завдяки громадському впливу в моральній та правовій свідомості останніх¹¹. Підтримуючи цю думку, ми вважаємо, що при визначенні ефективності громадського запобіжного впливу на злочинність, не слід спиратися лише на кількісні показники, оскільки вони не можуть повною мірою відобразити реальний стан справ у сфері запобігання злочинності. Якщо звернутися до офіційних даних щодо показників кількості та чисельності громадських формувань правоохоронної спрямованості, які створюються безпосередньо для запобігання та припинення адміністративних правопорушень і злочинів, захисту життя та здоров'я громадян, інтересів суспільства і держави від протиправних посягань, слід було б визнати, що така форма участі громадськості не виправдовує себе. За останні десять років кількість зазначених громадських формувань знизилась майже на 75 %. Водночас результативність тих формувань, що діють, свідчить про інше, а саме – суттєвий опір поширенню злочинності.

Відмітимо, що діє й така форма участі окремих громадян та їх об'єднань, статистичних даних щодо діяльності яких не існує, а тому виміряти їх ефективність у кількісних показниках неможливо. Так, наприклад, важко поррахувати скільки злочинних намірів не вдалося втілити завдяки своєчасному громадському впливу, або наскільки підвищився стан правосвідомості населення, знизився рівень віктимізації населення або ступінь його страху перед злочинністю.

З огляду на зазначене, методологія оцінки ефективності запобіжної діяльності громадськості має виходити із розуміння й урахування *організації* запобіжної діяльності громадськості та *діяльності* громадськості щодо запобігання злочинності.

Ефективність запобіжної діяльності громадськості багато в чому залежить від організаційно-управлінських умов механізму забезпечення такої діяльності. Зосередження уваги на організаційно-управлінському процесі забезпечення діяльності у сфері запобігання злочинності зумовлюється тим, що він формує, регулює, керує, координує, узгоджує, забезпечує взаємодію в ході загальної діяльності державних органів та установ, громадських формувань та окремих громадян¹². Сутність організаційних питань полягає в тому, щоб кожен, хто включений в управління процесами боротьби зі злочинністю мав на це необхідні права та ніс в їхніх межах повну відповідальність¹³. Отже, діяльність громадськості щодо запобігання злочинності також має бути організаційно забезпеченою, а саме потребує інформаційного забезпечення, належної взаємодії та правового регулювання. Залучення представників громадськості до діяльності із запобігання злочинності та організація їх участі головним чином покладається на органи державної влади, у першу чергу, правоохоронні. Це стосується насамперед громадських формувань правоохоронної спрямованості, які створюються та діють відповідно до чинного законодавства України¹⁴. Щодо окремих громадян або їх самоорганізацій, то їх запобіжна діяльність також має координуватися та певним чином узгоджуватися. За слушною думкою деяких учених, сама ціль може бути соціально корисною, але шлях її досягнення може дискредитувати поставлені завдання¹⁵.

При опитуванні співробітників правоохоронних органів на питання, чи існує потреба в залученні громадськості до запобігання злочинності, ствердно відповіло 54 % респондентів, утім тільки 38 % з числа опи-

туваних спираються у своїй професійній діяльності на потенціал громадськості*. Своєю чергою, опитування пересічних громадян країни (2400 респондентів) дали такі результати: на питання, чи є потреба в участі громадськості у запобіганні злочинності, 83 % відповіли «так», але готовність допомагати та взаємодіяти з правоохоронними органами виявили лише 68 % респондентів. Такий стан пояснюється відсутністю розуміння щодо організації такої діяльності та її втілення у практичну площину, що говорить про застарілість чинної системи залучення громадськості до запобігання злочинності, її організації та управління. Наведене свідчить про необхідність упровадження змін, застосування нових підходів до механізму організації та управління запобіжною діяльністю громадськості з урахуванням реалій сьогодення.

Важливою умовою успішної діяльності із запобігання злочинності є налагоджена співпраця між органами влади, місцевого самоврядування, правоохоронними органами та громадськістю. Разом із тим, як показує практика, на даний час відсутня належна державна підтримка діяльності громадськості. Органами влади та місцевого самоврядування приділяється незначна увага до створення умов для успішної роботи громадських формувань правоохоронної спрямованості, які вже діють, не говорячи про пропаганду такої участі та залучення нових членів із числа активних громадян. Також на низькому рівні перебуває організація правової освіти членів громадських об'єднань та навчання їх формам і методам боротьби зі злочинністю. Залишає бажати кращого й матеріально-технічне забезпечення такої діяльності, що, звісно, заважає залученню нових членів до громадських формувань правоохоронної спрямованості¹⁶.

Щодо нормативного забезпечення діяльності громадськості слід зазначити таке. У нормах національного законодавства передбачається участь громадськості у заходах щодо запобігання злочинності. Прийнятий у 2000 р. Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку та державного кордону» регулює діяльність громадських формувань правоохоронної спрямованості, що створюються безпосередньо для запобігання та припинення адміністративних та кримінальних правопорушень, а також охорони державного кордону. Зокрема, в Україні створено та запроваджено інститут громадських та наглядових рад, які діють при міністерствах, органах центральної виконавчої влади та влади на місцях. Тобто залучення громадянського суспільства до формування та реалізації державної політики у сфері боротьби зі злочинністю закріплено, а дієвий механізм реалізації та використання запобіжного потенціалу громадськості відсутній. Звідси виникають складнощі в установленні партнерських відносин з органами державної влади, зокрема правоохоронними, що викликає зниження суспільного інтересу до співробітництва у сфері запобігання, припинення та розкриття кримінальних правопорушень.

Ефективність громадського запобіжного впливу на злочинність залежить від того, які засоби та методи використовуються громадськістю для досягнення мети. Говорячи ж про мету, яку переслідує у своїй запобіжній діяльності громадськість, то в загальному плані – це руйнівний вплив на злочинність. Громадяни України відповідно до Конституції України створюють в установленому законом¹⁷ порядку громадські об'єднання для участі в охороні громадського порядку і державного кордону, сприяння органам місцевого самоврядування, правоохоронним органам, Державній прикордонній службі України та органам виконавчої влади, а також посадовим особам у запобіганні та припиненні адміністративних правопорушень і злочинів, захисті життя та здоров'я громадян, інтересів суспільства і держави від протиправних посягань, а також у рятуванні людей і майна під час стихійного лиха та інших надзвичайних обставин. Тобто спрямованість такої самоорганізації громадян полягає в здійсненні громадського запобіжного впливу на злочинність. Громадський вплив є одним з інструментів регулювання життя суспільства, відносин особистостей у соціальному середовищі, запобігання їх конфліктній (протиправній) взаємодії. І однією з важливих сфер громадського впливу є спрямованість на забезпечення правопорядку та запобігання його порушенню. Він за допомогою соціально-психологічного механізму забезпечує дотримання прийнятих у суспільстві норм правомірної поведінки, а також є засобом соціального контролю та корекції поведінки особи згідно із встановленими нормами та вимогами. Змістовна відмінність полягатиме тільки у використанні тих чи інших форм (засобів) та методів досягнення зазначеної мети.

Антикриміногенний потенціал громадськості характеризується значною мірою впливу на широке коло криміногенних чинників. Громадськість може проявляти свою антикримінальну активність на початкових етапах криміногенної детермінації, у той час, коли причини та умови злочинів тільки виникають і ще не має підстав для втручання правоохоронних органів у процес цієї детермінації. Перевагою запобігання злочинам за допомогою громадськості є також неформальний характер значної частини превентивних заходів, які засновані на моральному авторитеті, можливостях сім'ї та побутового оточення. Сила громадської думки може позитивно впливати на зміни в особистості правопорушників та підкріплювати свідомість законослухняних громадян у правильності життя й діяти приписами закону.

Проведений аналіз статутів громадських формувань з охорони громадського порядку, дав можливість установити, що їхніми основними завданнями є: надання допомоги органам внутрішніх справ у забезпеченні громадського порядку і громадської безпеки; запобігання адміністративним правопорушенням; інформування органів внутрішніх справ про вчинені злочини або злочини, що готуються; сприяння органам внутрішніх справ у виявленні та розкритті злочинів, розшуку осіб, які їх вчинили, захисту інтересів держави, підприємств, установ, громадян від злочинних посягань; участь у забезпеченні безпеки дорожнього руху; боротьба

* *Примітка.* В опитуванні взяли участь 470 співробітників правоохоронних органів з усіх обласних центрів України, крім Донецької, Луганської областей та АР Крим.

з дитячою бездоглядністю і правопорушеннями неповнолітніх; надання невідкладної допомоги особам, що потерпіли від нещасних випадків чи правопорушень; контроль за дотриманням громадського порядку тощо.

На нашу думку, перелічені завдання громадських формувань декілька звужені. Важливим є також організація добровольцями заходів з роз'яснення громадянам законодавства України й проведення виступів у засобах масової інформації та перед населенням з метою запобігання правопорушень та впливу на осіб, схильних до антигромадських вчинків. Наприклад, антикорупційна діяльність громадських об'єднань та окремих громадян здійснюється за такими напрямками: нагляд за додержанням антикорупційного законодавства; замовлення та проведення антикорупційної експертизи нормативно-правових актів; моніторингу запобігання злочинів та правопорушень корупційної спрямованості; здійснення громадського контролю при прийнятті владних рішень щодо розподілу та використання державних коштів; повідомлення про виявлені факти вчинення корупційних дій; поширення правових знань та антикорупційних настанов серед населення тощо.

Нами було запропоновано співробітникам правоохоронних органів оцінити результативність діяльності громадськості щодо підтримки правопорядку на вулицях. Результати відповідей виявилися такими: цілком позитивно оцінило 19 % опитуваних; скоріше позитивно, ніж ні – 30 %; скоріше негативно, ніж ні – 20 %; негативно – 11 %; нейтральна оцінка у 20 % респондентів. Ті хто оцінив результативність діяльності громадськості щодо підтримки правопорядку на вулицях негативно або скоріше негативно, ніж ні пояснили відповіді таким чином: 12 % вважають, що громадськість недостатньо активна; на думку 9 % сама громадськість зневірена у своїй діяльності; 25 % пояснили це слабкою координацією та підтримкою населенням заходів правоохоронних органів; діяльність юридично неврегульована – вважають 25 %.

Громадськість як суб'єкт запобігання злочинності покликана надавати всебічну допомогу та підтримку органам державної влади, зокрема правоохоронним, у заходах щодо запобігання та протидії злочинності. А тому її запобіжна діяльність, на наше переконання, має відповідати певним вимогам. Що стосується спеціалізованих об'єднань громадян, то відповідно до Закону України «Про участь громадян в охороні громадського порядку та державного кордону» від 22 червня 2000 р. № 1835-III членами громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону можуть бути громадяни України, які досягли 18-річного віку, виявили бажання брати участь у зміцненні правопорядку і в охороні державного кордону та здатні за своїми діловими, моральними якостями і станом здоров'я виконувати на добровільних засадах взяті на себе зобов'язання. Члени громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону можуть брати участь у забезпеченні правопорядку та охороні державного кордону за місцем реєстрації цих об'єднань та лише після проходження відповідної правової та спеціальної підготовки в органах Національної поліції, підрозділах Державної прикордонної служби України і одержання в органі місцевого самоврядування посвідчення члена громадського формування і нарукавної пов'язки, зразки яких затверджуються Кабінетом Міністрів України. Підготовка членів зазначених громадських формувань здійснюється у порядку, що встановлюється Міністерством внутрішніх справ за погодженням із спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у справах охорони державного кордону України.

Слід також додати, що громадські формування з охорони громадського порядку і державного кордону проводять свою діяльність під контролем органів Національної поліції, підрозділів Державної прикордонної служби України. При опитуванні співробітників правоохоронних органів ми намагалися з'ясувати їх думку щодо того, чи можуть громадяни або їх об'єднання здійснювати заходи із запобігання злочинності самостійно, не взаємодіючи та не координуючи свою діяльність із правоохоронними органами. Негативно відповіли 84 % опитуваних. На питання, у яких формах, на їх думку, має здійснюватися діяльність громадськості із запобігання злочинності, 70 % респондентів відповіло, що це мають бути офіційно зареєстровані формування, що діють на підставі статуту.

При дослідженні сутності вимог, що ставляться до громадськості як до суб'єкта запобігання злочинності, слід виходити із базових принципів суспільного буття людини. Це дотримання правових і моральних норм, правил, загальнолюдської культури, послідовності та вимогливості у вирішенні поставлених завдань. Такі якості є підґрунтям для уникнення або зведення до мінімуму супутніх небажаних результатів, що можуть настати під час громадського запобіжного впливу.

На підставі викладеного критеріями оцінки ефективності діяльності громадськості щодо запобігання злочинності слід вважати: 1) поширеність участі та якісний склад залучених осіб; 2) мету запобіжного впливу; 3) організаційно-управлінське забезпечення такої діяльності; 4) відповідність встановленим вимогам (законності) при використанні певних засобів і методів; 5) ступінь досягнення поставлених завдань; 6) стійкість отриманого запланованого результату та ставлення суспільства до результатів діяльності. На наш погляд, застосування такого комплексного підходу до оцінки ефективності діяльності громадськості як суб'єкта запобігання злочинності дасть змогу об'єктивно визначити фактичний стан справ та сприятиме удосконаленню системи громадського запобіжного впливу на злочинність в Україні.

¹ Голіна В. В. Деякі питання ефективності попередження злочинності / В. В. Голіна // Питання конституційно-правового статусу прокуратури України та удосконалення її діяльності: зб. наук. праць. / ред. кол. : Л. М. Давиденко, П. М. Каркач та ін. – Х. : ПК Генеральної прокуратури України, 1999. – С. 237.

² Чистяков В. П. Некоторые вопросы повышения эффективности социально-политической активности трудящихся в сфере охраны общественного порядка // Взаимодействие органов внутренних дел с общественностью по обеспечению охраны

общественного порядка : сб. науч. тр. – К. : Науч.-исслед. и редакц.-издат. отдел Киевской высшей школы МВД СССР им. Ф. Э. Дзержинского, 1982. – С. 38–45. – С. 38.

³ Лопушанский Ф. А. Следственная профилактика преступлений: опыт, проблемы, решения / Ф. А. Лопушанский. – К. : Наук. думка, 1980. – С. 50.

⁴ Большая советская энциклопедия : в 51 т. – Т. 49 / гл. ред. Б. А. Введенский. – Изд. 2-е – М. : Больш. сов. энцикл., 1954. – С. 284–286.

⁵ Голіна В. В. Вказана праця. – С. 235.

⁶ Литвинов А. Н. Предупреждение преступлений и правонарушений. Профилактическая работа с населением: научно-практическое пособие / А. Н. Литвинов. – М. : ЮРКНИГА, 2004. – С. 111.

⁷ Степанюк А. Х. Ефективність діяльності державної кримінально-виконавчої служби України / А. Х. Степанюк, О. С. Четверикова, І. С. Яковець : наук.-практ. посіб. / за заг. ред. А. Х. Степанюка. – Х. : Кроссеруд, 2009. – С. 27.

⁸ Бабенко В. І., Руденко М. В. Прокурор у галузі охорони довілля: сутність, повноваження, організація: навч. посіб. – К. : Вид. дім «Ін Юре», 2005. – С. 201–202.

⁹ Левакова Э. Н. Проблемы повышения эффективности общественного обвинения и защиты / Э. Н. Левакова // Проблемы участия общественности в борьбе с преступностью. – М. : МЮИ, 1978. – С. 123.

¹⁰ Степанюк А. Х. Вказана праця. – С. 27.

¹¹ Закалюк А. П. Общественное воздействие и предупреждение правонарушений / А. П. Закалюк. – К. : Наук. думка, 1975. – С. 107–108.

¹² Литвинов А. Н. Вказана праця. – С. 34.

¹³ Аванесов Г. А. Криминология : учебник 2-е изд. перераб. и доп. / Г. А. Аванесов. – М. : Изд-во Акад. МВД СССР, 1984. – С. 452.

¹⁴ Про участь громадян в охороні громадського порядку та державного кордону : Закон України від 22 червня 2000 р. № 1835-III // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 40. – Ст. 338.

¹⁵ Степанюк А. Х. Вказана праця. – С. 35.

¹⁶ Шрамко С. С. Взаємодія правоохоронних органів із громадськістю у сфері запобігання злочинності / С. С. Шрамко // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. // редкол. : В. І. Борисов та ін. – Х. : Право, 2013. – Вип. 26. – С. 325.

¹⁷ Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону : Закон України від 22 червня 2000 р. № 1835-III // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 40. – Ст. 338.

Резюме

Шрамко С. С. Оцінка ефективності діяльності громадськості щодо запобігання злочинності в Україні.

У статті досліджується питання ефективності діяльності громадськості як суб'єкта запобігання злочинності. Наведені теоретичні положення щодо визначення оцінки ефективності громадського запобіжного впливу. На підставі аналізу організації та діяльності громадськості щодо запобігання злочинності запропоновані критерії оцінки її ефективності.

Ключові слова: громадськість; запобігання злочинності; ефективність; критерії оцінки ефективності; громадський запобіжний вплив.

Резюме

Шрамко С. С. Оценка эффективности деятельности общественности по предупреждению преступности в Украине.

В статье исследуются вопросы эффективности деятельности общественности как субъекта предупреждения преступности. Приведены теоретические положения относительно определения оценки эффективности общественного предупредительного воздействия. В результате анализа организации и деятельности общественности по предупреждению преступности предложены критерии оценки их эффективности.

Ключевые слова: общественность; предупреждение преступности; эффективность; критерии оценки эффективности; общественное предупредительное воздействие.

Summary

Shramko S. The assessment of performance of the public activity on crime prevention in Ukraine.

The aspects of the public activity as a subject of crime prevention have been analyzed in the article. The theoretical conditions of the determination of the assessment of performance of the public prevention influence have been considered. On the basis of the analysis of the public organization and activity on crime prevention the author proposed the criteria of the assessment of its performance.

Key words: the public; crime prevention; performance; criteria of the assessment of performance; the public prevention influence.

О. О. ШУМІЛО

Ольга Олексіївна Шуміло, аспірантка Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

МІЖНАРОДНИЙ І ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ЗАПОБІГАННЯ ЖОРСТОКОМУ ПОВОДЖЕННЮ З ТВАРИНАМИ

Поліпшенню ефективності запобігання тому чи іншому виду злочинності сприяє, як відомо, вивчення прогресивного досвіду, запозичення найкращих світових практик. Тому з метою оптимізації й удосконалення діяльності суб'єктів запобігання жорстокому поводженню з тваринами в Україні необхідно проаналізувати й узагальнити відповідні стратегії, що використовуються у провідних державах, зокрема, країнах-учасницях ЄС і США. При цьому слід звернути увагу на деякі важливі аспекти, визначення яких допоможе розв'язати конкретне наукове завдання. Під такими вузловими питаннями ми розуміємо: 1) регіональні рамкові стандарти захисту тварин від жорстокого поводження; 2) кримінальне законодавство, що регламентує відповідальність за жорстоке поводження з тваринами; 3) правове регулювання чисельності безхатніх тварин, а також інші загально соціальні й спеціально-кримінологічні заходи, вжиття яких є складовою державної політики країн ЄС і США у сфері запобігання злочинності та охорони довкілля.

Беручи до уваги підписання Україною Угоди про асоціацію з ЄС, що передбачає інтенсифікацію політичних, безпекових, економічних і культурних відносин, включаючи насамперед гармонізацію вітчизняного законодавства із європейською нормативно-правовою базою, вважаємо за необхідне детально розглянути захист тварин від жорстокого поводження вказаній правовій системі. Законодавство ЄС у сфері забезпечення добробуту тварин слід умовно поділити за об'єктами захисного впливу на акти щодо поводження із:

а) дикими тваринами (Конвенція про охорону дикої флори і фауни та природних середовищ існування в Європі 1979 р.);

б) тваринами-компаньйонами (Європейська конвенція про захист домашніх тварин 1992 р., Регламент № 998/2003 Європейського Парламенту та Ради Європи про вимоги стосовно стану здоров'я тварин, що застосовуються при некомерційному перевезенні домашніх тварин);

в) тваринами, яких використовують у галузі сільського господарства (Європейська конвенція про захист тварин при міжнародному перевезенні 1968 р., Європейська конвенція про захист сільськогосподарських тварин 1976 р., Європейська конвенція про захист тварин, призначених на забій 1979 р.);

г) тваринами, експлуатованими у сфері дозвілля (Регламент Європейської Комісії про вимоги стосовно стану здоров'я циркових тварин під час перевезення між державами-членами, Директива Ради Європи про утримання диких тварин у зоопарках);

г) тваринами, яких використовують у межах проведення наукових та промислових дослідів (Європейська конвенція про захист хребетних тварин, що використовуються для експериментів або в інших наукових цілях 1986 р., Директива Ради Європи 2010/63/ЄС про захист тварин, використовуваних у наукових цілях, Рекомендація Європейської Комісії про настанови щодо приміщень та піклування про тварин, які використовуються для експериментальних та інших наукових цілей).

З огляду на предмет нашого дослідження на перший план серед означених актів виступає Європейська конвенція про захист домашніх тварин, ухвалена у 1987 р., з одного боку, як перший детально регламентований документ, присвячений гарантіям добробуту не окремих вразливих або економічно цінних тварин, а тварин-компаньйонів, людські знущання з яких найчастіше залишаються латентними; з другого боку, як документ, у якому безпосередньо говориться про цінність життя та благополуччя кожної тварини. Україна стала двадцять третьою державою, що підписала і ратифікувала цю Конвенцію.

Згідно з основним принципом Конвенції щодо утримання домашніх тварин, ніхто не має права завдавати тварині болю, страждання або шкоди, і ніхто не може кинути тварину. Сторони Конвенції зобов'язуються розглянути забезпечення можливості постійної ідентифікації собак і кішок за допомогою спеціальних методів, під час застосування яких тварині спричиняються незначні біль, страждання чи пригнічення або не спричиняються взагалі, наприклад за допомогою татування, а також введення реєстру номерів тварин разом з прізвищами та адресами їхніх власників. Правила утримання тварин покладають на кожного, хто постійно або тимчасово доглядає за твариною, обов'язок забезпечувати її водою, їжею, фізичним навантаженням, вживати заходів щодо запобігання втечі. Селекціонери зобов'язані піклуватися про фізичне і психічне здоров'я потомства і батьків, а також не допускати передачі негативних поведінкових моделей (агресивність) або спадкових дефектів.

Положення Європейської Конвенції про захист домашніх тварин від 1 серпня 2014 р. набрали чинності в Україні¹. Однак національне законодавство, зокрема Закон України «Про захист тварин від жорстокого поводження», та деякі інші підзаконні акти досі не містять будь-яких суттєвих змін стандартів придбання та належного утримання домашніх улюбленців. Такий стан речей свідчить про свідоме небажання відповідних

органів державної влади приєднуватись до міжнародного руху щодо унеможливлення жорстокого поводження з тваринами, у зв'язку з необхідністю проведення непопулярних реформ – запровадження реєстрації усіх домашніх тварин, стягнення податку для забезпечення діяльності муніципальних притулків, а також утиском інтересів мисливців і селекціонерів.

Утім, не можна не зазначити, що закріплені в Конвенції нормативні приписи могли б носити рамковий, декларативний характер і в інших європейських країнах без ефективної системи забезпечення виконання і застосування суворих санкцій за їхнє порушення.

Вивчення чинних кримінальних кодексів провідних західних країн демонструє, що коло злочинних діянь, які охоплюються складом жорстокого поводження з тваринами, є набагато ширшим, ніж в Україні, а санкції за його порушення – набагато жорсткіші. Наприклад, у Франції як пряме знущання з тварин, так само й неналежний (незалежно від форми вини) догляд власника за своїми підопічними карається штрафом на суму від 15 000 до 30 000 євро або позбавленням волі на строк від шести місяців до двох років². Кримінальний кодекс Австрії передбачає покарання у виді позбавлення волі строком до одного року або штрафу в розмірі 360 ставок за жорстоке поводження з тваринами або спричинення їм зайвих страждань, а також за покинуту тварину, яка не в змозі жити на волі, або з умислом нацькування тварини однієї на іншу, яка внаслідок цього зазнала мученицьких страждань³.

Прогресивною особливістю зарубіжного кримінального законодавства у цій сфері, на нашу думку, є поширене застосування, окрім штрафу і позбавлення волі, вилучення тварини у власника і заборона на володіння іншими домашніми тваринами на певний строк, як, наприклад, у штаті Луїзіана (США)⁴. Особливий інтерес для криминологів становить поступова криміналізація у США жорстокого поводження з тваринами на побутовому ґрунті як окремого складу злочину. Наприклад, у штаті Аляска умисне вбивство або поранення тварини з метою залякування, погрози або шантажу іншої людини становить найбільш тяжкий склад жорстокого поводження з тваринами⁵.

Цікавим методологічним питанням, що потребує свого вирішення, є з'ясування поширеності вказаного різновиду злочинів у ЄС та США. Аналіз її сучасного стану викликає інтерес із точки зору виправданості достатньо великих розмірів покарання за такі злочини чи, навпаки, доказом певних прорахунків інших держав в аспекті недостатньої кримінально-правової охорони суспільної моральності. Однак, оскільки статистичні дані про жорстоке поводження з тваринами не виокремлені в Європейському довіднику про злочинність та кримінальне правосуддя, а Федеральне Бюро Розслідувань включило їх до параметрів щорічних звітів лише із січня 2016 р., загальне уявлення про поширеність такого злочину ми можемо отримати лише від профільних громадських організацій. Так, лише за 2014 р., за даними Королівського товариства із запобігання жорстокому поводженню з тваринами, до них надійшли скарги про 159 831 випадок жорстокості щодо тварин на території Сполученого Королівства, пізніше розслідуваний поліцією⁶. Проте, чи свідчить це про недостатню, порівняно з Україною, кримінально-правову охорону добробуту тварин? Вочевидь, якраз навпаки, в західноєвропейських країнах і США набагато більше розвинена як культура поводження з тваринами, так і система запобіжних заходів, що сприяє делатентизації такого злочину.

Незважаючи на порівняно нижчий (від злочинів проти життя і здоров'я) рівень суспільної небезпеки жорстокого поводження з тваринами, така його форма, як кримінальний трафік екзотичних тварин, сьогодні входить до пріоритетних напрямів роботи Інтерполу (Міжнародної організації кримінальної поліції). Зокрема, у 2015 р. було успішно завершено черговий рейд програми Paws II, що спрямована на зупинення нелегальної торгівлі азійськими видами екзотичних тварин, до третини яких гине під час транспортування через тілесні ушкодження і брак свіжого повітря⁷.

Окрім міжнародних стандартів та кримінально-правових санкцій більшість країн ЄС розробила власні закони щодо правил утримання домашніх тварин і запобігання появі безпритульних тварин, як різновиду, найбільш вразливого до людської жорстокості. Розглянемо систему нормативно-правового та організаційно-управлінського запобігання безпритульності серед тварин у ФРН.

У цілому, німецьку політику в сфері захисту добробуту тварин-компаньйонів можна поділити на чотири основні галузі:

- обмеження надмірного відтворення тварин;
- запобігання втраті домашніх тварин;
- запровадження системи муніципальних притулків для утримання відловлених тварин;
- культурно-виховна робота із населенням щодо належного поводження з тваринами.

Чисельність народжуваних тварин обмежується передусім серед власників розплідників домашніх тварин шляхом встановлення відповідних ліцензій і квот. Їм надаються квоти, перевищувати які вони не мають право. Відповідальність потенційного власника домашньої тварини стимулюється оподаткуванням утримання собак, річна сума якого коливається залежно від міста та кількості утримуваних собак. Так, за першого собаку власник сплачує від 30 до 160 євро, за другого – 40–270 євро на рік. Оскільки бійцівські породи собак найчастіше опиняються на вулиці через порівняно вищу агресивність, податок на їхнє утримання є найбільшим і становить від 200 до понад однієї тисячі євро на рік⁸. Окрім того, власники бійцівських собак повинні отримати спеціальний дозвіл на володіння та довідку про «благонадійність» собаки, що час від часу перевіряється за допомогою тестування.

Під час реєстрації володіння твариною їй надають індивідуальний реєстраційний номер, наноситься у формі татуювання або імплантується за допомогою технології мікрочипування – вживлення в тіло тварини

чіпу, який можна зчитати в усіх притулках і ветеринарних клініках⁹. Для спрощеного пошуку загублених тварин була створена безкоштовна база даних домашніх тварин, до якої будь-який власник добровільно може завантажити фотографії і докладний опис свого улюбленця¹⁰.

З метою запобігання втраті великих тварин під час прогулянки в Німеччині заборонений вигул собак без повідця в парках, зонах відпочинку і заповідниках. Для спрощення вирішення конфліктів між орендарями і власниками житла, якщо в договорі відсутній пункт про заборону утримання домашньої тварини, власник не має права примусити мешканця викинути тварину на вулицю. І навіть якщо в договорі міститься такий пункт, орендар все одно має право утримувати домашню тварину до трьох місяців. Власне, викидання тварини на вулицю прирівнюється законодавством до знущання та тягне за собою штраф обсягом до 25000 євро¹¹.

Муніципальні та приватні притулки в Німеччині – не просто місце перетримки та стерилізації, а справжні місця добробуту тварин, засновані на принципі «безповоротного виліву», подібно до США і Великої Британії. Товариства існують на муніципальні кошти і благодійні внески волонтерів. Бюджет середнього за величиною притулку становить приблизно 1 млн євро на рік, частину доходів притулок отримує завдяки продажу й перетримці тварин, організації свят тощо. Певну роботу з догляду за тваринами виконують волонтери, солдати альтернативної служби, школярі і студенти як частину літньої практики. Вилучених тварин не тільки продають, але й передають у товариства сліпих, будинки престарілих, організації для реабілітації людей із психічними та неврологічними розладами. Край важливим і завбачливим заходом, з нашої точки зору, є обов'язкова попередня перевірка поліцією майбутніх штатних працівників притулку¹².

Не можна оминати увагою й превентивну виховну роботу німецької громадськості серед населення, що спрямована як на вкорінення в суспільній свідомості основ гуманного поводження з тваринами, так і на вибір тварини компаньйона. Подібно до інших західних європейських держав у Німеччині пропагується точка зору, що, по-перше, породисті коти і собаки відрізняються ослабленим імунітетом, по-друге, безпородні коти і собаки є лагіднішими та вміють бути вдячними після важкого бездомного життя¹³.

Усвідомлення того факту, що саме діти найактивніше висловлюють своє бажання придбати тварину, а потім часто відмовляються від своїх обов'язків з догляду за домашнім улюбленцем, призвело до того, що уже в 1990-х рр. до обов'язкових елементів німецької шкільної програми були впроваджені «уроки захисту тварин», де дітям прищеплюють відповідальність і милосердя до тварин¹⁴.

Таким чином, можна зробити висновок, що позитивний зарубіжний і міжнародний досвід усунення детермінант жорсткого поводження з тваринами базується на таких основних принципах: а) впровадження єдиних мінімальних стандартів гуманного поводження з тваринами (ЄС); б) криміналізація як активних, так і пасивних форм жорсткого поводження з тваринами; в) розвиток розгалуженої системи запобігання появі безхатніх тварин; г) державна підтримка роботи муніципальних притулків; ґ) культурно-виховна робота серед населення щодо підвищення рівня відповідальності володільців домашніх тварин.

На нашу думку, імплементація указаних елементів сучасного досвіду країн ЄС та США із повноцінним залученням громадськості є запорукою розроблення в Україні власної ефективної стратегії гуманного поводження з тваринами, організації і управління комунальними притулками для тварин, а також запобігання жорсткому поводженню з тваринами.

¹ Про ратифікацію Європейської конвенції про захист домашніх тварин : Закон України від 18 вересня 2013 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 20–21. – Ст. 734.

² Code pénal // Legifrance : [Electronic resource]. – Access mode : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20060701> (date of treatment: 01.05.2016). – Title from the screen.

³ Вереша П. В. Кримінальна відповідальність за жорстоке поводження з тваринами (порівняльно-правовий аспект) / П. В. Вереша // Вісник Академії адвокатури України. – 2014. – Т. 11. – № 1. – С. 53–61. – С. 54.

⁴ Act № 411 // Louisiana State Legislature : [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.legis.la.gov/legis/ViewDocument.aspx?d=503062> (date of treatment: 01.05.2016). – Title from the screen.

⁵ Alaska Statute 11.61.140 Cruelty to animals // The Alaska State Legislature : [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.legis.state.ak.us/basis/statutes.asp#11.61.140> (date of treatment: 01.05.2016). – Title from the screen.

⁶ Animal cruelty complaints soar: RSPCA investigates nearly 160,000 cases in 2014 with one in eight involving violence // Daily Mail : [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3049527/Animal-cruelty-complaints-soar-RSPCA-investigates-nearly-160-000-cases-2014-one-eight-involving-violence.html> (date of treatment: 01.05.2016). – Title from the screen.

⁷ Interpol operation against wildlife trafficking marks on World Environment Day // Interpol. Connecting Police for a Better World : [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.interpol.int/en/News-and-media/News/2015/N2015-076> (date of treatment: 01.05.2016). – Title from the screen.

⁸ Pet Study: Pet Ownership as Economic Factor in Germany : [Electronic resource]. – Access mode : <https://uni-goettingen.de/en/pet-study-pet-ownership-as-economic-factor-in-germany/500479.html> (date of treatment: 01.05.2016). – Title from the screen.

⁹ Regulation (EC) No 998/2003 of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 on the animal health requirements applicable to the non-commercial movement of pet animals and amending Council Directive 92/65/EEC [Electronic resource]: EuroLex. – Access mode: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:f83009> (date of treatment: 01.05.2016). – Title from the screen.

¹⁰ Tierregistrierung : TASSO : [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.tasso.net/Tierschutz/Registrierung> (date of treatment: 01.05.2016). – Title from the screen.

¹¹ Das Tier im Recht : Tierheim Olpe : [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.tierheim-olpe.de/infothek/das-tier-im-recht/index.html> (date of treatment: 01.05.2016). – Title from the screen.

¹² Каланча С. Г. Досвід Німеччини у вирішенні питання безпритульних тварин / С. Г. Каланча // Український часопис міжнародного права. – 2013. – № 1. – С. 84–87.

¹³ Там само.

¹⁴ Борейко В. Е. Прорыв в экологическую этику, издание пятое, дополненное / В. Е. Борейко; Киев. эколого-культ. центр. – К. : Логос, 2013. – 168 с. – С. 25. – (Серия «Охрана дикой природы». Вып. 71).

Резюме

Шуміло О. О. Міжнародний і зарубіжний досвід запобігання жорстокому поводженню з тваринами.

Проаналізовано заходи контролю за чисельністю тварин, рекомендовані конвенціями Ради Європи, а також вимоги до організації мережі комунальних притулків для тварин. Аргументовано впровадження у вітчизняну практику технічних методик контролю за чисельністю тварин (мікрочипування). Наголошено на порівняно більшій суворості покарань за жорстоке або неналежне поводження з тваринами в країнах-учасницях ЄС і США. Викладено вузлові засади системи охорони тварин від жорстокого поводження в ФРН на загальнодержавному і місцевому рівнях. Указано на пильну увагу до запобігання жорстокому поводженню з тваринами з боку таких інституцій, як Інтерпол і ФБР США. Зроблено висновок про необхідність впровадження на українських теренах зарубіжного й міжнародного досвіду запобігання жорстокому поводженню з тваринами.

Ключові слова: зарубіжний досвід, імплементація, жорстоке поводження з тваринами, запобігання, жорстокість, тваринний світ.

Резюме

Шуміло О. А. Международный и зарубежный опыт по предотвращению жестокого обращения с животными.

Проанализированы меры контроля за численностью животных, рекомендованные конвенциями Совета Европы, а также требования к организации сети коммунальных приютов для животных. Аргументировано внедрение в отечественную практику технических методик контроля за численностью животных (микрочипирования). Отмечена сравнительно большая суровость наказаний за жестокое или ненадлежащее обращение с животными в странах-участницах ЕС и США. Изложены узловые моменты системы охраны животных от жестокого обращения в ФРГ на общегосударственном и местном уровнях. Указано пристальное внимание к предотвращению жестокого обращения с животными со стороны таких институтов, как Интерпол и ФБР США. Сделан вывод о необходимости внедрения на украинской территории зарубежного и международного опыта предотвращения жестокого обращения с животными.

Ключевые слова: зарубежный опыт, имплементация, жестокое обращение с животными, предотвращение, жестокость, животный мир.

Summary

Shumilo O. International and foreign experience of animal abuse prevention.

The measures for animal control, recommended by the Council of Europe conventions, along with the requirements for creating the network of municipal animal shelters, have been analyzed. The introduction of animal control techniques (microchipping) in domestic practice has been reasoned. The relatively high severity of penalties for abuse or mistreatment of animals in the EU countries and the US has been highlighted. The key aspects of German animal protection system at the national and local levels have been laid out. The close attention to animal abuse prevention of such institutions as Interpol and the US Federal Bureau of Investigation has been indicated. The conclusion about the necessity for implementing foreign and international experience of animal cruelty prevention in Ukraine has been analyzed.

Key words: foreign experience, implementation, animal abuse, prevention, cruelty, fauna.

О. І. КОТЛЯР

Ольга Іванівна Котляр, кандидат юридичних наук, доцент ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

ПОНЯТТЯ ТА ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ПРАВА ПРИТУЛКУ

Право притулку є одним із найстаріших правових інститутів. А. Дмитрієв зазначає, що коріння інституту притулку знаходимо в Давній Греції, який був зумовлений культовим (тобто звичаєво-правовим), а пізніше державно-правовим захистом від свавілля та посягань на життя або майно тих іноземців, які ще не набули власного правового захисту на території Греції¹. О.Буткевич переконливо доводить, що даний інститут відомий Стародавньому Єгипту, Митанні, Хетській державі, Індії, Китаю². Правовий інститут притулку зародився як звичаєве право. Притулок надавався біженцям, які зазнавали переслідувань як у своїй країні, так і з боку інших, а також тим, хто з різних причин опинявся на території сусідніх держав. Однак, надаючи притулок, біженців нерідко використовували в політичних цілях. Так, у Давньому Китаї царство Чу з метою завоювання царства Сунг приймає до себе колишнього правителя Ю-Ши з найближчим оточенням, щоб потім ним скористатися³.

У стародавній період були поширені релігійна (використання переслідуванням для свого захисту місць релігійного культу – храмів, каплиць, монастирів⁴) і територіальна (надання захисту особі, яка зазнавала переслідувань на території іншої країни) форми права притулку. Л. Галенська доходить висновку, що саме релігійна форма притулку набуває у цей період вирішального значення через віру людей у могутність і силу богів. Поняття про святість, недоторканність храмів, статуй і інших місць не давало можливості завдати шкоди людині, яка шукає захисту в богів. Покарання такої особи може прогнвити його могутніх покровителів⁵.

Перші відомості про існування інституту притулку в Україні подаються в літописах. Зокрема, у договорі Київської Русі з Візантією 911 і 944 років обумовлена можливість взаємного надання сторонами притулку⁶.

У середні віки право притулку залишається звичаєвим правом, про що засвідчує факт існування актів надання притулку. Зазначимо, що надання релігійного притулку в різних країнах відрізнялося. Правило, якого дотримувалася католицька церква до XVI ст., було закріплено в каноні «Inter alia». Згідно нього, всіх біженців церква видавала світській владі за умови, що ті не будуть засуджені на смерть, та їм не буде заподіяно тілесних ушкоджень. У 1591 р. буллою папи Григорія XIV «Cum alias» вводиться інше положення: світській владі видаються лише ті злочинці, які не мали права на притулок, тобто вчинили «scrimen exsertum».

А. Чернявський наводить той факт, що право притулку не використовувалося російською православною церквою і було замінено правом ієрархів заявляти перед монархом клопотання про пом'якшення покарання або здійснювати опіку над особами, що попали в опалу⁷. Н. Голубов зазначає, що в тих випадках, коли загроза для осіб, які шукали притулку у церкві, була великою вони займали найбільш важливі місця (гробниці, святі мощі – *О.К.*). Однак подібна практика надання притулку не була санкціонована та регламентована з боку держави.

На нашу думку, слушною є теза В. Гринчака про те, що інститут притулку в період *Medium Aevum* є «конфронтацією суверенітетів церкви та держави, що виявилася в позбавленні деяких церков права притулку, та вдосконалення державно-правових інститутів надання окремим поселенням права на захист осіб, які шукали притулок, призвело до використання фізичними особами території іншої держави з метою уникнення не лише переслідування, а й покарання»⁸. Надання захисту особам, які шукають притулок, на території іншої держави, дозволяє говорити про розвиток нової форми притулку – територіальної⁹. На думку Л. Галенської, цьому сприяло існування окремих самостійних держав та наявність між ними протиріч.

За часів Реформації XVI ст. притулок почав надаватися не тільки храмами та монастирями, а й державами з мотивів релігійної та політичної доцільності, а згодом політичний мотив надання притулку став якщо й не єдиним, то принаймні, домінуючим. У сучасному розумінні інститут права притулку сформувався після Великої французької революції, зокрема, Конституція Франції 1793 р. закріпила чи не найважливішу норму цього інституту – право на притулок іноземців, які переслідувалися на батьківщині за домагання свободи¹⁰.

У період класичного міжнародного права було визнано суто політичний характер права притулку (таке право надається лише політичним біженцям, а не особам, що переслідуються за скоєння чи підозру в скоєнні кримінальних та інших злочинів). Саме в такому розумінні право притулку закріпиться в класичному міжнародному праві та міжнародному праві ХХ століття¹¹.

Більшість юристів-міжнародників поділяє думку про те, що інститут права притулку (або окрема норма про право притулку) виник у період Великої французької революції, оскільки перші буржуазно-демократичні революції радикально змінили принципи взаємодії між державою та людиною, у першу чергу в результаті визнання її природних прав¹². У цьому зв'язку М. Баймуратов відзначає, що «надання притулку є традиційним інститутом міжнародного права, який історично вперше виник у період Великої французької революції. У Конституції Франції 1793 р. говорилося, що Франція надає «притулок іноземцям, вигнаним із своєї батьківщини за справу свободи»¹³. Конституція Франції 1793 р. вперше після тривалої перерви, яка припала на період Середньовіччя, відновила одну з форм інституту притулку – право на притулок іноземців, які переслідувалися на Батьківщині за домагання свободи. Решта норм формувалася паралельно в міжнародному праві та національних законодавствах¹⁴.

Окремі міжнародно-правові норми того часу, що регулювали статус мігрантів, містилися в договорах про екстрадицію. Відповідно до цих договорів країни, де перебували кримінальні злочинці, повинні були видавати їх до країни, де було скоєно злочин. Однак ці договори, як правило, містили застереження щодо політичних біженців, що надавало біженцям можливість отримувати політичний притулок. Так знаходили притулок у Західній Європі борці за самовизначення в Польщі, російські народники, революціонери, групи християнських меншин, які втікали з Оттоманської імперії і які також підлягали захисту внаслідок застереження про політичні вчинки¹⁵.

УВКБ ООН визначає притулок як надання державою захисту на її території особам з іншої держави, які біжать від переслідування або серйозної загрози¹⁶. Експерти УВКБ ООН визначають елементи, з яких складається категорія «притулок»:

- принцип відмови від висилки (*non-refoulement*);
- дозвіл залишатися на території країни притулку;
- гуманні стандарти поведіння¹⁷.

Нині існує декілька підходів щодо змісту права притулку. Представники першого підходу розглядають право притулку як право держави надавати притулок на своїй території, інші – як право особи отримати притулок¹⁸. Д. Іванов зазначає, що право притулку буде відповідати своєму формулюванню лише в тому випадку, якщо право притулку буде забезпечене обов'язком держави його надавати. М. Буроменський наголошує, що право на притулок слід вважати природним, у тому сенсі, що жодному не може бути відмовлено в пошуку притулку. А з точки зору міжнародного права, залишається невизначеним питання щодо права людини на одержання притулку, адже не існує міжнародно-правової норми загального міжнародного права про обов'язок держави надати притулок¹⁹. А. Антіпов визначає право притулку як право особи, яка переслідується в країні своєї громадянської приналежності або постійного місця перебування, шукати, просити і отримувати на території іншої країни у відповідності із загальноновизнаними нормами і принципами міжнародного права особисту й майнову юридичну безпеку²⁰.

Пункт 1 ст. 14 Загальної декларації прав людини проголошує: «кожна людина має право шукати притулок від переслідувань в інших країнах і користуватися цим притулком». Варто підкреслити, що під час обговорення першого проекту цієї статті пропонувалося замість словосполучення «користуватися притулком» використовувати словосполучення «отримувати притулок». Однак дана пропозиція не була підтримана державами за причиною небажання брати на себе моральне зобов'язання по наданню притулку, під яким у цілому розуміється прийняття на проживання та довготривалий захист від юрисдикції іншої держави.

Право притулку пов'язане з наданням певній особі права безпечного перебування в іноземній державі, яка гарантує цій особі основні права і свободи, надання яких закріплено нормами міжнародного права. Своє закріплення інститут притулку знайшов у Загальній декларації прав людини від 10 грудня 1948 р., Декларації ООН про територіальний притулок від 14 грудня 1967 р., а на регіональному рівні в Європейській декларації про територіальний притулок 1977 р., Конвенції, яка визначає держави, відповідальні за розгляд заяв про надання притулку, поданих в одній із держав-членів Європейського співтовариства (Дублінській конвенції) від 15 червня 1990 р., Директиві Ради Європейського Союзу 9098/02, яка встановлює мінімальні стандарти прийому шукачів притулку у державах-членах Ради від 17 червня 2002 р.

Міжнародне право виходить з того, що оцінка підстав для надання притулку є справою держави, що надає притулок. Це закріплено в п. 3 ст. 1 Декларації Генеральної Асамблеї ООН про територіальний притулок 1967 р. Тому міжнародне право містить загальні принципи співпраці держав у сфері надання притулку. Ці принципи зафіксовані в ряді міжнародних документів.

Отже, можна сформулювати ряд принципів, що стосуються притулку, закріплених у міжнародних документах:

- кожна держава надає притулок, спираючись на свій суверенітет;
- притулок є мирним і гуманним актом, і тому не може розглядатися іншими державами як недружна дія. Наданий державою притулок певним особам повинні поважати всі інші держави;
- кожна людина має право шукати притулок в інших країнах від переслідування і користуватися цим притулком. До осіб, яким наданий притулок, не повинні застосовуватися такі заходи, як відмова від дозволу

перетину кордонів, висилка або примусове повернення в будь-яку країну, де ці особи можуть піддатися переслідуванню. Невидача і невисилка особи, що отримала притулок, є складовою змісту права притулку;

– держава сама оцінює підстави для надання притулку. Як правило, притулок надається особам, що переслідуються на батьківщині за політичними, національними, расовими, релігійними і іншими мотивами. Отже, особа, яка скоїла злочин неполітичного характеру, не може претендувати на отримання притулку. Крім того, особа не може претендувати на отримання притулку, якщо вона вчинила дії, що суперечать цілям і принципам ООН. Так, на право шукати притулок і користуватися притулком не може посилається жодна особа, якщо є серйозні підстави вважати, що вона скоїла злочин проти миру, військовий злочин або злочин проти людства. Держава також може відмовити особі в наданні притулку з міркувань національної безпеки або з метою захисту населення, наприклад у разі масового притоку людей;

– держава, що надала притулок, не повинна дозволяти особам, які його отримали, займатися діяльністю, що суперечить цілям і принципам ООН;

– положення осіб, які отримали притулок без шкоди для суверенітету держави, що надала притулок, і цілей і принципів ООН, повинно бути предметом турботи міжнародного співтовариства. Зокрема, це стосується захисту прав і основних свобод людини. Особам, що отримали притулок, повинні бути надані права і основні свободи людини в неменшому об'ємі, ніж іноземцям у даній державі. Якщо для певної держави виявиться непомірним надання притулку, держави окремо або спільно, або через ООН повинні розглядати в дусі міжнародної солідарності необхідні заходи для полегшення тягаря, що лежить на даній державі.

Отже, підсумовуючи вищевикладене, можемо зазначити, що історично зумовленими формами притулку були релігійний, територіальний, дипломатичний. На нашу думку, критерій місця відіграє вирішальну роль при визначенні форми притулку. Огляд історії зародження та розвитку інституту права притулку дозволяє зробити висновок, що основними особливостями цього інституту в сучасному міжнародному праві є: визнання суверенного права держави надати притулок іноземцю, що зазнав чи може зазнати переслідувань з боку його власної держави чи третіх держав; основною метою надання притулку є захист особи від переслідувань з політичних чи інших мотивів; існування ряду обставин (перешкод), за наявності яких право притулку не може бути реалізовано; настання певних юридичних наслідків як для особи, якій надано притулок, так і для держави, що такий притулок надала.

¹ История международного права / авт. кол.; под. ред. А. И. Дмитриева, У. Е. Батлера. – Изд. 2-е, доп. и перераб. – Одесса: Феникс, 2013. – 574 с. – С. 91.

² Буткевич О. В. История международного права. Підручник / О. В. Буткевич. – К.: Видавництво Ліра-К, 2013. – 416 с. – С. 140.

³ Там само.

⁴ Під час війн храми залишалися недоторканими, вони слугували притулком як для мирного населення, так і для переможених.

⁵ Галенская Л. Н. Право убежища (международно-правовые вопросы) / Л. Н. Галенская. – М.: «Международные отношения», 1968. – 224 с. – С. 14.

⁶ Грушевський М. С. Історія України-Русі: в 11 т., 12 кн. / М. С. Грушевський. Редкол.: П. С. Сохань (голова) та ін. – К.: Наук. думка, 1992. – Т. 2. – С. 226.

⁷ Чернявський А. Л. Інститут права притулку в сучасному міжнародному праві / А. Л. Чернявський // Альманах міжнародного права. – № 5. – 2014. – С. 52–58. – С. 53.

⁸ Гринчак В. Убежище в международном праве: авторефер. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. – К., 1995. – С. 10.

⁹ Галенская Л. Н. Там само. – С. 5.

¹⁰ Міжнародне право. Основні галузі: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / за ред. В. Г. Буткевича. – К.: Либідь, 2004. – 813 с. – С. 190.

¹¹ Буткевич О. В. Вказана праця. – С. 271.

¹² Права беженцев и перемещенных лиц и их обеспечение по международному гуманитарному праву: Сб. тезисов / отв. ред. Анисимов П. В. – Волгоград: ВА МВД России, 2001. – 112 с. – С. 20.

¹³ Баймуратов М. О. Міжнародне публічне право: підручник / М. О. Баймуратов. Х.: Одиссей, 2008. – 704 с. – С. 202.

¹⁴ Міжнародне право: Основні галузі: Підручник / [В. Г. Буткевич, С. А. Войтович, Л. Г. Заблоцька та ін.]; під ред. В. Г. Буткевича. – К.: Либідь, 2004. – 816 с.

¹⁵ Овсяк О. М. Біженці в Європі / О. М. Овсяк // Часопис Київського університету права. – 2002. – № 4. – С. 73–79.

¹⁶ Master Glossary of Terms / Status Determination and Protection Information Section. June 2006. – Rev. 1. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.refworld.org/docid/42ce7d444.html>

¹⁷ Введение в вопросы международной защиты беженцев. УВКБ ООН. Женева, 2005. – 193 с. – С. 185.

¹⁸ Батычко В. Т. Международное право. Конспект лекций / В. Т. Батычко. – Таганрог: ТТИ ЮФУ, 2011. – 244 с. – С. 188.

¹⁹ Буроменський М. В. Міжнародний захист прав людини та права біженців. Навчальний посібник / М. В. Буроменський. – К., 2002. – 160 с. – С. 133.

²⁰ Антипов А. Н. Право убежища в системе обеспечения безопасности государства / А. Н. Антипов // Труды Академии управления МВД России. – 2007. – № 4. – С. 119–124. – С. 120.

Резюме

Котляр О. І. Поняття та юридична природа права притулку.

У статті досліджується право притулку. Визначено, що історично обумовленими формами притулку були релігійний, територіальний та дипломатичний. Основними особливостями інституту притулку в сучасному міжнародному праві є: визнання суверенного права держави надати притулок іноземцю, що зазнав чи може зазнати переслідувань з боку його власної дер-

жави чи третіх держав; основною метою надання притулку є захист особи від переслідувань з політичних чи інших мотивів; існування ряду обставин (перешкод), за наявності яких право притулку не може бути реалізовано; настання певних юридичних наслідків як для особи, якій надано притулок, так і для держави, що такий притулок надала.

Ключові слова: міжнародне право, права людини, біженці, право притулку, форми притулку.

Резюме

Котляр О. И. Понятие и юридическая природа права убежища.

В статье исследуется право убежища. Определено, что исторически обусловленными формами убежища были религиозное, территориальное и дипломатическое. Основными особенностями института убежища в современном международном праве являются: признание суверенного права государства предоставить убежище иностранцу, который преследуется или может подвергнуться преследованиям со стороны его собственного государства или третьих государств; основной целью предоставления убежища является защита лица от преследований по политическим или иным мотивам; существование ряда обстоятельств (помех), при наличии которых право убежища не может быть реализовано; наступления определенных юридических последствий как для лица, которому предоставлено убежище, так и для государства, такой приют предоставила.

Ключевые слова: международное право, права человека, беженцы, право убежища, формы убежища.

Summary

Kotlyar O. Concept and the legal nature of the right of asylum.

This paper examines the right of asylum. In the article was determined that the historically conditioned form of shelter were religious, territorial and diplomatic. The main features of the institution of asylum in contemporary international law are such peculiarities as: the recognition of the sovereign right of a state to grant asylum to a foreigner that is incurred or may be subjected to persecution by his own state or of third States; the main aim of asylum is to protect individuals from persecution for political or other reasons; the existence of a number of circumstances (obstacles), under which the right of asylum may not be realized; the occurrence of certain legal consequences for a person granted asylum and States that is provided such shelter.

Key words: international law, human rights, refugees, right of asylum, forms of shelter.

УДК 341.17+341.181

С. П. КУБІЄВИЧ

Сергій Петрович Кубієвич, кандидат юридичних наук, доцент Івано-Франківської філії Відкритого міжнародного університету розвитку людини «Україна»

УЧАСТЬ ОРГАНІЗАЦІЇ З БЕЗПЕКИ І СПІВРОБІТНИЦТВА В ЄВРОПІ У ПРОЦЕСІ МИРНОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ КОНФЛІКТУ НА ДОНБАСІ В КОНТЕКСТІ ВИКОНАННЯ МІНСЬКИХ ДОМОВЛЕНОСТЕЙ

Нині у світлі врегулювання міжнародних конфліктів Організація з безпеки та співробітництва в Європі (далі – ОБСЄ) є однією з найбільш ефективних міжнародних організацій щодо застосування превентивних механізмів вирішення міжнародних кризових ситуацій та конфліктів. Посередництво цієї міжнародної інституції достатньо давно використовується для розв'язання міжнародних конфліктів. З одного боку, запобігання та вирішення конфліктів є однією зі сфер діяльності ОБСЄ, а з іншого, – сприяння та запобігання конфліктам із залученням різноманітних механізмів належить до наявних функцій самої міжнародної організації. Попри сприяння вирішенню питань у військовому вимірі, ОБСЄ проводить низку заходів щодо відновлення відповідних регіонів ескалації конфлікту у гуманітарній площині. Ця міжнародна організація не тільки активно взаємодіє з такими міжнародними структурами як Організація Об'єднаних Націй (далі – ООН), Організацією Північноатлантичного договору (далі – НАТО), Радою Європи (далі – РЄ), але головним чином доповнює їх механізми безпеки, що діють у відповідних регіонах.

Досвід участі ОБСЄ у врегулюванні конфліктів на пострадянському просторі продемонстрував, що вона певною мірою сприяє припиненню збройного протистояння. Однак держави, що постраждали від агресії з боку Російської Федерації (РФ) (Молдова в Придністров'ї, Грузія в Абхазії та Південній Осетії зокрема) втратили контроль над відповідними територіями, а РФ не понесла жодної відповідальності за свої дії. Звісно, що ОБСЄ не відповідальна за це, вона, як і сам механізм посередництва, скоріше використовувались для закріплення рівноваги щодо контролю над територіями, який існував у момент припинення активних бойових дій.

Ситуацію нинішнього українсько-російського збройного конфлікту, з позиції вітчизняних дослідників, а саме відомого вченого-міжнародника О.В. Задорожного, слід розглядати у значно ширшому контексті, оскільки мається на увазі не лише статус окремих частин Луганської та Донецької областей, а про майбутнє

України як держави. Слушним є теза й про те, що Російська Федерація надалі буде використовувати мінський процес для досягнення низки важливих для неї цілей¹.

По-перше, йдеться про цілі, пов'язані із санкціями. Російська Федерація зазнає певних обмежень, що застосовуються до неї міжнародним співтовариством (насамперед економічних, фіскальних) через агресію проти України.

По-друге, режим перемир'я дозволяє РФ уникнути значних втрат серед військових, неминучих у випадку повномасштабних бойових дій та, відповідно, невдоволення власного населення.

По-третє, продовження перемовин не лише не означає виконання Російською Федерацією досягнутих домовленостей (що вже було продемонстровано впродовж мінського процесу), а й не перешкоджає новим проявам агресії у змісті положень Резолюції Генеральної Асамблеї ООН «Визначення агресії» 1974 року².

Крім того, якраз прикладом порушення РФ мінських домовленостей є підтверджені звітом моніторингової місії ОБСЄ в Україні від 22 жовтня 2014 р. порушення режиму перетину українсько-російського кордону. Зокрема, в ньому йшлося про те, що пропускні пункти Гнуково і Донецьк перетинає значна кількість військових в обох напрямках. При цьому спостерігачам від ОБСЄ не було повною мірою забезпечено свободу пересування вздовж лінії кордону, а відтак відстежувати ситуацію вони могли не в повному обсязі. Того ж дня Російська Федерація наклала вето на рішення Постійної ради ОБСЄ щодо розширення мандату моніторингової місії, що в черговий раз підкреслило небажання РФ виконувати положення мінських домовленостей. Відтак, Постійна рада змогла тільки на місяць продовжити роботу наглядової місії, до складу якої входять лише 16 спостерігачів³.

З огляду на вищевказане дії РФ слід кваліфікувати як порушення п. 4 Мінського протоколу від 5 вересня 2014 р., в якому чітко вказано про «забезпечення постійного моніторингу на російсько-українському державному кордоні та верифікації з боку ОБСЄ зі створенням зони безпеки в прикордонних районах України та Російської Федерації»⁴.

По-четверте, досвід переконливо демонструє, що на шляху боротьби проти української державності РФ використовує різноманітні заходи – від військової агресії до впливу на антиукраїнські сили у державних структурах.

Загалом мінські домовленості, при визнанні деяких переваг, сприяють досягненню важливої мети російського керівництва у боротьбі проти України – створенню на її теренах двох псевдодержавних утворень, які без входження до складу Російської Федерації контролюватиме російська влада, а це, у свою чергу підриватиме як соціально-економічний, так і внутрішньополітичний потенціал нашої держави.

Крім того, прагнення РФ використовувати контрольовані російськими військами та бойовиками території відобразилось зокрема в тому, що російська влада та ЗМІ приділяли значну увагу виборам, котрі відбулися на Донбасі в листопаді 2014 р., що спричинило ще більшу дестабілізацію ситуації та ескалацію конфлікту в цьому регіоні. Як наслідок, подібні дії з боку РФ та власне наявний конфлікт дещо ускладнюють інтеграцію України до Європейського союзу та НАТО. Однак досвід подібних сепаратистських анклавів на території Молдови⁵ та Грузії⁶ свідчить про те, що їхнє існування не дає змоги РФ досягнути своєї кінцевої мети – геополітичного контролю над відповідними державами. Втім, враховуючи підписання Грузією та Україною угод про асоціацію з Європейським союзом, дії російської влади дали протилежний ефект та посприяли збільшенню прихильності до інтеграції в західноєвропейській структурі.

Повертаючись до характеристики Мінських угод, до яких входять три ключові документи: Мінський протокол від 5 вересня 2014 р.⁷, Мінський меморандум від 19 вересня 2014 р.⁸ та Комплекс заходів з виконання Мінських угод від 12 лютого 2015 р.⁹, необхідно звернути увагу на юридичні підстави зобов'язань та власне правила підписання подібного виду договорів. Так, згідно зі ст.ст. 5, 6 та 7 чинного Закону «Про міжнародні договори України»: «Президент України приймає рішення про проведення переговорів і про підписання міжнародних договорів, які укладаються від імені України та затверджує персональний склад делегації чи представника України, а також відповідні директиви; ведення переговорів щодо підготовки тексту або підписання міжнародного договору України здійснюється лише уповноваженими на те особами, при цьому відповідні повноваження щодо міжнародних договорів, які укладаються від імені України, надаються Президентом України; делегація чи представник України зобов'язані вести переговори та здійснювати інші дії згідно з наданими їм повноваженнями і директивами та подавати звіт про виконання директив».

Як відомо, Мінські угоди були підписані другим Президентом України Л. Кучмою поряд з двома іншими учасниками Тристоронньої контактної групи. Єдиний нормативно-правовий акт щодо повноважень Л. Кучми – це Розпорядження Президента України № 953/2014 від 8 липня 2014 р. «Про уповноваження Л. Кучми на участь у Тристоронній контактній групі з мирного врегулювання ситуації в Донецькій і Луганській областях»¹⁰, яким він уповноважений на громадських засадах «представляти Україну у Тристоронній контактній групі з мирного врегулювання ситуації в Донецькій і Луганській областях» за участю представника України, спеціального представника діючого Голови ОБСЄ Х. Тальявіні та представника РФ – посла Російської Федерації в Україні М. Зурабова. Це Розпорядження жодним чином не містить передбачених Законом норм: а) повноважень, які надаються Президентом України, щодо підготовки або підписання міжнародного договору України; б) затвердження відповідних директив.

Позаяк, Президент України П. Порошенко разом з президентами: РФ – В. Путіним та Франції – Ф. Оландом, а також канцлером ФРН А. Меркель особисто узгоджував текст «Комплексу заходів з виконання Мінських угод» на переговорах у Мінську, що відповідає нормам зазначеного Закону. Однак підписав цей

«документ» не він сам, а знову юридично не уповноважена особа – Л. Кучма. Одночасне підписання главами держав України, Російської Федерації, Франції та Німеччини Декларації «на підтримку» зазначеного Комплексу заходів в правовому відношенні нічого принципово не змінює, як власне і підтримка з боку Ради Безпеки ООН в її резолюції. Крім того, сторонами підписання усіх цих «документів» юридично безпідставно стали і сторонні приватні особи, що представляли самопроголошені ДНР і ЛНР, участь яких взагалі не передбачена у вищезгаданому Розпорядженні.

Таким чином, усі три документи, що відомі як Мінські угоди від вересня 2014 р. та лютого 2015 р., були укладені з порушеннями базових норм законодавства України у сфері міжнародних договорів. Зокрема, з веденням переговорів без затвердження відповідних директив, підготовкою тексту «угод» і їхнім підписанням не уповноваженою для цього особою та участю в переговорах і підписанні «угод» взагалі непередбачених сторонніх осіб.

Тепер слід зосередити увагу на особливостях і формі висловлення згоди представників держав з прийняттям текстом міжнародного договору та розглянути Мінські угоди у правовій площині їх обов'язковості та юридичної сили. Згідно з п. «е» частини другої ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори України» ратифікації (шляхом прийняття Верховною Радою України закону про ратифікацію) підлягають міжнародні договори України, виконання яких зумовлює зміну законів України або прийняття нових законів України¹¹. Мінський протокол від 5 вересня 2014 р. передбачав прийняття нових законів України – закону про тимчасовий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської областей (закон про особливий статус) та закону про недопущення переслідування і покарання осіб у зв'язку з подіями, які відбулися в окремих районах Донецької та Луганської областей. Що стосується Комплексу заходів від 12 лютого 2015 р., то цей документ містить п. 11 «про проведення конституційної реформи в Україні з набуттям чинності до кінця 2015 року нової конституції, яка передбачає в якості ключового елемента децентралізацію (з урахуванням особливостей окремих районів Донецької та Луганської областей, погоджених з представниками районів), а також прийняття постійного законодавства про особливий статус окремих районів Донецької та Луганської областей відповідно до заходів, зазначених у примітці, до кінця 2015 року». Цілком зрозуміло, що обидві ці «угоди» підлягають ратифікації парламентом України, що відповідно до законодавства України є обов'язковою умовою для згоди України на обов'язковість для неї цих «угод».

Отже, в юридичному сенсі можна говорити про міжнародне зобов'язання України неухильно дотримуватися Мінських угод лише після їхньої ратифікації Верховною Радою України.

Виходячи з повноваження Верховної Ради України відповідно до ст. 85 Конституції України¹² визначити засади зовнішньої держави, парламент ще два роки тому прийняв постанову від 16 квітня 2014 р. № 1217-VII із Заявою Верховної Ради України «Про ініціативу міжнародних переговорів щодо ескалації ситуації навколо України». Зокрема, у п. 3 цієї Заяви Верховна Рада України наголосила, що «предметом міжнародних переговорів не може бути питання, що належать до внутрішньої компетенції України, а саме питання, що стосуються конституційного ладу та адміністративно-територіального устрою України». А п. 4 передбачає, що «у переговорах Україну повинна представляти офіційна повноважна делегація, яка має керуватися цією Заявою та діяти відповідно до затверджених директив згідно із Конституцією України та чинним законодавством»¹³.

Абсолютно очевидно, що були порушені вимоги зазначеної постанови, зокрема межі міжнародних переговорів, встановлені Верховною Радою України у квітні 2014 р. з метою не допустити під час проведення будь-яких переговорів зовнішнього диктату з питань, що порушують суверенітет України.

Що стосується юридичної оцінки дій Президента України, то він не мав жодних повноважень давати згоду на включення у Мінські угоди питання конституційного устрою держави, що знаходиться у виключній компетенції Верховної Ради і народу України.

Розглядаючи відповідність Мінських угод нормам міжнародного права, зокрема ст. 52 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., «договір є неважним (нікчемним), якщо його укладення стало результатом погрози силою або її застосування на порушення принципів міжнародного права, втілених у Статуті Організації Об'єднаних Націй». Верховна Рада України у вищезгаданій постанові, з урахуванням Резолюції 3314 Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1974 р. щодо «Визначення агресії», визнала Російську Федерацію державою-агресором, що підтримує тероризм та блокує діяльність Ради Безпеки ООН, чим ставить під загрозу міжнародний мир і безпеку. Збройна агресія РФ проти України також широко засуджена міжнародним співтовариством, зокрема в резолюціях. Таким чином, згідно зі ст. 52 Віденської конвенції про право міжнародних договорів¹⁴ усі Мінські угоди не мають ніякого юридичного значення, оскільки були укладені під примусом держави шляхом погрози та застосування сили. Наведений правовий аналіз безапелечно свідчить про незаконність та неконституційність Мінських угод в рамках правового поля України, а також про їхню юридичну незначущість відповідно до норм міжнародного права.

Відтак, вище були наведені юридичні докази правової нікчемності Мінських угод. З цього випливає, що ці «угоди» жодним чином не можна називати міжнародними зобов'язаннями України, а відповідно, в жодному випадку їх не варто загалом чи навіть частково імплементувати в Конституцію та законодавство України.

¹ *Задорожній О. В.* Міжнародне право в міждержавних відносинах України і Російської Федерації, 1991–2014: моногр. / Олександр Вікторович Задорожній; Укр.асоц. міжн. права, Ін-т міжнар. відносин Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка, Каф. міжнар. права. – К. : К.І.С., 2014. – С. 749.

- ² United Nations of General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14 December 1974 on the definition of aggression : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://crimeofaggression.info/documents/6/1974_GA_RES_3314.pdf
- ³ Russia Continues to Obstruct Expansion of Border Checkpoint Observation Mission / United States Mission to OSCE press-release. – 22.10.2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.osce.org/pc/184891?download=true>
- ⁴ Протокол о результатах консультаций Трехсторонней контактной группы относительно совместных шагов, направленных на имплементацию плана Президента Украины П. Порошенко и Президента Российской Федерации В. Путина (Минск, 5 сентября 2014 г. // OSCE official site : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.osce.org/ru/home/123258?download=true>
- ⁵ Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and the Republic of Moldova, of the other part // Official Journal of the European Union. – L. 260/4. – 30.08.2014.
- ⁶ Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part // Official Journal of the European Union. – L. 261/4. – 30.08.2014.
- ⁷ Протокол за результатами консультацій Тристоронньої контактної групи щодо спільних кроків, спрямованих на імплементацію Мирного плану Президента України Петра Порошенка та ініціатив Президента Росії Володимира Путіна від 5 вересня 2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.radiosvoboda.org/content/article/26570262.html>
- ⁸ Мінський меморандум від 19 вересня 2014 року, підписаний учасниками контактної групи з врегулювання ситуації на сході України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravda.com.ua/news/2014/09/20/7038395/>
- ⁹ Комплекс заходів, спрямованих на імплементацію Мінських домовленостей від 12 лютого 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravda.com.ua/articles/2015/02/12/7058327/>
- ¹⁰ Про уповноваження Л. Кучми на участь у Тристоронній контактній групі з мирного врегулювання ситуації в Донецькій і Луганській областях : розпорядження Президента України № 953/2014 від 8 липня 2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/9532014-рп-17449>
- ¹¹ Закон України «Про міжнародні договори України» № 1906-IV від 29 червня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2004. – № 50. – Ст. 540.
- ¹² Конституція України від 28 червня 1996 р. зі змінами та доповненнями (станом на 15 березня 2016 р.) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – Ст. 141.
- ¹³ Про ініціативу міжнародних переговорів щодо ескалації ситуації навколо України : постанова від 16 квітня 2014 року № 1217-VII із Заявою Верховної Ради України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2014. – № 22. – Ст. 866.
- ¹⁴ Венская конвенция о праве международных договоров от 23 мая 1969 года // Відомості Верховної Ради Української РСР. Офіц. вид. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

Резюме

Кубієвич С. П. Участь Організації з безпеки і співробітництва в Європі у процесі мирного врегулювання конфлікту на Донбасі в контексті виконання мінських домовленостей.

У даній статті автором була зроблена спроба з'ясувати особливості участі Організації з безпеки і співробітництва в Європі, головним чином, в процесі врегулювання конфлікту на Донбасі та дати юридичну оцінку Мінським домовленостям 2014–2015 рр. на предмет їх відповідності законодавству України і міжнародному праву.

Ключові слова: Організація з безпеки і співробітництва в Європі, Організація Об'єднаних Націй, Європейський союз, Рада Європи, НАТО, Мінські угоди, міжнародний договір, ратифікація.

Резюме

Кубієвич С. П. Участие Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе в процессе мирного урегулирования конфликта на Донбассе в контексте выполнения Минских соглашений.

В данной статье автор рассматривает особенности участия Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе в процессе урегулирования конфликта на Донбассе. Сделана оценка Минских соглашений 2014–2015 гг. на предмет их соответствия законодательству Украины и международному праву.

Ключевые слова: Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе, Организация Объединенных Наций, Европейский Союз, Совет Европы, НАТО, Минские соглашения, международный договор, ратификация.

Summary

Kubiievych S. Participation of the Organization for Security and Cooperation in Europe in a process of peaceful settlement of the conflict in Donbas region in a context of implementation of Minsk agreements.

The author considers some issues of OSCE's participation in a process of peaceful conflict settlement in the Donbas region and also submits an analyses and legal assessment of Minsk agreements on Ukraine's crisis in conformity with Ukraine's Legislation and International Law.

Key words: Organization for Security and Cooperation in Europe, The United Nations, European Union, Council of Europe, NATO, Minsk Agreements, international treaty, ratification.

3. В. ТРОПІН

Захар Володимирович Тропін, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Інституту міжнародних відносин КНУ імені Тараса Шевченка

ДОВЕДЕННЯ ВІЙСЬКОВОЇ ТА НАПІВВІЙСЬКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ НА ТЕРИТОРІЇ ІНШОЇ ДЕРЖАВИ НА ПРИКЛАДІ СПРАВИ РЕСПУБЛІКА НІКАРАГУА ПРОТИ СПОЛУЧЕНИХ ШТАТІВ АМЕРИКИ

Останнім часом на території України розгортаються події, які дехто вважав би за неможливі в ХХІ ст. – частина території анексована сусідньою країною, яка до того ж фактично веде військові дії на теренах нашої держави. Світова спільнота (і не лише наукова) практично одностайна в такій оцінці дій Російської Федерації, що підтверджується не лише відповідними фактичними даними¹, а й юридичними кваліфікаціями таких дій².

Зазначені обставини викликали велику кількість наукових досліджень в Україні, в яких проводиться правова кваліфікація тих або інших подій, що, на жаль, ще тривають. Основним питанням, навколо якого відбуваються наукові дискусії, є питання правового захисту інтересів України в умовах зовнішньої агресії. При розгляді цього питання науковці стикаються з головною проблемою – визначення міжнародної ад'юдикаційної інституції, яка б мала юрисдикцію надати належну правову оцінку діям Російської Федерації. Залишаючи це питання осторонь, основною метою цього дослідження є встановлення питань, які підлягають доведенню для встановлення агресії держави в умовах, що є дуже подібними до тих, в яких наразі перебуває Україна. Передусім ми говоримо про стандарти доведення участі однієї держави в конфлікті на території сусідньої держави, коли така підтримка здійснюється через підготовку, фінансування та інше сприяння напіввійськовим угрупованням на території такої сусідньої держави. У цьому контексті справа між Республікою Нікарагуа та Сполученими Штатами Америки, яка розглядалась Міжнародним Судом Організації Об'єднаних Націй (далі – МС ООН)³ є дуже цікавою та показовою. Водночас у цій справі були розглянуті не лише питання стандартів доведення, а й інші питання кваліфікації дій, в обставинах змішаної (прихованої та наочної) агресії, що можуть бути цікавими, враховуючи події, які відбуваються на території України.

Незважаючи на таку актуальність справи Нікарагуа, в українській науці міжнародного права не проводився ґрунтовний аналіз її обставин та висновків. В основному дослідження цієї справи здійснювалось фрагментарно в контексті дослідження загальних питань теорії міжнародного права, міжнародного гуманітарного права та права мирного вирішення міжнародних спорів⁴.

Нагадаємо, що ця справа стосувалась військових дій, які відбувались на території Республіки Нікарагуа та розглядалась МС ООН у 80-ті рр. минулого століття (рішення щодо юрисдикції було прийнято в 1984 р., а по суті – в 1986 р.). У 1979 р. внаслідок революції та повалення уряду президента Сомоси до влади прийшов сандіністський уряд. Згодом розпочалось протистояння нового керівництва Нікарагуа з прибічниками колишнього керівництва та колишніми службовцями національної гвардії, які об'єднались у військові та напіввійськові угруповання, найбільшими з яких були Нікарагуанські демократичні сили та Революційно-демократичний альянс (далі – Контрас). Спочатку США прихильно ставились до нового уряду, але згодом, за інформацією США, виявилось, що нове керівництво Нікарагуа допомагало партизанам у Сальвадорі, що стало причиною зміни ставлення США, припинення допомоги та початку активних дій на підтримку Контрас у 1981 році. На думку Нікарагуа, США безпосередньо надавали кошти Контрас, здійснювали ефективний контроль над ними, зокрема у формі стратегічного й тактичного планування, участі військових США у військових акціях проти Нікарагуа (серед іншого, мінування портів і об'єктів морської інфраструктури), збір розвідувальної інформації (зокрема через проліт літаків територією Нікарагуа) та її передача Контрас.

Основними питаннями, що постали перед судом, були питання прямого та непрямого використання сили й погрози силою, грубого втручання у внутрішні справи Нікарагуа, порушення її територіального суверенітету, порушення права мирного проходу морських торговельних суден, вбивства цивільного населення Нікарагуа та порушення основоположних норм міжнародного права. У вчиненні зазначених порушень були звинувачені США, які, відповідно до цих звинувачень, здійснювали економічну блокаду Нікарагуа, фінансували, здійснювали підготовку та підтримку антиурядових напіввійськових угруповань через території Гондурасу та Коста-Рики, пряму військову підтримку антиурядових напіввійськових угруповань та участь військових і представників спеціальних служб США у військових зіткненнях на території Нікарагуа. Водночас необхідно підкреслити, в якості особливості зазначеної справи, що США ніколи не спростовували своєї участі в подіях на території Нікарагуа. Зокрема, керівництвом США приймалися нормативні акти про виділення коштів на підтримку військових та напіввійськових операцій у Нікарагуа⁵. США лише оспороювали обсяг та правові підстави такої участі. Так, США посилались на колективну самооборону як причину здійснення своїх дій. На думку США, вони лише надавали допомогу Коста-Риці, Гондурасу та Сальвадору на відповідь проти нібито агресії Нікарагуа щодо цих країн.

За таких обставин МС ООН фактично був вимушений розглянути докази здійснення/не здійснення США зазначеної діяльності. Ось чому цікаво розглянути, які саме докази було надано сторонами справи і які стандарти їх прийнятності було застосовано судом. Важливо наголосити, що США відмовились взяти участь у стадії розгляду справи по суті⁶ після того, як МС ООН встановив, що він має юрисдикцію розглядати справу. У цих обставинах доказова база суду стала дуже обмеженою⁷. Це питання було окремо зазначено судом як фактор, що значно ускладнив розгляд справи саме в процедурному аспекті.

У загальних рисах і не вдаючись до деталей щодо суті рішення, винесеного МС ООН, суд вирішив, що: США не можуть посилались на колективну самооборону для виправдання своїх дій; США порушили принцип невтручання у внутрішні справи іншої держави через навчання, озброєння, спорядження, фінансування, забезпечення Контрас, а також інші форми підтримки військових та напіввійськових дій на території Нікарагуа; США порушили принцип заборони застосування сили проти іншої держави у восьми доведених випадках збройних атак проти Нікарагуа, а також через підтримку Контрас, зазначену вище; США зазначеними діями порушили суверенітет Нікарагуа; США порушили принципи заборони застосування сили, невтручання у внутрішні справи, суверенітету та зобов'язання щодо невтручання в мирну морську торгівлю шляхом розташування мін у внутрішніх та територіальних водах Нікарагуа; США сприяли порушенню загальних принципів гуманітарного права через підготовку та надання Контрас посібника з ведення партизанської війни (водночас фактів, які б дали змогу підтвердити, що означені дії були діями США, виявлено не було)⁸.

Говорячи ж про факти та докази, суд спочатку зазначив, що для суду в цій справі була доволі значною проблемою питання встановлення фактів, оскільки сторони справи розходились не лише в питаннях тлумачення фактів, а й навіть щодо їх наявності. При розгляді справи суд брав до уваги не лише подання сторін, письмові докази, думки експертів та свідчення свідків, а й дані з публічних джерел, зокрема статті в засобах масової інформації та інші публікації. Водночас суд окремо зазначив, що цей другий вид доказів не може слугувати єдиним підтвердженням наявності/відсутності будь-якого факту. Такі джерела можуть використовуватись лише в якості додаткових засобів та повинні враховуватись у сукупності з іншими доказами задля встановлення фактичних обставин у судовому провадженні.

Окремо суд вказав на представлення сторонами публічних заяв посадових осіб, здійснені в різні часи та при різних обставинах. Суд зазначив, що такі заяви можуть братись до уваги, але мають перевірятись на їх дійсність саме в контексті встановлення фактів. Крім того, якщо підсумувати позицію МС ООН, при аналізі зазначених заяв на предмет їх дійсності та з метою встановлення фактичних обставин, суд вказав, що враховуватись мають такі аспекти: коли, з якою метою, перед ким та в яких обставинах було здійснено такі заяви.

Відповідно до позиції МС ООН основним доказом, який має використовуватись для встановлення фактичних обставин справи, є письмові подання сторін та відповідні документи, додані до таких подань.

Суд також окремо висловив свою позицію стосовно свідчень свідків. Зазначивши, що це окремий вид доказів, МС ООН підкреслив, що він може використовувати їх для отримання фактичної інформації у справі. Водночас суд наголосив, що особиста думка та оціночні судження, висловлена такими свідками, не можуть братись судом до уваги.

Як вбачається із вищезазначених підходів до оцінки доказів, які були надані сторонами, МС ООН пристав на традиційний підхід і фактично не винайшов нічого нового. Певні особливості в цьому питанні в діяльності суду були лише щодо оцінки публікацій та публічних заяв посадовців. Хоча навіть у цих питаннях суд був доволі консервативним, що й не дивно, оскільки саме такий підхід дає змогу об'єктивно оцінити такі докази та встановити дійсні фактичні обставини справи.

Поряд з питаннями стандартів доведення необхідно також звернути увагу на інші аспекти зазначеної справи, які хоч і не стосуються питань прийнятності доказів у судовому провадженні, проте можуть бути цікавими для України, враховуючи беручи до уваги події, що тривають на території України і які, у зв'язку з цим, мають стати об'єктом особливої уваги для обґрунтування нею своєї міжнародно-правової позиції.

Передусім МС ООН був повністю однозначним у своїй позиції, що фінансування та підготовка Контрас, якщо будуть доведені, є порушенням принципу заборони застосування сили та погрози силою. Водночас суд зазначив, що надання зброї опозиції іншої держави та інша підтримка не можуть бути кваліфікованими як збройний напад на таку державу⁹. Такі дії мають розглядатись як втручання у внутрішні справи або погроза застосування сили. Водночас МС ООН також зазначив, що одним з виглядів збройного нападу однієї держави на іншу є направлення державою або від імені держави озброєних банд, груп, солдат нерегулярної армії або найманців, які здійснюють проти іншої держави дії військового характеру такого ступеня, що серед іншого фактично становить збройний напад регулярних збройних сил, або значну участь держави, що направила таких осіб, у таких діях¹⁰.

МС ООН встановив, що через підтримку Контрас США намагались здійснити тиск на Нікарагуа щодо питань, які вирішуються державами самостійно в світлі принципу поваги до державного суверенітету. Суд зазначив: якщо одна держава з метою здійснити вплив на іншу державу підтримує напіввійськові угруповання (метою яких є відсторонення від влади діючого уряду) на території іншої держави, такі дії є втручанням у внутрішні справи такої іншої держави. У цьому контексті суд також зазначив, що інтервенція можлива лише на прохання уряду, що знаходиться при владі, і аж ніяк не опозиції¹¹. МС ООН наголосив, що в сучасному міжнародному праві відсутнє право втручатись у справи іншої держави через підтримку опозиції, а посилення на цю обставину США мали політичний, а не правовий характер¹².

Суд також висловив доволі цікаву позицію з приводу контролю над діяльністю Контрас, а також, чи можуть їх дії розглядатись як дії США. МС ООН у якості критеріїв повного контролю над напіввійськовими угрупованнями зазначив наступні: призначення керівництва, організація угруповань, їх тренування, забезпечення, планування операцій, обрання цілей та тактична підтримка. Беручи до уваги ці критерії, суд не знайшов доказів того, що дії Контрас (вбивства, тортури тощо) здійснювались під керівництвом США. Водночас було доведено, що США підготували та надали Контрас посібник з ведення партизанської війни, і через це фактично сприяли порушенню міжнародного гуманітарного права. Таким чином, відповідно до позиції МС ООН не лише пряме керівництво військовими діями становить порушення міжнародного гуманітарного права, а й сприяння таким діям (навіть у такій опосередкованій формі, як підготовка та надання посібників з військової діяльності). Беручи це до уваги, для України важливо розуміти: якщо в будь-якому провадженні на меті стоятиме доведення контролю Російської Федерації над незаконними озброєними угрупованнями на територіях окремих районів Донецької та Луганської областей, Україна буде зобов'язана довести кожному з форм підтримки, здійснювану Російською Федерацією з метою доведення їх відповідності вищезазначеним критеріям. В іншому випадку дії цих угруповань можуть бути не кваліфіковані як безпосередні дії Російської Федерації.

В якості основного висновку МС ООН зазначив, що підтримка Контрас, прохід кораблів США територіальним морем Нікарагуа, мінування портів, прольоти через повітряний простір Нікарагуа, які здійснювались США, становлять не лише порушення принципу заборони застосування сили та погрози силою, а й порушують суверенітет Нікарагуа.

Цікавою була також позиція МС ООН стосовно захисту прав людини як підстави для втручання у внутрішні справи¹³. Щодо цього МС ООН підтримав позицію, згідно з якою підготовка напіввійськових угруповань та пряма збройна діяльність не можуть бути виправданими захистом прав людини, оскільки в цьому випадку така діяльність несумісна з метою, з якою вона здійснюється. Відповідно, США не можуть посилатись на цей аргумент для виправдання своїх дій. Те саме було висловлено МС ООН і щодо самооборони. Суд вказав, що використання цього права можливе, лише якщо держава стала жертвою збройного нападу¹⁴, чого не було в цій справі. Не відкидаючи загальне право держав на самооборону¹⁵, водночас суд також зазначив, що Коста-Рика, Гондурас, Сальвадор та США не заявляли про те, що вони стали жертвами збройного нападу з боку Нікарагуа та не звертались за допомогою одна до одної для здійснення колективної самооборони. Отже, відсутні підстави для посилення на колективну самооборону¹⁶. Разом із тим МС ООН наголосив, що в звичайному міжнародному праві відсутній обов'язок повідомляти Раду Безпеки ООН про збройний напад як умову правомірності застосування самооборони (на відміну від вимог ст. 51 Статуту ООН). Хоча суд зазначив, що відсутність такого повідомлення не перешкоджає державі вдатись до самооборони¹⁷.

Отже, як висновок необхідно зазначити, що у справі Нікарагуа Міжнародний Суд ООН застосовував традиційні підходи до стандартів доведення та встановлення фактичних обставин справи, які застосовуються міжнародними ад'юдикаційними інституціями. Особливою позицією МС ООН була лише щодо оцінки публікацій та заяв посадових осіб. Хоча навіть у цьому випадку суд використав консервативний підхід, що допоміг об'єктивно оцінити фактичні обставини справи. У цьому контексті щодо останнього виду доказів Україні необхідно бути особливо уважною, оскільки наразі наша країна доволі часто обґрунтовує свою міжнародно-правову позицію саме посиленнями на заяви посадових осіб Російської Федерації і ватажків незаконних формувань окремих районів Донецької та Луганської областей. При будь-якому судовому провадженні Україні необхідно буде доволі обережно використовувати цей вид доказів та підтримувати його іншими матеріалами для доведення фактичних обставин.

Якщо ж говорити про інші обставини справи, то тут на особливу увагу заслуговують висновки суду щодо кваліфікації дії, які становлять порушення принципів заборони застосування сили та погрози силою, не втручання у внутрішні справи та державного суверенітету, зокрема те, що підтримка військових та напіввійськових формувань на території іншої держави являє собою порушення означених принципів. Значені питання є лише приблизним переліком питань зі справи Нікарагуа, на які має звернути увагу Україна як стандарти доведення та цілі доведення, якщо говорити про діяльність Російської Федерації на території України. Також ці питання мають продемонструвати основний підхід, які факти мають документуватись для того, щоб вони могли бути прийнятними для будь-якої ад'юдикаційної інституції в майбутньому. Водночас ми маємо пам'ятати, що рішення у справі Нікарагуа не було виконано з огляду на застосування США права вето в Раді Безпеки ООН. Російська Федерація також є постійним членом Ради Безпеки з правом вето, а тому гіпотетична наявність будь-якого рішення МС ООН проти неї не означатиме його автоматичне виконання.

¹ Ховаючись у всіх на очах: війна Путіна проти України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.atlantic-council.org/images/publications/HPS_Ukrainian_web.pdf

² Українська Революція гідності, агресія РФ і міжнародне право. – К. : К.І.С., 2014. – 1016 с.

³ Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, I.C.J., Reports 1986. – P. 14 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&case=70&code=nus&p3=4>

⁴ Міжнародне право: Основні галузі : підруч. / за ред. В. Г. Буткевич. – К. : Либідь, 2004. – 816 с.

⁵ *Ruwanthika Gunaratne*, Nicaragua v. United States (summary) on self defence and use of force : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://ruwanthikagunaratne.wordpress.com/2012/11/15/nicaragua-vs-us-case-summary/>

⁶ Morrison, Fred L. (January, 1987). Legal Issues in The Nicaragua Opinion. American Journal of International Law 81: 160–166. «Appraisals of the ICJ's Decision. Nicaragua vs United State (Merits)»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bailey83221.livejournal.com/55750.html>

⁷ Merrills J. G. International dispute settlement / J. G. Merrills. – [5th. ed.]. – Cambridge : Cambridge University Press, 2011. – P. 143.

⁸ Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, I.C.J., Reports 1986. – P. 14 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&case=70&code=nus&p3=4>

⁹ Ryan Goodman, Michael Schmitt, Having Crossed the Rubicon: Arming and Training Syrian Rebels, 26 September 2014: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.justsecurity.org/15660/crossed-rubicon-arming-training-syrian-rebels/>

¹⁰ Ruwanthika Gunaratne, Nicaragua v. United States (summary) on self defence and use of force : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://ruwanthikagunaratne.wordpress.com/2012/11/15/nicaragua-vs-us-case-summary/>

¹¹ Блищенко І. П. Прецеденти в міжнародному публічному і частному праві. – 2-е изд., доп. / І. П. Блищенко, Ж. Дориа. – М.: Изд-во МНИМП, 1999. – С. 360.

¹² Ruwanthika Gunaratne, Nicaragua vs United States: An Analysis of Jurisprudence on Customary International Law : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://ruwanthikagunaratne.wordpress.com/2014/03/19/nicaragua-case-summary/>

¹³ Nicaragua and international law: the «academic» and the «real», by Anthony D'Amato, 79 American Journal of International Law 657 (1985) (Code A85d) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/Adobefiles/A85d-nicar.pdf>

¹⁴ Міжнародне право: Основні галузі : підруч. / за ред. В. Г. Буткевич. – К. : Либідь, 2002. – С. 222.

¹⁵ Self-defense and the rule of law, by Oscar Schachter, 83 American Journal of International Law 259 (1989) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bailey83221.livejournal.com/57401.html>

¹⁶ Ruwanthika Gunaratne, Nicaragua v. United States (summary) on self defence and use of force : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://ruwanthikagunaratne.wordpress.com/2012/11/15/nicaragua-vs-us-case-summary/>

¹⁷ Ruwanthika Gunaratne, Nicaragua vs United States: An Analysis of Jurisprudence on Customary International Law : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://ruwanthikagunaratne.wordpress.com/2014/03/19/nicaragua-case-summary/>

Резюме

Тропін З. В. Доведення військової та напіввійськової діяльності держави на території іншої держави на прикладі справи Республіка Нікарагуа проти Сполучених Штатів Америки.

Аналізуються питання, що підлягають доведенню для встановлення прихованої агресії держави на прикладі справи між Республікою Нікарагуа та Сполученими Штатами Америки, яка розглядалась МС ООН. Автор доходить висновку, що МС ООН пристав на традиційний підхід оцінки доказів. Певні особливості в цьому питанні були лише щодо оцінки публікацій та публічних заяв посадовців. Хоча навіть у цих питаннях суд був доволі консервативним, що й не дивно, оскільки саме такий підхід дає змогу об'єктивно оцінити такі докази. На думку автора, на особливу увагу заслуговують висновки суду щодо кваліфікації дії, які становлять порушення принципів заборони застосування сили та погрози силою, не втручання у внутрішні справи та державного суверенітету, зокрема те, що підтримка військових та напіввійськових формувань на території іншої держави являє собою порушення означених принципів.

Ключові слова: ад'юдикація, міжнародний спір, Міжнародний Суд ООН, Нікарагуа, військова агресія, напіввійськові формування.

Резюме

Тропін З. В. Доказательство военной и полувоенной деятельности государства на территории другого государства на примере дела Республіка Нікарагуа против Соединенных Штатов Америки.

Анализируются вопросы, подлежащие доказательству при установлении скрытой агрессии государства на примере дела между Республикой Никарагуа и США, которое рассматривалось МС ООН. Автор приходит к выводу, что МС ООН применил традиционные подходы в оценке доказательств. Определенные особенности в этом вопросе были только относительно оценки публикаций и публичных заявлений должностных лиц. Хотя даже в этих вопросах суд был достаточно консервативным, и именно такой подход позволяет объективно оценить такие доказательства. По мнению автора, особого внимания заслуживают выводы суда относительно квалификации деяний, которые являются нарушением принципов запрета применения силы, невмешательства во внутренние дела и государственного суверенитета, особенно то, что поддержка военных и полувоенных групп на территории другого государства является нарушением указанных принципов.

Ключевые слова: адьюдикация, международный спор, Международный Суд ООН, Никарагуа, военная агрессия, полувоенные формирования.

Summary

Tropin Z. Proving of military and paramilitary activity of state within the territory of other state in the case Republic of Nicaragua vs USA.

The present article deals with issues which are to be proved to establish hidden aggression of a state using as an example case Republic of Nicaragua vs USA. The author comes to the conclusion that ICJ used traditional approach for evidence evaluation. Some peculiarities were only concerning evaluation of publications and public statements of officials. But even in these issues the court was rather conservative, and only this approach gives possibility to evaluate such types of evidences impartially. At author's opinion special attention is to be paid to the conclusions of the court concerning actions which constitute violation of principles of prohibition of use of force, non-interference into internal affairs and state sovereignty. Especially that support of military and paramilitary groups within the territory of other state constitutes violation of the said principles.

Key words: adjudication, international dispute, International Court of Justice, Nicaragua, armed aggression, paramilitary groups.

О. О. ХАРЧУК, К. О. ОЗЕРОВА

Олександр Олександрович Харчук, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

Катерина Олександрівна Озерова, студентка Київського університету права НАН України

НАСЛІДКИ ГЛОБАЛЬНОЇ ЗМІНИ КЛІМАТУ: ЕКОЛОГІЧНІ Й ПРАВОВІ ВИКЛИКИ ДЛЯ МІЖНАРОДНОГО СПІВТОВАРИСТВА

Ключовою складовою в проблематиці екологічної кризи XXI сторіччя стала глобальна зміна клімату, яка акумулює в собі першоджерело фатальних наслідків не лише для міжнародного правопорядку, а й для людства загалом. Масштаби впливу кліматичних змін на стан екосистеми, розвиток міжнародної економіки, міжнародні відносини і світову політику вже давно вийшли за встановлені межі. Міжнародне співтовариство активізувалось у напрямі пошуку шляхів розв'язання «кліматичних» проблем, які відбуваються у глобальному просторі. Хибно побудований алгоритм дій міжнародних організацій та провідних держав світу щодо протидії зміні клімату, перш за все, може створити загрозу життю і здоров'ю людини. Відповідно актуальність обраної тематики зумовлена потребою в прогнозуванні наслідків майбутніх кліматичних змін екосистеми, яка пояснюється необхідністю посилення зусиль, спрямованих на попередження кризових ситуацій або/та адаптації до них.

Питанню глобальної зміни клімату приділяли увагу порівняно невелика кількість таких вітчизняних вчених, як: Н. І. Андрусевич, А. Ю. Лопатинська, М. М. Микієвич, Н. М. Удод, В. Я. Шевчук, М. В. Шульга. Значно більше висвітлено в працях зарубіжних вчених, які досліджували вплив та наслідки кліматичних змін на міжнародний правопорядок, зокрема це: Л. Бернштейн, П. Бош, С. Волленберг, К. Енжель, Б. Кемпбел, Р. Кріст, К. МакГрафа, Дж. Нельсон, Д. Оуена, К. Райде, Дж. Сетіара, Н. Стерн, Ф. Торнтон, Дж. Хансен, У. Харе, М. Херреро, А. Чаллінор.

Мета статті – спрогнозувати наслідки подальших змін клімату та запропонувати шляхи їх правового вирішення.

Починаючи з 1960-х років кількість природних катаклізмів зросла утричі – вулкани, торнадо, повені, землетруси, потужні зливи та аномальна спека. Відповідно зросла і кількість людських жертв. Так, спека влітку 2003 р. в Європі забрала життя 70 тис. людей. Жертвами цунамі в Індійському океані в грудні 2004 р. стали майже 230 тис. людей у 14 країнах. У результаті землетрусу на Гаїті в січні 2010 р. загинула 31 тис. осіб. Влітку 2010 р., в період спеки в Росії, загинули 56 тис. осіб. Цунамі й землетрус у Японії в березні 2011 р. забрали 18400 життів, які були офіційно підтверджені та 17339 людей, які зникли безвісти.

2015 рік продемонстрував, що природні умови швидко змінюються – у Європі постійні повені, кількість опадів значно перевищує норму, у той час як у Ефіопії про таке, напевно, лишень мріють. Сполучені Штати Америки після руйнівного торнадо накрили сніжні бурі. Якщо розглядати зазначене з економічної точки зору, то в результаті повені в Республіці Малаві 2015 р. половина території країни є зоною лиха, оскільки постраждало більше 63,9 тис. гектарів землі, збиток був оцінений у 51 мільйон доларів. У тому ж році збиток через повінь в Чилі склав не менше як 1,5 млрд дол. США. Для Ефіопії сильна посуха через відсутність дощу означає, що врожайність в найбільш постраждалих районах знизилася на 90 %. Уряд Ефіопії виділив майже 130 млн фунтів стерлінгів для боротьби з економічним занепадом, однак для повноцінного подолання наслідків посухи необхідно ще 330 мільйонів. Більшість ефіопців досі пам'ятають голод 30 років тому, внаслідок якого загинуло майже 400 тис. співвітчизників.

Отже, глобальна зміна клімату впливає абсолютно на всі сфери суспільного життя – міжнародну економічну діяльність, екосистему, світову політику та міжнародне право.

Умовно наслідки подальших змін клімату можна класифікувати за ознакою завдання шкоди навколишньому середовищу на: екологічні, соціальні, економічні, політичні, правові.

Екологічні – глобальні процеси, які характеризуються зміною природних умов: температури, опадів, вологості, вітру тощо. У 1992 р. на Конференції ООН з навколишнього середовища в Ріо-де-Жанейро було розроблено й прийнято Ріо-де-Жанейрську Декларацію з навколишнього середовища і розвитку 1992 р. (далі – Декларація 1992 р.). У Принципі 7 проілюстрована основна суть Декларації 1992 р. – «держави повинні співпрацювати в дусі глобального партнерства в цілях збереження, захисту і відновлення здорового стану і цілісності екосистеми Землі» шляхом «...обміну науково-технічними знаннями і розширення розробки, адаптації, поширення та передачі технологій, включаючи нові та новаторські технології» (Принцип 9) та «...прийняття ефективних законодавчих актів у галузі навколишнього середовища» (Принцип 11)¹. Ці принципи означають, що міжнародний економічний розвиток має відбуватися без завдання шкоди навколишньому середовищу.

Однією з організацій, яка займається дослідженням зміни клімату, є Консультативна група з міжнародних сільськогосподарських досліджень (анг. *Consultative Group on International Agricultural Research*). Вона керує проектом «Зміна клімату, сільське господарство і продовольча безпека», який досліджує вплив зміни клімату саме на сільське господарство². У проекті акцентується увага, що кліматичні зміни будуть впливати на всі аспекти продовольчої безпеки населення планети, зокрема зміни у спектрі культур, які можуть вирощуватись на різних територіях, і врожайність цих культур. Прогнозується втрата продуктивності тваринництва та зміна в доступності та якості кормів, води. Особливо зміни торкнуться підводного світу – вимирання цілих популяцій морських організмів, поширення захворювань аквакультур та риб. Також очікується, що часті екстремальні погодні явища через зміну клімату можуть призвести до пошкодження продовольчої інфраструктури, що негативно вплине на збереження і розподіл продовольства. Останнє призведе до зростання ціни на продовольчі ресурси, від чого найбільш уражені будуть бідні верстви населення. Крім того, зі зміною клімату невинно зростатиме ерозія ґрунту, можливі зсуви, збільшення кількості зволожений земель. В окремих районах Землі, навпаки, переважаатимуть посухи, родючість ґрунту значно зменшиться, що призведе до необхідності штучного вирощування культур. Збільшення кількості опадів у зимовий період може призвести до затоплень більшої частини земної території, і навпаки, зменшення кількості опадів у літній період може зумовити водну напругу³.

Соціальні – включають в себе процеси, пов'язані із прямою загрозою життю людини, зміною соціального устрою держави, демографічною стагнацією. Amnesty International та Greenpeace International наразі загострюють увагу на масових порушеннях прав людини на життя, воду, продукти харчування, охорону здоров'я, житло, що вже відбуваються у зв'язку зі зміною клімату. Кількість людей, що страждатимуть від голоду, спричиненого кліматичними змінами, до 2080 р. сягатиме 600 млн людей⁴.

Всесвітня організація охорони здоров'я (далі – ВООЗ) прогнозує, що кліматичні аномалії заберуть життя майже 250 тис. людей протягом 2030–2050 рр. Зокрема, 38 тис. людей похилого віку загрожує смерть від спеки, ще 48 тис. людей – від епідемії, 60 тис. – малярії, а 95 тис. дітей – від недоїдання. Тобто, кліматичні зміни стануть головною причиною бідності в світі, оскільки у зв'язку з перенаселенням планети в найближчому майбутньому виникне нестача світових ресурсів, продовольства, прісної води і належних умов санітарії. 18 грудня 2015 р. у Женеві Генеральною Асамблеєю ООН за участі Уповноваженого доповідача від ООН з питань прав людини на воду і санітарію Лео Хеллер і Голови Комітету ООН з економічних, соціальних і культурних прав Валід Саді, відбулося проголошення визнання «права людини на санітарію» як окремого права разом із «правом людини на безпечну питну воду». Відомо, що 2,5 млрд людей все ще не мають доступу до покращеної санітарії, однак Ціль 7 щодо санітарії не була виконана серед 18 Цілей Розвитку Тисячоліття до 2015 р.⁵

Новим явищем для міжнародного права та державного соціального устрою стала поява «кліматичних» біженців із країн Азійського та Африканського регіонів. За статистикою Amnesty International та Greenpeace International 157,8 млн людей вже були змушені залишити свої домівки протягом останніх семи років у результаті екстремальних погодних умов. У зв'язку з кліматичними змінами, ризик переселення найближчим часом може досягти катастрофічних розмірів – шторми, повені, підвищення рівня моря, посухи, матимуть вплив на велику кількість людей, у всьому світу⁶.

Економічні – глобальні процеси, які стосуються змін у міжнародній економічній системі. Сільське господарство – ключовий сектор міжнародної торгівлі та міжнародної економічної системи в цілому, який є найбільш відчутним до зміни клімату. У більшості країн, що розвиваються, очікується скорочення від 5 % до 10 % врожайності основних зернових культур. Урожайність в окремих африканських країнах може впасти на 50 % до 2020 р., а дохід від продажу сільськогосподарських культур – на 90 % до 2100 р. залежно від місця розташування держави. Сільське господарство також водночас буде відчувати нестачу води через втрату льодовикових талих вод і зменшення кількості опадів або посухи⁷.

Відповідно до Концепції сталого розвитку, розробленої в межах ООН, економічне зростання має відбуватися без завдання збитків навколишньому середовищу. У 1972 р. ООН провела в Стокгольмі конференцію з питань навколишнього середовища, під час якої було представлено результати дослідження «Контроль за викидами підприємств та міжнародна торгівля», підготовленого Секретаріатом Генеральної угоди з тарифів і торгівлі (далі – ГАТТ)⁸.

Ключовим питанням під час діяльності ГАТТ був «зелений протекціонізм» – впровадження заходів екологічної політики на міжнародному ринку. Однак на практиці «зелена» протекціоністська політика включає «зелені» заходи, що відображаються в національних пакетах стимулювання економіки, задля отримання певної економічної вигоди. Це означає навмисне застосування тарифів щодо захисту або підтримки «зеленої» промисловості, яка зароджується в країні⁹.

Занепад сільського господарства, регрес міжнародної торгівлі, знецінення валюти, крах Ямайської валютної системи, усі ці чинники акумулюють в собі катаморфоз міжнародної економічної системи.

Політичні – глобальні процеси, які націлені змінити міжнародні відносини та світову політику. Очікується перехід від поліполярної системи міжнародних відносин до біполярної. Оскільки дефіцит світових ресурсів, питної води, спричинить кризові ситуації серед держав світу. Набуде загострення проблема «Північ – Південь», де бідні країни через глобальні проблеми голоду, катастрофи (шторми, повені, засухи) не зможуть змагатися з розвиненими країнами за продовольчі ресурси і переходитимуть в колоніальну залежність від них. Провідні країни світу знову проведуть демаркаційні лінії на карті світу. Не виключені війни загарбницького характеру.

Правові – процеси, які зумовлюють фіаско існуючій системі міжнародних відносин та міжнародного правопорядку. Враховуючи соціальні, екологічні, економічні, політичні наслідки глобальної зміни клімату слід зазначити, що відбудеться нівелювання міжнародно-правових актів. Свого поширення набуде правовий нігілізм, як свідоме ігнорування вимог міжнародного права зі сторони світових країн-лідерів. Інституційний механізм ООН, який вже потребує негайного реформування, не в змозі реагувати на екологічні виклики XXI століття та протидіяти змінам клімату.

Отже, виходячи з прогнозів щодо майбутніх наслідків зміни клімату, варто орієнтуватись на викладений нижче комплекс пропозицій та рекомендацій, спрямованих на пом'якшення наслідків зміни клімату й адаптації до них.

1. Як зазначає Ю. С. Шемчушенко, чинне міжнародне екологічне право не є достатньо досконалим засобом для розв'язання відповідних проблем. Воно належним чином не систематизоване і не кодифіковане. У його системі відсутній базовий правовий акт, попри те, що в галузі існують міжнародно-правові акти загального характеру – Стокгольмська декларація з навколишнього середовища, Декларація Ріо-де-Жанейро з навколишнього середовища і розвитку (1992 р.), Всесвітня хартія природи (1982 р.). Ці документи не мають обов'язкової юридичної сили і не є системо-утворюючими для міжнародного екологічного права. Тому, необхідним кроком міжнародного співробітництва держав у протидії глобальним кліматичним змінам є прийняття Екологічної Конституції Землі (далі – Конституція). Пропонована Конституція має на меті вирішити низку важливих для світової спільноти глобальних екологічних проблем: сформувати систему екологічних прав людини і закріпити її право на безпечне навколишнє середовище (право людини на безпечне навколишнє середовище є відправною точкою для формування усіх інших екологічних прав людини, а його забезпечення – головною метою міжнародного екологічного співробітництва держав. Слідом за ним доцільно закріпити й інші екологічні права людини: здійснення загального і спеціального використання природних ресурсів; вільний доступ до інформації про стан навколишнього середовища та вільне отримання відповідної інформації; участь у прийнятті рішень з екологічних питань та участь у проведенні екологічної експертизи на національному й міжнародному рівнях; одержання екологічної освіти), визначити напрями світової екологічної політики, а також екологічного співробітництва держав та міжнародних організацій; заповнити прогалини в міжнародно-правовому регулюванні екологічних відносин; сприяти узгодженому розвитку національних систем екологічного законодавства. Крім того, прийняття Конституції сприяло б підвищенню ефективності застосування міжнародної відповідальності за екологічні правопорушення, у тому числі й за порушення положень Конституції¹⁰. Крім того, відбулося б юридичне закріплення мінімального стандарту екологічних прав людини, так званий «мінімально допустимий консенсус». Положення Конституції не лише встановили б перелік загально визнаних прав, а й зафіксували їх певний необхідний обсяг, мінімальний рівень, на якому останні мають реалізовуватись.

2. Пріоритетним напрямом забезпечення екологічного правопорядку у світі є створення єдиної судової інституції універсального характеру. Запровадження конвенційного механізму забезпечення реалізації Конституції – це закріплення судових гарантій. Наразі міжнародні судові спори екологічного характеру розглядаються переважно загальними судами. Прикладами таких судів є Міжнародний суд ООН, Міжнародний арбітражний суд, Європейський суд з прав людини, а також деякі спеціалізовано-галузеві судові органи – Міжнародний трибунал з морського права, Міжнародний морський і річковий арбітражний суд. У минулому столітті була невдала спроба утворити міжнародний екологічний суд, який мав назву Міжнародний суд екологічного арбітражу та примирення. Зараз доктрина схиляється до ідеї створення Міжнародного екологічного суду під егідою ООН, який відповідно до міжнародного права вирішуватиме юридичні спори між суб'єктами міжнародного права і виноситиме юридично-обов'язкові рішення.

3. Участь держав у стратегічних галузевих партнерствах має стати не правом, а обов'язком. Міжнародне співтовариство повинне інвестувати в інноваційні технології, що сприятимуть технічному переоснащенню виробництва на основі впровадження інноваційних проектів, енергоефективних і ресурсозберігаючих технологій, маловідходних, безвідходних та екологічно безпечних технологічних процесів. Amnesty International та Greenpeace International вже закликали уряди на Конференції ООН з питань клімату 2015 р. у Парижі прийняти поетапну відмову від викопного палива і забезпечення 100 % відновлюваної енергії для всіх держав до 2050 року.

4. Запровадити механізм контролю, який би слідкував за тим, що міжнародна торгівля й міжнародна економічна діяльність повинні проводитись з урахуванням оптимального використання світових ресурсів та без завдання шкоди навколишньому середовищу та правам людини відповідно до цілей Концепції сталого розвитку проголошеної в Ріо-де-Жанейро в 1992 р.

5. Держави повинні дотримуватися взятих на себе міжнародних зобов'язань у усіх аспектах, пов'язаних зі зміною клімату. Перш за все, це стосується зобов'язань у галузі прав людини – запобігати всім формам дискримінації; гарантувати гендерну рівність; забезпечувати право на екологічну інформацію. У межах державних кордонів уряди мають вживати заходів для надання допомоги постраждалим у ході кліматичних змін, забезпечити доступ до чистої води і санітарії, право на житло, харчування, гарантувати права на безпечне навколишнє середовище. Це допоможе зменшити кількість «кліматичних» біженців, сприятиме їх рівномірному розподілу. Держави повинні на національному рівні запровадити механізми для забезпечення правового захисту тих, чий права були порушені в результаті кліматичних змін та проводити постійний моніторинг національними органами щодо порушень прав людини, пов'язаними зі зміною клімату.

Всі вищенаведені пропозиції та рекомендації можливі за умов налагодження діалогу між людством і природою. Міжнародне співтовариство має піти на поступки, тим самим зменшити негативний вплив на навколишнє середовище та раціонально і ефективно використовувати світові природні ресурси без руйнування екологічної системи. Завдяки прогнозуванню та плануванню на належному рівні із залученням інноваційних технологій науки необхідно реалізовувати заходи, спрямовані на пом'якшення наслідків зміни клімату й адаптації до них.

¹ Декларація Ріо-де-Жанейро щодо навколишнього середовища та розвитку від 14.06.1992 / United Nation [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/riodecl.shtml

² Лопатинська А. Ю. Очікувані наслідки зміни клімату // Вісник Дніпропетровського університету. Серія «Економіка». – 2011. – № 5 (2). – С. 29.

³ Agriculture, Food Security and Climate Change: Outlook for Knowledge, Tools and Action. – CCAFS, 2010. – Report № P. 4.

⁴ Спільна заява: Greenpeace – Amnesty International / Amnesty International. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amnesty.org.ua/nws/spilna-zayava-greenpeace-amnesty-international/>

⁵ Right to sanitation, a distinct human right – Over 2.5 billion people lack access to sanitation. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/RU/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16903&LangID=E>

⁶ Спільна заява: Greenpeace – Amnesty International / Amnesty International. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://amnesty.org.ua/nws/spilna-zayava-greenpeace-amnesty-international/>

⁷ Stern Review Report on the Economics of Climate Change. Pre-publication edition. – 2012. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.hm-treasury.gov.uk/independent_reviews/stern_review_economics_climate_change/stern_review_report.cfm.

⁸ GATT, Industrial Pollution Control and International Trade. – 9 June 1971. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90840247.pdf

⁹ Понфалуші Д. Подвійність екологічних стандартів, або в чому полягає політика «зеленого» протекціонізму. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://iac.org.ua/podvynist-ekologichnih-standartiv-abo-v-chomu-polyagaye-politika-zelenogo-protetsionizmu/>

¹⁰ Шемшученко Ю. С. Екологічна конституція Землі: від ідеї до практичного втілення / Ю. С. Шемшученко // Вісник Національної Академії наук України. – 2007. – № 9. – С. 4.

Резюме

Харчук О. О., Озерова К. О. Наслідки глобальної зміни клімату: екологічні й правові виклики для міжнародного співтовариства.

Авторами розглянуто глобальну проблему зміни клімату в міжнародному екологічному праві. Проаналізовано основні тенденції та масштаби впливу кліматичних змін на стан екосистеми, розвиток міжнародної економіки, міжнародні відносини і світову політику. Класифіковано майбутні наслідки кліматичних змін у глобальному просторі, зокрема екологічні, соціальні, економічні, правові та політичні. Наведено перелік пропозицій та рекомендацій, спрямованих на пом'якшення наслідків зміни клімату або/та адаптації до них.

Ключові слова: зміна клімату, міжнародне право, екосистема, наслідки зміни клімату, навколишнє середовище.

Резюме

Харчук А. А., Озерова К. А. Последствия глобального изменения климата: экологические и правовые вызовы для международного сообщества.

Авторами рассмотрено глобальную проблему изменения климата в международном экологическом праве. Проанализированы основные тенденции и масштабы влияния климатических изменений на состояние экосистемы, развитие международной экономики, международные отношения и мировую политику. Классифицированы будущие последствия климатических изменений в глобальном пространстве, в частности экологические, социальные, экономические, правовые и политические. Приведен перечень предложений и рекомендаций, направленных на смягчение последствий изменения климата или/и адаптации к ним.

Ключевые слова: изменение климата, международное право, экосистема, последствия изменения климата, окружающая среда.

Summary

Kharchuk O., Ozerova K. The consequences of global climate change: environmental and legal challenges to the international community.

The authors considered the global problem of the climate change in international environmental law. The basic trends and the extent of the climate change impact on the condition of the ecosystem, the development of the international economy, international relations and world policy. Classified future consequences of the climate change in the global environment, including environmental, social, economic, legal and political. The list of the proposals and recommendations aimed at mitigating the effects of the climate change or/and adaptation.

Key words: climate change, international law, ecosystem, consequences of climate change, environment.

І. Є. ХМЕЛЬОВА

Ілона Євгеніївна Хмельова, член Української асоціації міжнародного права

НЕВИЗНАННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ

Міжнародне співтовариство ніколи не було і не є сталим утворенням, саме тому інститут визнання є важливим як для міжнародного права, так і для міжнародних відносин. Велике значення мають акти невизнання, які наділені особливою природою та призводять до ряду специфічних наслідків. Дані питання є актуальними для України у зв'язку з агресією Російської Федерації, яка розпочалася у 2014 р. з окупації та протиправної анексії Криму. Зокрема, у доповіді Асоціації міжнародного права, яка була підготовлена у березні 2014 р. за результатами Вашингтонської конференції, було зазначено, що події в Криму не можуть не відновити наукові дискусії щодо певних аспектів невизнання, насамперед – щодо можливості за певних обставин розглядати невизнання як юридичний обов'язок держав¹.

Невизнання висвітлювалося як в класичній доктрині міжнародного права, так і в роботах сучасних науковців. Дане питання досліджували, зокрема: Я. Броунлі, Т. Д. Грант, Г. Лаутерпахт, В. В. Мицик, Д. І. Фельдман, М. Шоу та багато інших юристів-міжнародників. Водночас зберігається нагальна потреба системного вивчення невизнання та його особливого місця у сучасному міжнародному праві.

Метою статті є дослідження актів невизнання та їхніх правових наслідків. Крім того, завданнями статті є надання пропозицій щодо класифікації актів невизнання у міжнародному праві; вивчення доцільності, за певних умов, розглядати невизнання як міжнародно-правовий обов'язок держави; доведення неможливості використання невизнання як міжнародно-правової санкції.

Невизнання розглядається у міжнародному праві в широкому та вузькому значенні. Невизнання *sensu stricto* можна визначити як наочно засвідчену заяву або таку, що припускається, або інші дії чинного суб'єкта міжнародного права, які заперечують факт політичного та правового існування нового утворення на міжнародній арені і свідчать про неможливість встановлення з ним міжнародних відносин. Об'єктом невизнання *sensu stricto* у переважній більшості випадків є утворення, яке прагне отримати статус держави або уряду. Таке невизнання в доктрині міжнародного права відносять до одного з типів визнання². Наприклад, Родезія проголосила незалежність у листопаді 1965 р. і за роки свого існування не отримала жодного офіційного визнання. Рада Безпеки ООН наступного дня після проголошення незалежності Родезією ухвалила резолюцію, в якій закликала всі держави не визнавати Родезію та жодним чином не сприяти цьому утворенню в отриманні визнання³.

Невизнання *sensu lato* пов'язують, як правило, з доктриною держсекретаря США Стімсона, розробленою в 1930-х роках⁴. Дана доктрина ґрунтувалась на загальному принципі права *ex injuria jus non oritur* і була зумовлена японським захопленням Манджурії у 1931 році⁵. У своїх нотах від 7 січня 1932 р. до Японії та Китаю Стімсон закріпив наступне положення: «США не мають наміру визнавати становище, договір або угоду, що суперечать умовам та обов'язкам Паризького договору від 27 серпня 1928 року»⁶. У подальшому дане рішення було підтверджене Асамблеєю Ліги Націй, що ще раз засвідчило важливість Пакту Бріана-Келлога. Таким чином, об'єктом невизнання *sensu lato* може бути майже будь-яка ситуація чи юридичний факт. Наприклад, Ян Броунлі писав про визнання та невизнання певних прав, розглядаючи невизнання як можливу реакцію однієї держави на дії іншого суб'єкта міжнародного права, які стосуються певних інтересів цієї держави⁷. Можна зробити висновок, що акт невизнання, як і акт визнання, може бути пов'язаним зі ставленням суб'єктів міжнародного права до фактів, ситуацій, дій, певного правового положення нових національних утворень, які становлять суттєве значення для міжнародних відносин⁸.

На думку автора, невизнання *sensu stricto* має більше особливих та власне правових характеристик; будучи частиною інституту визнання, воно має чітко окреслене місце в структурі та системі сучасного міжнародного права.

Невизнання доцільно поділяти на активне та пасивне. Активне невизнання пов'язане з явно вираженою позицією суб'єкта міжнародного права щодо заперечення появи нового утворення на міжнародній арені. Пасивне невизнання має місце, коли суб'єкт не робить жодних заяв про появу нового утворення, одночасно не намагаючись встановити з таким утворенням жодних контактів чи відносин. Разом із тим висловлювані в доктрині думки про те, що активне невизнання та відсутність визнання (пасивне невизнання) спричиняють дорізно різні правові наслідки⁹, не мають практичного підтвердження.

На сьогодні існують спроби пов'язати доктрину невизнання (зокрема, спираючись на консультативний висновок Міжнародного Суду ООН щодо Намібії 1971 р.) з інструментом санкцій та методом впливу у міжнародному праві¹⁰. У доктрині стверджується, що практика невизнання нових держав чи нелегітимних урядів не є новою для історії міжнародних відносин і застосовувалася, зокрема, США¹¹. Слід підкреслити, що

для сучасного міжнародного права неприпустимим є застосування невизнання держав чи урядів в якості міжнародно-правових санкцій. Це порушувало б усталені підходи до інституту санкцій у міжнародного права. Водночас сам акт невизнання за певних обставин, не будучи санкцією, може змушувати певне утворення припинити міжнародне протиправне діяння. Особливо ефективним є колективне невизнання, основою якого може бути рішення впливової міжнародної організації¹². Крім того, на думку Томаса Гранта, невизнання з боку більшості міжнародного співтовариства може також слугувати виправданням чи передумовою для застосування санкцій чи контрзаходів, зокрема в економічній сфері¹³. Наприклад, якщо нове утворення з'явилося внаслідок порушення імперативних норм міжнародного права та не було визнано в якості держави переважною більшістю суб'єктів, що існують на міжнародній арені, це може бути додатковим аргументом на користь запровадження санкцій (у разі неефективності норм інституту міжнародно-правової відповідальності) проти такого утворення чи держави, яка сприяла його появі.

Важливим для сучасного міжнародного права є питання існування в держав обов'язку невизнання за певних обставин. У висезгаданій доповіді Асоціації міжнародного права відзначається наявність послідовної практики держав не визнавати певне утворення, коли воно не відповідає критеріям державності або коли є відповідне рішення Ради Безпеки ООН. Крім того, деякі держави стверджують, що обов'язок невизнання існує, коли певне утворення з'явилося внаслідок порушення імперативних норм міжнародного права¹⁴. Остання теза може бути підтверджена рядом міжнародно-правових положень. Зокрема, у Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй 1970 р., передбачається, що жодні територіальні придбання, які є результатом погрози силою або її застосування, не повинні визнаватися законними¹⁵. Стаття 5 визначення агресії, затвердженого резолюцією 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1974 р., закріплює, що жодне територіальне придбання або особлива вигода, отримані в результаті агресії, не є і не можуть бути визнані законними¹⁶.

Ян Броунлі вважає, що, поза всяким сумнівом, держави, які беруть участь в системі колективної безпеки чи інших багатосторонніх міжнародних договорах, мають обов'язок не підтримувати і не санкціонувати певні дії та ситуації. Такий обов'язок може бути пов'язаним із зобов'язанням невизнання, передбаченим рішенням певного органу ООН. Наприклад, резолюції Ради Безпеки ООН 1965 р. та 1966 р. кваліфікували режим Сміта в Родезії як протиправний з точки зору Статуту ООН та закликали всі держави світу не визнавати цей злочинний уряд¹⁷. Томас Грант вважає обов'язком міжнародного співтовариства продовжувати невизнання Абхазії та Південної Осетії, які утворилися внаслідок інтервенції Російської Федерації¹⁸. Подібна ситуація мала місце з невизнанням Північного Кіпру, що стало наслідком захоплення та окупації Туреччиною цієї території¹⁹. Тобто, існує консенсус щодо того, що держави зобов'язані не визнавати певне утворення, якщо дана ситуація пов'язана з порушенням територіальної цілісності іншого суб'єкта міжнародного права²⁰. Водночас Томас Грант розрізняє невизнання як юридичний обов'язок та утримання від визнання як політичний акт. Прикладом останнього, на думку дослідників, може бути позиція інституцій ЄС щодо відносин з Косово²¹.

Слід зазначити, що обов'язок не визнавати може розумітися досить широко. Зокрема, припускається, що держави повинні не лише не здійснювати жодних процедур, пов'язаних з актом визнання, а й не чинити жодних дій, які можуть бути розтлумачені як такі, що мають на увазі визнання чи потенційну перспективу його надання в майбутньому²².

Необхідно підкреслити, що невизнання має ряд політичних та юридичних наслідків. Невизнане утворення не може претендувати на взаємовигідні відносини із суб'єктами міжнародного права, не має політичного впливу на міжнародній арені, перебуваючи у своєрідній ізоляції. У доктрині прийнято вважати, що «невизнані або частково визнані держави – геополітичні утворення, визнані обмеженим колом визнаних країн світу або невизнані жодною, але фактично певною мірою відповідають необхідним ознакам державності»²³. Тобто, невизнання, якщо воно виражає спільну позицію держав певного регіону чи міжнародного співтовариства в цілому, може впливати на потенційний статус певного утворення у міжнародних відносинах.

Загальноприйнятою в доктрині є думка, що невизнання породжує ряд правових наслідків. Так, М. Шоу говорить про те, що певні права, серед яких можна виділити визнання актів виконавчої та законодавчої влади національними судами, надання відповідним особам привілеїв чи імунітетів, можливість отримання відповідного майна у випадку правонаступництва, виникають лише після акту визнання²⁴. Втім, якщо можливість існування взаємозв'язку між актом визнання та набуттям ряду прав та привілеїв не викликає сумніву, то характер даного зв'язку, його перманентність та обов'язковість мають суперечливі оцінки в теоретичному вимірі та по-різному проявляють свою практичну реалізацію.

Вищезгадані можливі наслідки невизнання доводять, що воно не може бути свавільним і не повинні використовуватися для політичного тиску. Г. Лаутерпахт зазначав, що держави не можуть використовувати акти визнання та невизнання для задоволення їхніх політичних чи суспільних інтересів, і оскільки в міжнародному праві не існує жодної вищої влади, природним є те, що надання визнання відповідно до критеріїв права та справедливості є обов'язком держав²⁵. Підтримував ідею про обов'язковість визнання і Д. І. Фельдман, який вважав, що такий обов'язок сприятиме розвитку міжнародного співробітництва, а за необґрунтоване невизнання має настати міжнародно-правова відповідальність²⁶.

Таким чином, невизнання має особливе місце у міжнародному праві та важливе значення для сучасних міжнародних відносин. Акт невизнання, маючи політичну складову, є правовим за своєю природою і

пов'язаний з низкою юридичних наслідків. Саме тому необхідним є встановлення чітких критеріїв для невизнання. Водночас у сучасному міжнародному праві за певних обставин невизнання може розглядатися як обов'язок держави; хоча неприпустимим є використання невизнання як міжнародно-правової санкції. При класифікації актів невизнання враховується низка критеріїв. Невизнання можна поділити на активне та пасивне, залежно від характеру дій відповідного суб'єкта міжнародного права. Залежно від об'єкта невизнання та сфери застосування невизнання його можна розглядати у вузькому та широкому значенні, виділяючи невизнання *sensu stricto* та *sensu lato*. Особлива природа і тенденції розвитку невизнання мають бути враховані при розробці та ухваленні універсальної кодифікації з питань визнання в міжнародному праві.

¹ Conference Report 2014 Washington // International Law Association. – Committee: Recognition/Non-recognition in International Law. – P. 26 : [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1032>

² Мицик В. В. Визнання в міжнародному праві // Міжнародне право. Основи теорії : підруч. / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – С. 344–365. – С. 346.

³ Shaw Malcolm N. International law: Sixth edition / Malcolm N. Shaw. – Cambridge: Cambridge University press, 2008. – 1542 p. – P. 469.

⁴ Recognition // International law // Encyclopædia Britannica : [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/291011/international-law/233507/Recognition>

⁵ Shaw Malcolm N. Вказана праця. – P. 468.

⁶ Фельдман Д. И. Признание государств в современном международном праве / Д. И. Фельдман. – Казань : Изд-во Казанского университета, 1965. – 260 с. – С. 227.

⁷ Броунли Я. Международное право (в двух книгах): Книга первая / Я. Броунли ; пер. С. Н. Адрианова / под ред. Г. И. Тункина. – М. : Прогресс, 1977. – 536 с. – С. 145–146.

⁸ Мицик В. В. Визнання в міжнародному праві: сучасне теорія та практика / В. В. Мицик // Міжнародний правопорядок: сучасні проблеми та їх вирішення : зб матеріалів конференції (м. Київ, 19 лютого 2015 р.). – Л. : СПОЛЮМ, 2015. – 216 с. – С. 50.

⁹ Grant Thomas D. Aggression against Ukraine: Territory, Responsibility, and International Law / Thomas D. Grant. – Palgrave Macmillan, 2015. – 320 p. – P. 39.

¹⁰ Shaw Malcolm N. Вказана праця. – P. 470.

¹¹ Middlebush Frederick Arnold. Non-recognition as a sanction of international law / Frederick Arnold Middlebush // Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921–1969). – Vol. 27 (April 27–29, 1933). – P. 40–55 : [Electronic resource]. – Access mode : http://www.jstor.org/stable/25656858?seq=1#page_scan_tab_contents

¹² Броунли Я. Вказана праця. – С. 162.

¹³ Grant Thomas D. Вказана праця. – P. 99.

¹⁴ Conference Report 2014 Washington // International Law Association. – Committee: Recognition/Non-recognition in International Law. – P. 26 : [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1032>

¹⁵ Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_569/conv

¹⁶ Определение агрессии : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/aggression.shtml

¹⁷ Броунли Я. Вказана праця. – С. 162.

¹⁸ Grant Thomas D. Вказана праця. – P. 40.

¹⁹ Там само. – P. 63.

²⁰ Там само. – P. 64.

²¹ Там само. – P. 91.

²² Там само. – P. 89.

²³ Мицик В. В. Вказана праця.

²⁴ Shaw Malcolm N. Вказана праця. – P. 471–472.

²⁵ Lauterpacht H. Recognition of States in International Law / H. Lauterpacht // The Yale Law Journal. – Vol. 53. – No. 3. – P. 385 : [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.jstor.org/discover/10.2307/792830?uid=3739232&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101620567277>

²⁶ Фельдман Д. И. Вказана праця. – С. 46.

Резюме

Хмельова І. Є. Невизнання в міжнародному праві.

Інститут визнання посідає важливе місце в міжнародному праві, а дослідження невизнання має не лише теоретичне, але й практичне значення. Стаття присвячена дослідженню актів невизнання та їхніх правових наслідків. Стаття надає пропозиції щодо класифікації актів невизнання у міжнародному праві; пропонується поділяти невизнання на активне та пасивне. Крім того, доцільно розрізняти невизнання *sensu stricto* та невизнання *sensu lato*. У статті доводиться, що сучасне міжнародне право може за певних умов розглядати невизнання як міжнародно-правовий обов'язок держави. Наголошується на неможливості використання невизнання як міжнародно-правової санкції. Підкреслюється, що невизнання має ряд політичних та юридичних наслідків, тому суб'єкти міжнародного права не мають зловживати невизнанням. Важливим є врегулювання питань невизнання в універсальній кодифікації.

Ключові слова: міжнародне право, визнання в міжнародному праві, невизнання, правові наслідки невизнання, обов'язок невизнання, санкції, класифікація.

Резюме

Хмелева І. Є. Непризнание в международном праве.

Институт признания занимает важное место в международном праве, а исследование непризнания имеет не только теоретическое, но и практическое значение. Статья посвящена исследованию актов непризнания и их правовых последствий. В статье представлены предложения по классификации актов непризнания в международном праве, также предлагается разделять непризнание на активное и пассивное. Кроме того, целесообразно различать непризнание *sensu stricto* и непризнание *sensu lato*. В статье доказывается, что современное международное право может при определенных условиях рассматривать непризнание как международно-правовую обязанность государства. Отмечается невозможность использования непризнание как международно-правовой санкции. Подчеркивается, что непризнание имеет ряд политических и юридических последствий, поэтому субъекты международного права не имеют права злоупотреблять непризнанием. Важным является урегулирование вопросов непризнания в универсальной кодификации.

Ключевые слова: международное право, признание в международном праве, непризнание, правовые последствия непризнания, обязанность непризнания, классификация.

Summary

Khmeleva I. Non-recognition in international law.

Institute of recognition has an important role in international law and research devoted to non-recognition has not only theoretical but also practical importance. The essay deals with acts of non-recognition and their legal consequences. The essay provides suggestions for classification of acts of non-recognition in international law; it is proposed to divide non-recognition into active and passive. It is also advisable to distinguish between non-recognition *sensu stricto* and non-recognition *sensu lato*. The essay argues that contemporary international law in certain circumstances may consider non-recognition to be an international legal obligation of a state. The essay also emphasizes the impossibility of using non-recognition as the international legal sanction. The essay proves that non-recognition has a number of political and legal implications; that is why subjects of international law should not use non-recognition groundless. It is important to provide for regulation of non-recognition in a universal codification.

Key words: international law, recognition in international law, non-recognition, legal consequences of non-recognition, obligation of non-recognition, sanctions, classification.

ATTILA PETERFALVI, ANETT HORVATH

Dr. Attila Péterfalvi PhD, Honorary University Professor, National University of Public Service, Faculty of Political Sciences and Public Administration, Budapest (Nemzeti Közszolgálati Egyetem, Államtudományi és Közigazgatási Kar, Budapest), President of the National Authority for Data Protection and Freedom of Information

Dr. Anett Horváth, University Teacher, PhD studies in progress, PhD dissertation theme: State supervision of the financial management of political parties, National University of Public Service, Faculty of Political Sciences and Public Administration, Budapest (Nemzeti Közszolgálati Egyetem, Államtudományi és Közigazgatási Kar, Budapest)

**THE TRANSPARENCY OF FINANCIAL MANAGEMENT OF POLITICAL PARTIES
AND THE EFFECTIVENESS OF THE IMPLEMENTATION
OF FREEDOM OF INFORMATION**

Abstract

Creating an optimal balance between data protection and data publicity is not easy, even with operating a system of precision containing wide range of complexity. However, in a democratic state governed by the rule of law it is indispensable. A dedicate balance between data protection and freedom of information concerning financial management of political parties is an everyday topic in both literature and judicial practice. According to the control mechanism of the democratic rule of law, the relevant area that needs to be examined is mainly the transparency of the party, the effectiveness of the implementation of freedom of information.

Introduction

Creating an optimal balance between data protection and publicity is not easy, even with operating a system of precision containing wide range of complexity, However, in a democratic state governed by the rule of law it is indispensable. The National Authority for Data Protection and Freedom of Information (NAIH) was established on 1st of January 2012, its predecessor was the institution of Data Protection Ombudsman. The independent Authority, which is only subordinate to the laws is responsible for supervising and defending the right to the protection of personal data and to freedom of information in Hungary¹, and to maintain the original objectives of data protection, to work as an effective privacy-protective legislation, but not to become autotelic barrier of access to public information.

According to Act CXII of 2011 on the Right of Informational Self-Determination and on Freedom of Information, the Authority conducts ex officio administrative proceeding when there is a likelihood of infringement and the unlawful data processing concerns a wide range of people or special data.

In terms of the topic of our research (namely on the financial management of political parties) it can be clearly stated that it concerns a wide range of people and special data as well. A dedicate balance between data protection and freedom of information concerning financial management of political parties is an everyday topic in both literature and judicial practice. From the control mechanism of the democratic rule of law the transparency of the parties, thus the effectiveness of the implementation of freedom of information is relevant and needs to further examined.

1. The demand of transparency in the mechanism of the financial management of political parties

One of the fundamental purposes of establishing and functioning political parties is to benefit from governmental power and have the opportunity to influence governmental decisions. Therefore the citizens might have justified demands that the operation and financial management of parties should be as transparent as possible. The transparent mechanism of the financial management of political parties can also be demanded on the basis of the support, which the parties receive from the state budget.

Moreover, the parties – compared to other civil society organizations – have a special relationship to the power of the state since with political means through their political representatives they continuously influence it, so they possess additional rights and are eligible for state budget support. All these circumstances should have justified a full transparency of their financial management – in particular the use of funds received from the state.

The parties are civil society organizations that are intended to provide an organizational structure for declaring and forming the people's will, to provide the participation of citizens in the political life, and thus facilitate the realization of freedom of association and political rights of citizens, displaying different interests and values of the society. This was confirmed by the 2179/B/1994. Constitutional Court decision which has not declared the legislation unconstitutional that made possible for parties, which have reached 1 percent of the votes in the elections to receive financial support because their activities are linked to the social support of the people, based on the expression of popular will. So, it is clear that some of the tasks which are closely linked to political parties are related to public interest and public services.

According to the current regulatory environment, classification of political parties as bodies with public service functions does not seem feasible. This affects the financial management of political parties in such a way, that this data cannot be made available as data of public interest. However, using other legal solution for the sake of accessibility of the information is the determination of data public on grounds of public interest.

2. The scope of data of public interest and data public on grounds of public interest²

According to Section 3 Point 5 and 6 of Act CXII of 2011 on the Right of Informational Self-Determination and on Freedom of Information:

Data of public interest shall mean information or data other than personal data, registered in any mode or form, controlled by the body or individual performing state or local government responsibilities, as well as other public tasks defined by legislation, concerning their activities or generated in the course of performing their public tasks, irrespective of the method or format in which it is recorded, its single or collective nature; in particular data concerning the scope of authority, competence, organisational structure, professional activities and the evaluation of such activities covering various aspects thereof, the type of data held and the regulations governing operations, as well as data concerning financial management and concluded contracts.

Data public on grounds of public interest shall mean any data, other than public information, that are prescribed by law to be published, made available or otherwise disclosed for the benefit of the general public.

According to Article 38 (1) of the Fundamental Law, the property of the State and of local governments shall be national assets, while Article 39 declares transparency when managing public funds and brings national assets as data of public interest on constitutional level:

(2) every organisation managing public funds shall be obliged to publicly account for its management of public funds. Public funds and national assets shall be managed according to the principles of transparency and the purity of public life. Data relating to public funds and national assets shall be data of public interest.

In accordance with the Fundamental Law, Section 7 of Act CXCVI of 2011 on National Wealth (hereinafter related to as: Nvtv.) says, the essential function of national wealth is to undertake public responsibility. National wealth should be managed properly in a responsible manner. Managing national wealth is intended to be done in a responsible way, meeting the load-bearing capacity of the state and the local authority, firstly to fund the undertake of public duties and the current needs of the society, maintain its value and protecting its consistency, value-added use, recovery, enrichment, furthermore performing the state's or local authority's task in terms of disposal of redundant assets.

According to Section 10 (1) of Nvtv., the national wealth, its value and changes are registered by the property right owner. The register shall contain the public duty as an indication of the wealth's primary purpose. The data in the register – with the exception of classified information regulated under the Act on the Protection of Classified Information – is available.

In view of the foregoing it can be stated that the current regulatory environment not only emphasizes the fact whether a body or person is performing public service according to the law, but also the fact of managing national wealth.

2.1 The availability of data of public interest and data public on grounds of public interest

Act CXII of 2011 on the Right of Informational Self-Determination and on Freedom of Information (hereinafter referred to as: Privacy Act) controls three version of dissemination: general disclose (Section 32 of Privacy Act), disclosure upon request (Section 28-31 of Privacy Act), disclosure without request – proactive disclosure of data (Section 33–37 of Privacy Act). Regardless of the obligation of dissemination, data disclosure requests need to be fulfilled:

According to the legislation in force, every data – with the exception of personal data – processed by the public sector and data related to its activity is defined as data of public interest, regardless of whether its disclosure is limited. In other words, not every data of public interest is publicly available. In regard of documents, not principle of file but principle of data prevails. This means that the document does not constitute itself as a decision-maker, but the data the document contains does. In some document there can be different data. The exception of accessibility is covered in Section 27 of Privacy Act. Here belongs usually the part of the document which is business secret or copyright-related. Furthermore, the request to access to information of public interest can be denied legally by the data controller when the data is not public according to the law, for example classified information or information as part of a decision-making process.

Publicity can be restricted mainly for the following reasons:

– in respect of business secret-related data according to Section 81 (2)-(4) of Act IV of 1959 on the Civil Code of Hungary;

– in respect of classified information according to Act CLV of 2009 on Protection of Classified Information;

– in respect of information as part of a decision-making process according to Section 27 (5)-(7) of Privacy Act;

– in respect of copyright-protected works according to Act LXXVI of 2011 on Copyright.

In respect of information as part of a decision-making process, the Privacy Act says:

5) Any information compiled or recorded by a body with public service functions as part of, and in support of, a decision-making process for which it is vested with powers and competence, shall not be made available to the public for ten years from the date it was compiled or recorded. Access to these information may be authorized by the head of the body that controls the information in question upon weighing the public interest in allowing or disallowing access to such information.

(6) A request for disclosure of information underlying a decision may be rejected after the decision is adopted, but within the time limit referred to in Subsection (5), if the information is expected to underlie a future possible decision or the disclosure is likely to jeopardize the legal functioning of the body with public service functions or the discharging of its duties without any undue influence, such as in particular free expression of the position of the body which generated the data during the preliminary stages of the decision-making process.

(7) The time limit for restriction of access as defined in Subsection (5) to certain specific information underlying a decision may be reduced by law.

According to the Privacy Act, based on information as part of a decision-making process, those information that are truly part of this process can be restricted from the public, because their availability would threaten their successful implementation, like it might give undue advantage to some market participants. After making a decision, the Privacy Act still protects those information which availability could endanger the body's legal operation or duties and powers free from outside influence.

In respect of discretion, according to Section 30 (5) of Privacy Act, if, as regards the refusal of any request for access to data of public interest, the data controller is granted discretionary authority by law, refusal shall be exercised within narrow limits, and the request for access to data of public interest may be refused only if the underlying public interest outweighs the public interest for allowing access to the public information in question.

According to the 12/2004. (IV. 7.) Constitutional Court decision, restriction of the availability of data of public interest is only constitutional if its reason does not rely only on formal criteria, but content requirements also apply against the restriction, and the restriction is being maintained only until its justified by these requirements. Content requirement is that the restriction of freedom of information must have compelling reasons and the extent of the restriction needs to be proportionate to the aim pursued. The unnecessary, avoidable and by comparison to the aim pursued a disproportionate restriction is constitutionally impermissible and therefore unconstitutional. (34/1994. (VI. 24.) Constitutional Court decision)

According to Section 81 (3) of Act IV of 1959 on the Civil Code of Hungary, “any data that is related to the central budget; the budget of a local government; the appropriation of moneys received from the European Communities; any subsidies and allowances in which the budget is involved; the management, control, use and appropriation and encumbrance of central and local government assets; and the acquisition of any rights in connection with such assets shall not be deemed business secrets, nor shall any data that specific other legislation, in the public interest, prescribes as public information.”³

When it comes to operation and financial management of political parties, transparency is highly important in terms of controlling power by the citizens, as it is an essential part of rule of law. Like the 32/1992. (V. 29.) Constitutional Court decision says, freedom of information makes available to check the legality of public representative bodies, the executive power and of the public administration. According to 34/1992. (VI. 24.) Constitutional Court decision, the “open, transparent and verifiable public activity, usually the operation of state agencies before the public is a cornerstone of democracy, it guarantees the rule-of-law-type federal system”.

This is why freedom of information has great importance when it comes to political parties.

3. Political parties vs. expressing freedom of information

According to Section 3 Point 6 of Act CXII of 2011 on the Right of Informational Self-Determination and on Freedom of Information, ‘data public on grounds of public interest’ shall mean any data, other than public information, that are prescribed by law to be published, made available or otherwise disclosed for the benefit of the general public”. The transparency of the financial management of political parties could be secured according to the Privacy Acts following provisions: any...legal person...entering into a financial or business relationship with a sub-system of the central budget shall, upon request, supply information for any member of the general public in connection with such relationship that is deemed public.

The obligation referred to above may be satisfied by the public disclosure of information of public interest, or, if the information requested had previously been made public electronically, by way of reference to the public source where the data is available.⁴

One possible solution of extending freedom of information, if data relating to the financial management of political parties as data of public interest would belong under freedom of information in such a way that the legislator would regulate the publicity of these data in detail, as the Budapest Court of Appeal has ruled: “To the enforcement of the basic right for the availability of data of public interest and data public on grounds of public interest it

is essential that legislation provides the possibility of knowability and the obligation to do so is required by law. The lack of legal provisions cannot be replaced by subjective interpretation of constitutional objectives.”⁷⁵ However, this may be contrary to the interests of the political parties.

4. The parliamentary fractions of political parties, as bodies with public service functions

According to the current practice, political parties are not considered as bodies with public service functions, but in NAIH’s practice, the parliamentary fractions of parties are certified as bodies with public service functions.

4.1 Legal status of the parliamentary groups (fractions)

On the parliamentary elections members of the parliament are democratically elected and are concentrated into political groups (fractions). The factions – in terms of their legal status – cannot be considered explicitly as bodies of the National Assembly, it is the primary organisational form of the members of the Parliament. However, the political groups are closely linked to the legislative work of the Parliament and to its operation - which is defined not only by political standards, but the legislation – which is being funded with public money.

Based on the above, the parliamentary groups have a specific public legal status because they are not considered to be as independent bodies with public functions, however, it is considered to be a group of members whose activities are publicly funded and help the National Assembly’s public tasks.

The important rules of the management of fractions are regulated in Section 16 of 46/1994. (IX. 30.) Parliamentary Decision on the Rules of Procedure:

“(1) *The operational costs of political groups within the Office of the National Assembly budget must be separated.*

(2) *The group may undertake an obligation against the limits of the provisions under paragraph (1) according to the leader of the political group, and make a payment.*

(3) *On the management of the group, the management of central government agencies shall apply.”*

Operating expenses of the political groups are therefore included separately in the Office of the National Assembly’s budget.

According to Section 123 (1) of Act XXXVI of 2012 on the National Assembly “*the Office of the National Assembly is a central budgetary institution with organizational, operational, administrative and decision-making responsibilities of the Parliament, forming a separate title within the budget chapter of the National Assembly.*”

It can be said for all budgetary institutions that by law or their memorandum they shall be considered as legal entities for public services, based on Section 7 (1) of Act CXCV on 2011 on Public Finances.

Based on the above, there is a substantial public interest that to the context of the financial management of fractions, relating to the obligations undertaken by the groups, as well as payments made by them should be learned by anyone.

According to Section 20 a) and b) of the rules for the organisation and operation of the Office of the National Assembly, the Office of Economic Department plans the budget appropriations for the Office, its use, reports of all these things, and manages its budget appropriations approved by the Office and coordinates the use of the Office’s assets and revenues on institutional level. Within this framework it complies with the appropriations and data reports related to their use. Therefore, data on financial management of the Office of the factions from the Department of Economics are available on request.

However, data of the contracts concluded by the factions regarding the use of public funds may be claimed on the basis of the following provisions relating to the rules on national wealth management:

According to Article 38 of the fundamental Law, the property of the State and of local governments shall be national assets, which ruling has raised the requirement of transparency of public funds and the Article 39 (2) on data on public money and national wealth as data of public interest on constitutional level.

According to Section 1 (2) of Nvtv., national wealth means things including property owned by the state and local governments, financial assets, rights in property value shares.

The transparency of the use of national wealth is helped by Section 7 and 10 of Nvtv., and by Section 5 (1) (2) of Act CVI of 2007 on National Assets (hereinafter referred to as: Ávtv.). The national assets’ essential function is to serve public duty, and the national wealth, its value and the changes in the value are being recorded by the ownership having the right, and the data of the record – with the exception of classified information according to the Act on the Protection of Classified Information – is public. Creating transparency is helped by Section 5 (1) (2) of Ávtv., which says public interest is every data which is not considered to be data of public interest related to the financial management of national asset and the body or person that manages national asset is being considered as body or person with public service functions under the act on the publicity of data of public interest.

Although not every data of public interest is public. Accessibility of documents related to the financial management of the factions can be limited only through the exceptions of Section 27 of Privacy Act. On this basis, the publicity may be limited mainly due to the following reasons:

- In respect of the business confidential data;
- Classified information in relation to Act CLV of 2009 on Protection of Classified Information;
- Data concerning decision-making process with regard to the Privacy Act (Section 27 (5) - (7));
- Copyright-protected works in relation to Act LXXVI of 1999 on Copyright.

Submitted data requests on documents containing business secrets until 15th Marc 2014 are being ruled by Act IV of 1959 on the Civil Code (hereinafter referred to a: Ptk.):

According to Section 81 (2) of Ptk., “*business secrets shall comprise all of the facts, information, conclusions or data pertaining to economic activities that, if published or released to or used by unauthorized persons, are likely*

to imperil the rightful financial, economic or market interest of the owner of such secrets, provided the owner has taken all of the necessary steps to keep such information confidential.”

In the context of the trade secret concept, it is important to point out that the reference to the State does not only exclude the State from the scope of trade secret holders, but all other bodies falling under the definition of body with public service functions regulated in the Privacy Act as well as bodies managing national wealth regulated by the Fundamental Law and Nvtv.

According to Section 81 (3) of Ptk., any data that is related to the central budget; the budget of a local government; the appropriation of moneys received from the European Communities; any subsidies and allowances in which the budget is involved; the management, control, use and appropriation and encumbrance of central and local government assets; and the acquisition of any rights in connection with such assets shall not be deemed business secrets, nor shall any data that specific other legislation, in the public interest, prescribes as public information. Such publication, however, shall not include any data pertaining to technological procedures, technical solutions, manufacturing processes, work organization, logistical methods or know-how that, if made public, would be unreasonably detrimental for the business operation to which it is related, provided that withholding such information shall not interfere with the publication of public information in the public interest.

For the conflict of data of public interest and trade secrets, up to the limits, as long as the control by the public use of public funds is justified, law of economic interest needs to be held back.

According to Section 81 (4) of Ptk., any person entering into a financial or business relationship with a subsystem of the central budget shall, upon request, supply information in connection with such relationship that is deemed public under subsection (3).

As mentioned above, both public administrations and those business organizations, which are in business relationship with the State, or local governments will need to tolerate the disclosure of information about their economic activity to the extent that the financial management of public funds and use of public money can be checked. In other words, the data of the agreements with bodies performing public service functions are all public, except the data in which the data subject has the legitimate interest to keep confidential. NAIH finds that in any event, for example, contractual amount, subject of the agreement, the content of the agreement, terms of the contract, and the recorded data on the performance of the contract belongs to the scope of public data. However, it is only public until it does not result in access of data on technological processes, technical solutions, manufacturing processes and data on work organization methods and logistics access.

According to Section 30 (1) of Privacy Act, if a document that contains data of public interest also contains any data that cannot be disclosed to the requesting party, this data must be rendered unrecognizable on the copy.

Rules for business secrets were available in Ptk. until 15th March 2014. On this day however, a new Civic Code entered into force, Act V of 2013. In the recent legislation, the legislator only includes the concept of business secrets in Section 2:47 of the Codex. From 15th March 2014, the exceptions of business secret are regulated in Section 27 (3), (3a) and (3b). From this date, submitted data requests should be treated in accordance with the recent rules. However, I would like to point out that this legislative amendment did not change the substantive content introduced in the provisions on business secrets.

4.2 The definition of public service⁶ and the financial statements of bodies performing public service functions

According to Act CLXXV of 2011 on the Freedom of Association, on Public-Benefit Status, and on the Activities of and Support for Civil Society Organizations, to achieve public-benefit status classification, the body needs to provide statutory public service. The new law does not prefer activities, so they are not listed, but every activity is considered as public service activity, which is defined as a public service by some legislation. Public services, described by the wider scope of activities serve the public benefit-purpose entities directly or indirectly.

The financial reporting obligations of bodies with public service functions are regulated in Act CXCV of 2011 on Public Finances:

“Section 3/A (2) Public service duties are realized by the establishment and operation of budgetary institutions, or by ensuring either in whole or in part their financial coverage with assets specified in this Act. Public units classified outside general government sector can contribute in the implementation of public service duties.

(3) In the legislation on public service duties, the way of implementing public service duties must be defined and at the same time the financial coverage for it should be provided. New public service duty may be imposed or can be undertaken only if there is available adequate financial coverage for it. If the financial coverage is no longer available, measures should be taken in order to ensure financial coverage or termination of the public service duty.

Section 4 (1) In the public finances, budgetary-planning, management and reporting should be continued on the basis of medium-term planning and annual budget. The year of the implementation of the budget is the same as the calendar year.

(2) While planning, the planned economic rationale of the revenue needs to be ensured, and that only as much expense needs to be planned as reasonably necessary for implementing public service duties.

(3) During the financial management, the assigned use of design revenues and expenses needs to be ensured.

(4) During the report, it shall be ensured that all revenue and expenditure to their full amount should be counted, as comparable between fiscal years.”

4.3 The special and unique disclosure list of financial management bodies performing public functions, according to the contents:

1. Annual (fiscal) budget of the body with public service functions, annual accounts under the Accounting Act or the annual budget report.

2. Consolidated data on the staff of the body with public service functions, including personal benefits provided, and the remuneration, salary and regular benefits of executive officers and managers, in total, including their expense accounts, description and amounts of benefits provided to other employees.

3. Information as to the names of beneficiaries to whom the body with public service functions provided any central subsidies, the purpose and the amount of the aid, showing also the place of implementation of the support program, except if the central subsidies are withdrawn before the time of publication or if the beneficiary declined to accept of publication or if the beneficiary declined to accept.

4. Description of contracts relating to the allocation of public funds, management of public assets concerning the purchases of supplies and services, and works contracts worth five million forints or more, or to the sale or utilization of assets, for the transfer of assets or rights, as well as concession contracts, including the type and subject matter of such contracts, names of the parties to the contract, the contract amounts, and the duration of fixed term contracts, including changes in the data abovementioned, with the exception of information on procurements directly related to and deemed necessary for reasons of national security or national defence, and with the exception of classified information. Contract value shall mean the price agreed upon for the subject matter of the contract – exclusive of value added tax -, or in the case of gratuitous transactions, the market value or book value of the asset in question, whichever is higher. As regards periodically recurring contracts concluded for more than one year the contract value shall indicate the price calculated for one year. The value of contracts concluded within the same financial year with the same party shall be applied cumulatively.

5. Information made public according to the Act on Concessions (tender notices, particulars of tenderers, memos on evaluation procedures, outcome of such tender procedures).

6. Payments of more than five million forints made by the body with public service functions outside the scope its basic functions (such as payments made to support association, to trade organizations representing the interests of its workers, to organizations active in educational, cultural, social and sports activities and services provided to its employees, and to foundations to support their activities).

7. Description of developments implemented from European Union funding, including the related contracts.

8. Public procurement information (annual plan, summary of the evaluation of tenders, contracts awarded).

Considering the above, we can conclude that the current legal environment links the definition of data of public interest in connection with a person or body to provision on national wealth or the management of national wealth. In this context, it can be stated that the financial data of the political parties – by the basic amount of state budget allocations – may qualify as data of public interest and be subject to rules on requesting data of public interest.

The Privacy Act does not define the term body with public service functions, it only refers that it is a body attending to statutory State or municipal government functions or performing other public duties provided for by the relevant legislation. Act XXXIII of 1989 on the Operation and Financial Management of Political Parties (hereinafter referred to as: Párttv.) does not have such definition either. According to Section 2 Point 19 of Act CLXXV of 2011 on the Freedom of Association, on Public-Benefit Status, and on the Activities of and Support for Civil Society Organizations (hereinafter referred to as: Ectv.) defines public function, but the Párttv. does not does not apply the definition on political parties, only some rules of Ectv (Section 1/A of Párttv.).

Overall, it is stated that the current solution does not provide the expected publicity. The contradictions of the current situation could be solved by making available the data defined within the framework of data public on grounds of public interest.

¹ Memorandum of National Authority for Data Protection and Freedom of Information 2012.

² The Hungarian National Authority for Data Protection and Freedom of Information: Case number: NAIH-1135-2/2013/V – Dr. Attila Péterfalvi – President of NAIH.

³ The Hungarian National Authority for Data Protection and Freedom of Information: Case number: NAIH-1135-2/2013/V – Dr. Attila Péterfalvi – President of NAIH.

⁴ Act CXII of 2011 on the Right of Informational Self-Determination and on Freedom of Information.

⁵ Decision of the Budapest Court of Appeal: 2.Pf.20.885/2012/3.

⁶ Act CLXXV of 2011 on the Freedom of Association, on Public-Benefit Status, and on the Activities of and Support for Civil Society Organizations.

Резюме

Петерфалві А., Хорвас А. Прозорість фінансового менеджменту політичних партій і ефективність впровадження свободи інформації.

Із введенням у дію Закону CX II «Про право на інформаційне самовизначення і свободу інформації» від 2011 р. класифікація фінансового менеджменту політичних партій як інформація, що становить публічний інтерес, досі залишається під питанням. Відповідно до чинної нормативно-правової бази класифікація політичних партій як об'єднань з державно-публічними функціями, видається неможливою. Це впливає на фінансовий менеджмент політичних партій у такий спосіб, що цю інформацію не можна зробити доступною як інформацію, що становить публічний інтерес. Відповідно до практики угорського органу державної влади з захисту і свободи інформації, парламентські фракції політичних партій, акредитовані як об'єднання з державно-публічними функціями. Як вказує дане дослідження, фінансова інформація політичних партій – за відрахуваннями

базової суми державного бюджету – може також кваліфікуватися як інформація, що становить публічний інтерес і бути предметом регулювання запиту інформації, що становить публічний інтерес. Дана ситуація може бути вирішена шляхом надання доступу до інформації як до тєї, що становить публічний інтерес.

Ключові слова: фінансовий менеджмент, політичні партії, свобода інформації, публічний інтерес.

Резюме

Péterfalvi A., Horváth A. Прозрачность финансового менеджмента политических партий и эффективность внедрения свободы информации.

С введением в действие Закона СХ II «О праве на информационное самоопределение и свободу информации» от 2011 классификация финансового менеджмента политических партий как информация, составляющая публичный интерес, до сих пор остается под вопросом. Согласно действующей нормативно-правовой базе классификация политических партий как объединений с государственно-общественными функциями, кажется невозможной. Это влияет на финансовый менеджмент политических партий таким образом, что эту информацию нельзя сделать доступной как информацию, составляющую публичный интерес. В соответствии с практикой венгерского органа государственной власти по защите и свободе информации, парламентские фракции политических партий, аккредитованные как объединения с государственно-общественными функциями. Как указывает данное исследование, финансовая информация политических партий - по отчислениям базовой суммы государственного бюджета - может также квалифицироваться как информация, составляющая публичный интерес и быть предметом регулирования запроса информации, составляющей публичный интерес. Данная ситуация может быть решена путем предоставления доступа к информации как к составляющей публичный интерес.

Ключевые слова: финансовый менеджмент, политические партии, свобода информации, публичный интерес.

Summary

Péterfalvi A., Horváth A. The transparency of financial management of political parties and the effectiveness of the implementation of freedom of information.

Since the entry into force of Act CXII of 2011 on the Right of Informational Self-Determination and on Freedom of Information, classification of the financial management of political parties as data of public interest is still at issue. According to the current regulatory environment, classification of political parties as bodies with public service functions does not seem feasible. This affects the financial management of political parties in such a way, that this data cannot be made available as data of public interest. According to the practice of the Hungarian National Authority for Data Protection and Freedom of Information, the parliamentary fractions of political parties are certified as bodies with public service functions. As the present study points out, the financial data of the political parties – by the basic amount of state budget allocations – may also qualify as data of public interest and be subject to rules on requesting data of public interest. The current situation could be solved by making available the data defined within the framework of data public on grounds of public interest.

Key words: financial management, political parties, freedom of information, public interest.

УДК 347.44

Л. Т. РЯБОВОЛ

Лілія Тарасівна Рябовол, доктор педагогічних наук, доцент, доцент Кіровоградського державного педагогічного університету імені Володимира Винниченка

СИСТЕМА ВИЩОЇ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ В УКРАЇНІ

Вітчизняна вища юридична освіта сьогодні у стані трансформації. На шляху її інтеграції в європейський освітній та науковий простір актуалізується питання обґрунтування на концептуальному рівні мети та результатів, змісту, методів, форм організації.

Проблематика вищої юридичної освіти в Україні викликає значний науковий інтерес. Її генезу, сучасний стан, проблеми та перспективи у контексті євроінтеграції досліджували Ю. Бошицький, Т. Варфоломеева, І. Войтюк, І. Голосніченко, І. Гальонкіна, С. Гусарєв, В. Комаров, В. Масальський, В. Опришко, О. Святоцький, А. Селіванов, В. Тацій, В. Тихий, І. Шаркова та ін.

Вищу юридичну освіту у своїх працях вони розглядають як: складник правової освіти у широкому розумінні; галузь вищої освіти; освітній рівень (рівень фахової освіти), здобутий в результаті послідовного й цілеспрямованого процесу засвоєння системи правових знань, поглядів, переконань, умінь і навичок, формування особи, як громадянина, здатного до професійно-правової діяльності; безперервний процес спеціалізованого теоретичного і практичного навчання, що здійснюється у вищих навчальних закладах, де зосереджено висококваліфікований науковий і науково-педагогічний персонал, забезпечується поєднання навчального процесу з науково-практичною діяльністю та готуються компетентні кадри у галузі права відповідно до стандартів вищої освіти; фундамент юридичної професії, запорука професійної компетентності юриста й середовище формування нового покоління правників; один з інструментів реалізації соціальної функції права; критерій соціальної стратифікації; специфічний вид підприємницької діяльності; шлях розбудови політичної кар'єри; спосіб реалізації особистих амбіцій тощо. Така різноманітність поглядів засвідчує, що вища юридична освіта є багатогранним суспільним (суспільно-політичним, соціально-педагогічним) явищем, отже, складним об'єктом, що вимагає комплексного дослідження шляхом реалізації системного підходу.

У науковій та навчальній літературі (О. Бандурка, С. Гусарєв, О. Тихомиров та ін.) використовується поняття «система вищої юридичної освіти», однак, як правило, під нею мають на увазі мережу закладів освіти, що значно звужує сутність цієї системи. Реалізація системного підходу вимагає дослідження таких показників складного об'єкта, як: морфологічний (кількість та характеристики елементів структури), структурний (внутрішні та зовнішні зв'язки системи), функціональний (функції, виконувані системою), генетичний (становлення, розвиток цієї системи).

Метою статті є системний аналіз вищої юридичної освіти як цілісного утворення з огляду на морфологічний і структурний показники. Для досягнення мети вищу юридичну освіту необхідно дослідити, з одного боку, як складник (підсистему) макросистем, в які вона вкладена, а з іншого, як до певної міри самодостатню цілісність взаємопов'язаних та взаємоузгоджених компонентів; схарактеризувати зовнішнє і внутрішнє середовище системи вищої юридичної освіти, визначити чинники її розвитку, описати структуру.

Структуру системи вищої юридичної освіти як сукупність компонентів, що перебувають у складних системотвірних зв'язках і взаємодії між собою та з навколишнім середовищем, можна розглядати у широкому та вузькому розуміннях.

У широкому такими компонентами є:

- нормативно-правові акти, які регулюють функціонування цієї освітньої системи: Закони України «Про освіту», «Про вищу освіту» тощо;
- органи державного регулювання, управління вищою юридичною освітою: МОНУ, департамент вищої освіти тощо;
- нормативні акти для організації навчання за напрямом підготовки «Право»: відповідні галузеві стандарти, навчальні плани та програми (навчальні і робочі) з юридичних дисциплін, які вивчаються у вищих освітніх закладах;

- мережа закладів, у яких надається відповідна освітня послуга: профільні юридичні вузи, класичні та непрофільні вузи, в яких є юридичні факультети;
- наукові установи, діяльність яких спрямована на розвиток юридичної науки як основи для відбору та конструювання змісту вищої юридичної освіти, розробки підручників та навчальних посібників;
- освітні заклади (факультети) та наукові установи, в яких здійснюється підготовка та підвищення кваліфікації викладачів юридичних дисциплін;
- державні (судові, правоохоронні, правозахисні тощо) органи та суб'єкти господарювання як бази навчальних і виробничих практик студентів-правників;
- суб'єкти вищої юридичної освіти: викладачі та студенти;
- мета, зміст, засоби, форми, методи, прийоми, технології та результати навчання юридичних дисциплін у вищій школі.

У вузькому розумінні юридична освіта – це безпосередньо система навчання юридичних дисциплін у вищій школі, яка функціонує завдяки реалізації взаємозв'язків між такими інваріантними компонентами:

- суб'єкт-суб'єктний утворюється шляхом взаємодії основних суб'єктів навчання: 1) студента, який характеризується певними пізнавальними здібностями, мотивами і стимулами до навчання, темпераментом, волею; 2) викладача, для якого характерними є професійна компетентність, готовність і здатність самовдосконалюватися, упроваджувати інноваційні технології й ефективно використовувати традиційні методи та прийоми. Викладач має бути як педагогом, так і науковцем, адже саме високий науково-педагогічний рівень професорсько-викладацького складу обумовлює високу якість підготовки студентів;

- цільовий забезпечує конкретне спрямування навчання, відбиває ідеальні уявлення про бажані результати цього процесу в конкретних вимірах;

- змістовий опосередковує систему знань, умінь, навичок, способів творчої та репродуктивної діяльності, цінностей, ставлень, що засвоюються студентом під час опанування змісту вищої юридичної освіти для досягнення її мети. Зміст має бути визначений у відповідному галузевому стандарті та структурований за навчальними дисциплінами інваріантної та варіативної частин навчального плану;

- організаційно-технологічний охоплює методи, прийоми, засоби, форми, посередництвом яких здійснюється організація навчання та які забезпечують засвоєння змісту юридичної освіти і досягнення мети (запланованого результату);

- контрольні-результативний передбачає перевірку, оцінювання, оцінку і безпосередньо результати навчання. Роль цього компонента в освітній системі полягає в тому, що саме він дає змогу встановити рівень досягнення мети її функціонування. Аналіз результатів допомагає скоригувати всі інші компоненти системи, адаптувати її до певних вимог, підвищити ефективність.

Розуміння структури даної освітньої системи дає можливість визначити чинники її розвитку, з'ясувати, що гальмує створення такої системи вищої юридичної освіти, яка б відповідала вимогам сучасного етапу розвитку нашої країни, що, своєю чергою, вимагає проведення аналізу її зовнішнього середовища.

Згідно з теорією І. Пригожина про «вкладеність» систем, всі явища суспільного життя слід розглядати як системи різних рівнів. При цьому системи нижчого рівня обов'язково є частинами систем вищого рівня. Вища юридична освіта «вкладена» у такі макросистеми, як: соціально-економічна, соціокультурна, соціо-гуманітарна, політична, правова. Відповідні чинники впливають на неї прямо або опосередковано.

Юридична освіта є мікросистемою соціогуманітарної сфери і входить до її структури як компонент системи освіти (система освіти вміщує дошкільну, загальну середню, професійно-технічну, вищу освіту) та як підсистема вищої освіти, й це визначає її сутність і спрямованість. Якщо вища освіта згідно із ч. 5 ст. 1 Закону України «Про вищу освіту» є сукупністю систематизованих знань, умінь і практичних навичок, способів мислення, професійних, світоглядних та громадянських якостей, морально-етичних цінностей, інших компетентностей, здобутих у вищому навчальному закладі (науковій установі) у відповідній галузі знань за певною кваліфікацією на рівнях вищої освіти, що за складністю є вищими, ніж рівень повної загальної середньої освіти, то вища юридична освіта, одна з таких галузей знань, – серед основних предметних галузей освіти і науки, що включає групу споріднених спеціальностей, за якими здійснюється відповідна професійна підготовка (ч. 8 ст. 1 того ж Закону)¹.

Юридична освіта – підсистема правової освіти. Згідно з Національною програмою правової освіти, одним із шляхів вдосконалення системи правової освіти є поєднання правової освіти з вищою, а відповідний напрям реалізації документа – надання правової освіти в усіх вищих навчальних закладах².

Поряд з чинним правом та законодавством, діяльністю з їх реалізації, захисту, охорони, юридична освіта є складником правової системи держави, адже підготовку кваліфікованих юристів для роботи в державному апараті, судових і правоохоронних органах, народному господарстві забезпечує юридична освіта.

Враховуючи викладе, моделюючи оптимальну систему вищої юридичної освіти, слід враховувати впливи наступних чинників її зовнішнього середовища.

Найбільш суттєвий вплив на неї, як і на будь-яку іншу освітню систему, здійснюють соціально-економічний та соціокультурний чинники, які зумовлюють суспільне замовлення щодо підготовки необхідної для держави і суспільства кількості відповідних фахівців. Вимоги до юридичної освіти визначаються державою та змінюються відповідно до рівня соціального, економічного, культурного, правового розвитку суспільства. Опрацювати суспільний запит покликане МОНУ. Воно здійснює державне регулювання вищої юридичної освіти шляхом визначення порядку створення, ліцензування та акредитації, реорганізації й ліквідації навчальних закладів, контролює якість юридичної освіти.

Останнім часом на державному рівні та в засобах масової інформації висловлюються думки про те, що вища юридична освіта не відповідає належному рівню якості, а на ринку праці спостерігається «перевиробництво» юристів, у зв'язку з чим слід скорочувати ліцензовані обсяги набору абітурієнтів за напрямом підготовки «Право», зокрема кількість бюджетних місць, а непрофільні й приватні вузи позбавляти права здійснювати підготовку юристів.

Дійсно, проблема адекватності системи вітчизняної юридичної освіти реальним потребам суспільства є надзвичайно актуальною і вимагає негайного вирішення, яке, однак, не є простим і ускладнюється різними протиріччями. Так, з одного боку, за даними Державної служби статистики України одне з перших місць з безробіття сьогодні посідають юристи, з іншого, державні структури і суб'єкти господарювання відчувають гостру потребу у кваліфікованих правниках. Неоднозначною є і відповідь на питання щодо «надвиробництва» юристів. Як вважають В. Галуцько та М. Рудич, Україні потрібно значно більше юристів. Сьогодні в нашій державі має місце таке співвідношення: в середньому один юрист на 2 тис. населення, а в деяких регіонах їх кількість крайній недостатня. Водночас у США та деяких країнах ЄС цей показник становить – один юрист на 100 тис. населення. Отже, на думку вчених, говорити про «надвиробництво» юристів у нашій державі немає підстав. Погоджуємося з ними і в тому, що не існує простого вирішення питання щодо регулювання МОНУ обсягів підготовки юристів. На їх погляд, у вільному ринковому суспільстві кожен має отримати можливість стати правником, а далі все визначить конкуренція³.

Крім того, як зазначає В. Опришко, останнім часом виявилися нові потреби в юридичних кадрах, які могли б надавати правову допомогу пацієнтам і лікарям, забезпечували юридичний супровід діяльності медичних закладів. З розвитком ринкових відносин, ринку землі, різних видів підприємницької діяльності виникає потреба у фахівцях із земельного права, права інтелектуальної власності, правового забезпечення зовнішньоекономічної діяльності тощо. Новітня школа з їх підготовки в Україні не створена. Загалом, ринок юридичних послуг в Україні ще «молодий» і перебуває на стадії розвитку. Певна наявність фахівців, звичайно, є, але до повного насичення та перенасичення вітчизняного ринку праці кваліфікованими юристами різних спеціальностей ще далеко⁴.

Майже відсутній сьогодні реальний зв'язок між вищою та середньою школою. Як перешкоду на шляху підвищення якості вищої юридичної освіти Н. Христинченко розглядає низький рівень базової правової підготовки в системі загальної середньої освіти через відсутність або неналежне викладання дисциплін, які б давали випускникам загальноосвітніх закладів основи правових знань, допомагали орієнтуватися у правових питаннях⁵.

Невирішеною залишається проблема відбору молоді, дійсно орієнтованої на професію юриста. Не сприяє у цьому й те, що до переліку предметів, за якими проводиться зовнішнє тестування, не введено правознавство. У результаті під час вступу до юридичного вишу або на юридичний факультет абітурієнти мають засвідчити рівень підготовки з української та іноземної мов, історії, навіть математики, однак рівень їх базової освіти з правознавства як основи для подальшого навчання предмета їх майбутньої професійної діяльності залишається незрозумілим як для навчального закладу, так і для самого абітурієнта.

Суттєвою прогалиною у сфері державного регулювання вищої юридичної освіти є відсутність відповідних галузевих стандартів. То ж, як можна говорити про низьку якість юридичної освіти (якість вищої освіти – рівень здобутих особою знань, умінь, навичок, інших компетентностей, що відображає її компетентність відповідно до стандартів вищої освіти (ч. 23 ст. 1 Закону України «Про вищу освіту»)) та якість діяльності освітніх закладів з її організації (якість освітньої діяльності – рівень організації освітнього процесу у вищому навчальному закладі, що відповідає стандартам вищої освіти, забезпечує здобуття особами якісної вищої освіти та сприяє створенню нових знань (ч. 23 ст. 1 Закону України «Про вищу освіту»))⁶, якщо такі стандарти відсутні? Лише 9 листопада 2015 р. у МОНУ відбулась презентація проекту стандарту вищої юридичної освіти за освітньо-кваліфікаційним рівнем бакалавра.

Загалом соціально-економічний та соціокультурний чинники, вплив яких опосередковується в суспільному навчальні, здійснюють системотвірний вплив на систему вищої юридичної освіти, оскільки детермінують її мету. З позицій результативності освіти для визначення її мети сьогодні застосовують два основних підходи: кваліфікаційний та компетентнісний. У своїх попередніх працях ми виклали думку, що кваліфікація опосередковує певний рівень сформованості компетентностей. Для досягнення студентом конкретного освітньо-кваліфікаційного рівня студент має набути відповідні компетентності⁷.

Усі дослідники проблеми вищої юридичної освіти погоджуються з тим, що результатом такої освіти має стати підготовка компетентного фахівця. Однак яка саме компетентність має бути у нього сформована? Для її позначення використовують різні терміни: професійна компетентність юриста, правова компетентність, загальна навчальна правнича компетентність тощо. Тож нагального вирішення вимагає проблема наукового обґрунтування її сутності та закріплення на нормативному рівні відповідного поняття й переліку компетентностей, які мають бути сформовані у здобувача юридичної освіти у результаті навчання у вищих освітніх закладах. Це має знайти своє відображення у Стандарті вищої юридичної освіти як сукупності вимог до змісту та результатів освітньої діяльності цих закладів, факультетів за кожним рівнем вищої освіти⁸.

На сучасному етапі розвитку нашої держави суттєвий вплив на всі сфери суспільного життя здійснює євроінтеграція. У цьому контексті Україна має враховувати міжнародний досвід становлення юридичної освіти, відповідні вимоги, наприклад, міжнародно-правові стандарти ГАТС з надання професійних послуг. На них як на джерела юридичної освіти в Україні вказує І. Шаркова⁹.

У русі інтеграції в європейській економічній, соціальній, освітній і науковій простір вітчизняна освіта, в тому числі вища юридична освіта, має враховувати принципи, які за своєю сутністю виходять за рамки суто системи освіти, є прерогативою держави. Серед них: мобільність – якісна особливість європейського простору, що передбачає мобільність людей між вищими навчальними закладами та державами; привабливість ВНЗ для студентів (перспектива для кар'єри, що надає університет, якість та вартість навчання, вартість проживання, доступність побутових послуг, наявність стипендіальних програм, повага до європейських та світових цінностей, відсутність релігійних, міжнародних конфліктів, відповідність європейським освітянським стандартам тощо); працевлаштування – безальтернативна стратегічна мета¹⁰.

Суттєвий вплив на систему вищої юридичної освіти здійснює юридична наука. Юридично-науковий чинник детермінує зміст вищої юридичної освіти. У ньому відбиваються надбання юриспруденції. Зміст освіти формується на методологічних засадах, обґрунтованих наукою, поповнюється за рахунок категорій, понять, закономірностей, концепцій, теорій, тенденцій, розроблених нею. Наразі посилення інтеграції юридичної освіти і науки, поглиблення наукових досліджень сучасного права є вимогою часу та засобом оптимізації юридичної освіти, вважають Ю. Бошицький та О. Чернецька¹¹.

Зміст юридичної освіти має розроблятися з урахуванням особливостей юридичної професії, що вимагає специфічних знань, умінь та навичок, які мають бути засвоєні студентом у результаті навчання. С. Кивалов та Ю. Оборотов вказують на такі відповідні складники змісту юридичної освіти: 1) система знань про державу і право, механізми їх організації, процеси функціонування, особливості сприйняття особою, суспільством; 2) знання діючого законодавства, норм матеріального та процесуального права; 3) формування юридичного мислення, здатності пов'язувати фактичні обставини справи та закон і на підставі закону продукувати рішення життєвих ситуацій; 4) вміння складати процесуальні документи юридичного значення, консультувати з правових питань, загалом здійснювати юридично значущі під час ведення справ дії. Аналізуючи юридичну освіту в Україні у контексті європейського освітнього простору, названі науковці підкреслюють, що сьогоденна юридична освіта більшою мірою має ґрунтуватися на вивченні загальнотеоретичної юриспруденції і меншою – передбачати звичайне накопичення знань про законодавство¹².

Зовнішнє середовище досліджуваної системи впливає на неї посередництвом ще й таких чинників, як: політико-правовий, що опосередковує вплив політичної та правової систем; освітньо-педагогічний (педагогічний, дидактичний, методичний) – вплив розвитку педагогіки та дидактики вищої школи, методики навчання юридичних дисциплін на організаційно-методичний компонент; історичний, що відображає генезу вищої юридичної освіти та допомагає визначити найкращі надбання у цій галузі й використовувати їх.

Системний аналіз доводить, що не лише вища юридична освіта відчуває впливи макросистем, підсистемою яких вона є, а здійснює й зворотний вплив. Юридична освіта, за умови, що вона якісна і ефективна, є невід'ємним елементом механізму, який забезпечує поступальний розвиток держави, сприяє підвищенню рівня правової свідомості й правової культури громадян та суспільства, реалізації прав і свобод людини, верховенства права, забезпеченню законності та правопорядку як фундаментальних принципів функціонування демократичної правової держави, формує цивілізоване демократичне правове поле. У цьому аспекті її позитивна роль і просвітницька місія є значною, а часом – вирішальною, зазначає Н. Христинченко. Однак, констатує науковець, українська система вищої юридичної освіти ще не набула тих якісних характеристик, що допомогли б поставити її в один ряд із системами юридичної підготовки більшості країн Європи та провідних країн світу, посісти належне місце у форматі міжнародної співпраці та конкуренції у сфері освітянських правничих послуг¹³.

Проведене дослідження дало можливість встановити, що вища юридична освіта є системним утворенням з чіткою структурою, компоненти якої перебувають у складних взаємозв'язках. У широкому розумінні система вищої юридичної освіти охоплює й зовнішнє середовище функціонування цієї системи. Відповідними чинниками, які впливають на її розвиток, є соціально-економічний та соціокультурний (детермінують мету та очікуваний результат вищої юридичної освіти, формують перелік вимог до випускника вищого навчального закладу, фахівця-юриста), науковий (опосередковує вплив юридичної науки як основи для відбору і конструювання змісту вищої освіти), політико-правовий (впливає і на мету, і на зміст даної освітньої системи через рівень розвитку політичної та правової систем, потреби юридичної практики тощо), освітньо-педагогічний (впливає на організаційно-методичний компонент, дає змогу впроваджувати у процес навчання юридичних дисциплін різноманітні форми, методи, технології, підвищувати його ефективність), історичний. Можна також визначити євроінтеграційний чинник, який на юридичну освіту впливає як прямо через упровадження досвіду її організації в країнах ЄС, так і опосередковано, оскільки всі інші системи (соціально-економічна, соціогуманітарна, політична, правова, система освіти), складником яких є вища юридична освіта, розвиваються у контексті євроінтеграційних процесів. У вузькому розумінні система вищої юридичної освіти є системою навчання юридичних дисциплін у вищій школі. Моделюючи систему вищої юридичної освіти, адекватну сучасним вимогам, потрібно враховувати перелічені чинники, нівелювати їх негативні та підсилювати позитивні впливи. Рамки однієї статті не дають змоги охопити всі аспекти такого складного системного утворення, яким є вища юридична освіта. Перспективними у напрямі дослідження є обґрунтування на засадах компетентнісного підходу мети і результатів вищої юридичної освіти, розробка змісту навчальних юридичних дисциплін з урахуванням новітніх тенденцій розвитку юридичної науки, відбір ефективних методик і технологій навчання юридичних дисциплін тощо.

- ¹ Про вищу освіту : Закон України за станом на 18 лютого 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1556-18>
- ² Про Національну програму правової освіти населення : Указ Президента України від 18 жовтня 2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/992/2001>
- ³ Рудич М. В. Адміністративно-правові чинники стандарту вищої юридичної освіти в Україні / М. В. Рудич // Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України. – 2012. – Вип. 173. – Ч. 1. – С. 266–267.
- ⁴ Опришко В. Особливості підготовки юристів у непрофільних вищих навчальних закладах України: сучасний стан і шляхи подальшого розвитку / В. Опришко // Правове регулювання економіки. – 2013. – № 13. – С. 17.
- ⁵ Христинченко Н. П. Адміністративно-правові та організаційні засади підготовки юристів / Н. П. Христинченко // Форум права. – 2010. – № 3. – С. 446, 448 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2010-3/10xnpzpj.pdf>
- ⁶ Про вищу освіту : Закон України за станом на 18 лютого 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1556-18>
- ⁷ Рябовол Л. Т. Мета і результат вищої юридичної освіти: кваліфікаційний та компетентнісний підходи / Л. Т. Рябовол // Актуальні проблеми національного законодавства : зб. матеріалів всеукраїнської наук.-практ. конференції з міжнародною участю (м. Кіровоград, 29 квітня 2016 р.). – Кіровоград, 2016. – Вип. 51. – С. 174–177.
- ⁸ Там само. – С. 177.
- ⁹ Шаркова І. М. Міжнародно-правові стандарти ГАТС з надання професійних послуг в Україні (джерела юридичної освіти) / І. М. Шаркова // Часопис Київського університету права. – 2015. – № 4. – С. 398–400.
- ¹⁰ Болонський процес – структурна реформа вищої освіти на європейському просторі : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kpi.ua/bologna#sthash.KeYJFyIk.dpuf>
- ¹¹ Бошицький Ю. Поглиблення наукових досліджень сучасного права: вимога часу та засіб оптимізації юридичної освіти в Київському університеті права НАН України / Ю. Бошицький, О. Чернецька // Часопис Київського університету права. – 2015. – № 1. – С. 6.
- ¹² Введение в украинское право / Ю. П. Аленин, М. Р. Аракелян, Н. А. Бондаренко [и др.] ; под общ. ред. С. В. Кивалова, Ю. Н. Оборотова. – Одеса : Юридична література, 2005. – С. 171.
- ¹³ Христинченко Н. П. Адміністративно-правові та організаційні засади підготовки юристів / Н. П. Христинченко // Форум права. – 2010. – № 3. – С. 445 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2010-3/10xnpzpj.pdf>

Резюме

Рябовол Л. Т. Система вищої юридичної освіти в Україні.

Проведено системний аналіз вищої юридичної освіти. Вищу юридичну освіту досліджено як складник (підсистему) соціально-економічної, соціогуманітарної, політичної, правової макросистем, а також як освітню систему, цілісність взаємопов'язаних та взаємоузгоджених компонентів; викладено характеристику зовнішнього середовища системи вищої юридичної освіти, визначено чинники її розвитку.

Ключові слова: вища юридична освіта, система вищої юридичної освіти, зовнішнє середовище, зовнішні чинники, структура та компоненти системи вищої юридичної освіти.

Резюме

Рябовол Л. Т. Система высшего юридического образования.

Проведен системный анализ высшего юридического образования. Высшее юридическое образование исследовано как составляющая (подсистема) социально-экономической, социогуманитарной, политической, правовой макросистем, а также как образовательная система, целостность взаимосвязанных и согласованных между собой компонентов; изложена характеристика внешней среды системы высшего юридического образования, определены факторы ее развития.

Ключевые слова: высшее юридическое образование, система высшего юридического образования, внешняя среда, внешние факторы, структура и компоненты системы высшего юридического образования.

Summary

Riabovol L. System of legal education in Ukraine.

A systematic analysis of legal education. Law degree studied as a component (subsystem) socio-economic, socio-humanitarian, political, legal macro systems, as well as the educational system integrity and mutually interrelated components; described characteristics of the environment of higher legal education, defined factors of development.

Key words: higher legal education, the system of legal education, the environment, external factors, the structure and components of higher legal education.

УДК: 347.965.13

Т. О. ДЕНИСЕНКО

*Тетяна Олександрівна Денисенко студентка
II курсу магістратури юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса
Шевченка*

ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ РОЗВИТКУ АДВОКАТСЬКОЇ ЕТИКИ

У зв'язку з активними процесами реформування системи адвокатури, продовженням етапу становлення її як недержавного самоврядного інституту, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання своєї організації й діяльності, формуванням авторитету та поваги до адвокатської професії, все більше актуальності набуває вивчення етичних засад адвокатської діяльності.

Особливе значення має дослідження історичних аспектів розвитку адвокатської етики від давніх часів до сьогодення, що допомагає встановити тенденції, закономірності, перспективи її розвитку, прогнозувати очікувані позитивні чи негативні зміни якісних та кількісних показників структурних компонентів.

Дане питання досліджували такі вчені, як: Н. М. Бакаянова, О. А. Белая, В. Л. Васильєв, Д. П. Ватман, Т. В. Варфаломеева, Т. І. Довнар, А. С. Кобликов, В. С. Кульчицький, Я. С. Кисельов, О. В. Синеокий, Н. М. Таварткіладзе, Д. П. Фіолевський, С. Я. Фурса, Л. В. Шульга, О. Г. Яновська та інші.

Однак, незважаючи на існування численних праць науковців щодо характеристики етапів розвитку адвокатури, кардинального й цілісного дослідження історичних аспектів розвитку саме адвокатської етики не було здійснено.

Ще за часів Стародавньої Греції та Риму вже існувала практика впровадження правил, котрі не могли порушувати особи, які займалися захистом і наданням правової допомоги. Адвокатська етика споконвічно крокувала поруч із розвитком інституту адвокатури. Досліджуючи окремі історичні етапи формування суспільства, можна спостерігати за періодами розвитку, піднесення, занепаду, розквіту не лише цілісної адвокатури, а й її невід'ємного, тісно взаємопов'язаного елемента – адвокатської етики.

Спочатку функцію захисту виконували рідні, друзі позивача, які супроводжували його до суду, давали поради, підтримували, співчували. Потім – особи, які допомагали вести позивачеві процес, збирали документи, підшукували засоби захисту. І лише згодом професійний захист почали здійснювати спеціалісти-правознавці. У кожному випадку уповноважені особи мали специфічні права, обов'язки, а разом з тим і чітко встановлені рамки етичної поведінки, починаючи з примітивних та закінчуючи прогресивними.

У Стародавній Індії обов'язки правозахисту та представництва інтересів виконували особи одного класу, що свідчить про зародження адвокатури, але аж ніяк про існування якісно виражених етичних норм. У Стародавньому Єгипті у судовому процесі права сторін захищали захисники, які подавали прохання, пояснення, писані мемуари. Вже спостерігається розвиток процесуальних норм, але ще не етичних. У давніх іудеїв захисником міг бути кожен. Це вважалось священним обов'язком. Його діяльність мала форму благодійності, милостині. Згодом обов'язки адвокатів здійснювали особи, які готувалися бути суддями, вони називалися кандидатами, виголошували промови на захист обвинуваченого. Вони діяли не за запрошенням підсудного і не узгоджували своєї позиції з ними. І оскільки не було прямого зв'язку між захисником та підзахисним, говорити про етику не доводилося.

У Стародавній Греції, що вважається не лише центром розвитку демократичного устрою, ораторського мистецтва, усності та публічності розгляду справ судами, змагальності, а й адвокатської етики, мали місце перші яскраво виражені форми проявів етичних засад. Основним стримувавцем їхнього прогресу є зосередження не на фактичних, а на формальних орієнтирах вирішення справ – домінування красномовства та використання будь-яких способів захисту заради досягнення бажаного результату. Хоча, якщо поглянути на ситуацію з іншого боку, то можна говорити про специфічні етичні засади здійснення захисту та надання правової допомоги.

У Стародавньому Римі адвокати були професіоналами своєї справи, а поруч з іншими вимогами для набуття статусу адвоката (освітній ценз, фахова підготовка), виокремлювалися «моральні якості». Законом

Цінція 204 р. до н.е. було встановлено брати і обумовлювати гонорар до початку розгляду справи. Кодексом Юстиніана встановлювалася заборона ставати адвокатами осіб, позбавлених громадянської честі.

Розробку і впровадження інституту адвокатської таємниці здійснили ще стародавні римські юристи, котрі наказували головуючим у судах, щоб вони не дозволяли адвокатам приймати на себе роль свідків у справах, де вони виступають захисниками. Більшість авторів висловлювалося за визнання адвокатської таємниці. Розрізнялися тільки межі таємниці, які намічались окремими авторами, по-різному обґрунтовувалася необхідність цього інституту. Одні вказували, що адвокатська таємниця є необхідним супутником правильно здійснюваного правосуддя – «без таємниці наради немає правосуддя», інші головним вбачали інтереси підсудного, а дехто розглядав питання під кутом зору захисту¹.

За часів Київської Русі послухи і видоки, котрі виконували роль захисника, мали чесно свідчити про відому їм інформацію. У Литовських Статутах однією з умов, що ставилася до кандидатів на статус адвоката, були морально-етичні вимоги.

Кодекс українського права «Права, за якими судиться малоросійський народ» вперше закріпив термін «адвокат» у властивому значенні цього слова. За даним терміном адвокатом могла бути людина чоловічої статі, світського стану, яка дала присягу на добросовісне виконання своїх обов'язків і була зареєстрована в судах, в якості адвоката².

Проте маємо констатувати, що за часів панування в Україні Російської імперії державна влада в особі її найвищих посадових осіб відверто засуджувала ідею створення незалежної адвокатури та намагалися усіляко протистояти утворенню цього правозахисного інституту. Так, свого часу Катерина II писала: «Адвокати й прокуратори в мене не законодавствують і ніколи законодавствувати не будуть, поки я жива, а після мене будуть поступати моїм початкам». Микола I вважав адвокатуру причиною революції у Франції: «А хто загубив Францію, як не адвокати, згадай добре», – говорив він князю Голицину – «Ні, князю, поки я буду царствувати, Росії адвокати не потрібні, проживемо без них». Очевидно, саме тому роль адвокатів у судах в цей час виконували ходоки зі справи, стряпчі. Однак, оскільки така діяльність була регламентована нормами права, водночас нею займалися люди, які не мали не лише юридичної, а подекуди навіть загальної освіти. Не будучи не те що незалежною, а визнана непотрібною й забороненою, адвокатура, і в тому числі адвокатська етика, що сягала корінням сивої давнини і формувалася впродовж століть, все ж змогла втримати свої позиції і пронести ідею значимості для держави, суспільства та окремої особи.

Під час Судової реформи царської Росії 1864 р. відповідно до «Положення про введення в дію Судових Статутів» від 19 жовтня 1865 р. було введено інститут присяжної адвокатури, за якою адвокати поділялися на дві категорії: присяжних і приватних повірених, а на базі судових округів було утворено незалежні органи їх самоврядування. Якісний склад самих захисників зростає, правозахисні утворення набирали значного авторитету в суспільстві, збільшувалася кількість виправдувальних вироків, зростало занепокоєння влади щодо цього незалежного правозахисного інституту, що призвело до припинення формування рад присяжних, передачу їх контрольних функцій окружним судам, виключення адвокатів з приватних повірених «не гідних цього звання». Усі ці спроби утиску адвокатури свідчать про небажання владних суб'єктів сприяти їх належному функціонуванню. І незважаючи на те, що пропагування етичних засад у процесі судочинства та діяльності адвокатури сприяло б зростанню віри громадян і суспільства у правосуддя, держава, зокрема її керівництво, не могли дозволити собі позбутися всеохоплюючого важелю впливу.

Потрібно звернути увагу на становище адвокатської етики на території Галичини та інших українських землях, які входили до складу Австро-Угорщини. Немаловажну роль у справі захисту інтересів пануючого класу відігравала адвокатура. У Галичині і на Буковині вона була заснована законом 1781 року. Тоді було видано положення про суд, яке визначало організацію адвокатури. 16 серпня 1849 р. було видано тимчасове, а 6 липня 1868 р. – постійне положення про адвокатуру. 1 квітня 1872 р. було затверджено дисциплінарний статут адвокатів. Пізніше питанням адвокатури було присвячено закон від 26 березня 1890 р., який встановлював розміри гонорарів і наказ міністра юстиції від 11 грудня 1897 р., що уточнював деякі питання організації й діяльності адвокатури³.

До адвокатів висувалися дуже високі вимоги. Крім семирічної практики після закінчення юридичного факультету і здачі адвокатського екзамену вони повинні були мати ступінь доктора права. Адвокати об'єднувалися в адвокатські палати (в Галичині – у Львові) і обирала свій орган сам управління – президію строком на три роки. Вона після виконання всіх законних вимог приймала кандидатів до адвокатури і була органом дисциплінарного нагляду за професійною діяльністю адвокатів. Загальне керівництво адвокатурою здійснював міністр юстиції. Адвокатура формально повинна була обслуговувати інтереси всіх громадян, але фактично вона захищала інтереси поміщиків і буржуазії, оскільки високий гонорар могли заплатити тільки заможні верстви населення⁴. І хоча даний період знаменується пожвавленням та впровадженням нових удосконалених засад організації, контролю, діяльності адвокатури, розвитком нормативного закріплення статусу адвоката та основних засад ведення справ, етичні орієнтири мали деформований вигляд та неналежний характер.

За часів Радянського Союзу відбувалося ліквідування (Тимчасове положення про народні суди і революційні трибунали 1919 р.), відновлення (Положення про адвокатуру УРСР 2 жовтня 1922 р.), деформація (постановою ЦВК СРСР від 1 грудня 1934 р.), умовне реформування (Положення про адвокатуру СРСР 16 серпня 1939 р.) інституту адвокатури. Цей період характеризується відсутністю незалежності та свободи адвоката у здійсненні адвокатської діяльності, дотримання законності, домінантності інтересів клієнта, кон-

фіденційності, поваги до адвокатської професії. І це спричинено банальною відсутністю нормальних умов для надання адвокатських послуг.

Роль адвоката в кримінальному процесі за викладених обставин була простою бутафорією, від якої практично ніколи нічого не залежало. За тих часів адвокати-захисники інколи ставали в політичних судових процесах обвинувачами. Як не прикро, але на практиці відбувалася активна деградація етичних засад, вироблених попередніми поколіннями.

Лише з прийняттям в грудні 1958 р. законодавства про судоустрій, основ кримінального та цивільного законодавства СРСР і союзних республік, в 1960 р. – нових на той час Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України, а в 1963 р. – нових на той час Цивільного та Цивільного процесуального кодексів було досягнуто істотних змін у правовому регулюванні інституту адвокатури в Україні. За існуючою в той час ідеологією закони та інші нормативні документи, що приймалися законодавчою, виконавчою та судовою гілками державної влади у своїй більшості продовжували надавати пріоритет інтересам держави над інтересами особи. Тому об'єктивно діяльність адвокатури в Україні щодо захисту приватних інтересів громадян та юридичних осіб в цей період все таки залишалася обмеженою.

Простежуються якісні зміни у відношенні до інституту адвокатури, але метою цих кардинальних змін є аж ніяк не гуманні цілі, а банальне бажання тримати при собі служителів Феміди і заінтересувати діяти з пріоритетом державній владі. Однак попри всі перепони адвокатура виборола належне їй місце в правовій системі радянської України, отримала значний досвід та викликала довіру в суспільстві, змогла не лише перетерпіти утиски та заборони, а й зберегти всі свої етичні начала, зміцнити та примножити моральні устої.

Історія адвокатури на Україні засвідчує, що із дореволюційних часів кращі представники адвокатури були знані не тільки як носії високих професійних навичок, а й як носії величезного морального потенціалу, чий голос гучно лунав там і тоді, де держава всупереч демократичним принципам взаємодії з собою перетворювалась на відчужену ворожу силу⁵.

З прийняттям 16 липня 1990 р. Верховною Радою УРСР «Декларації про державний суверенітет України», а наступного року «Акта проголошення незалежності України», адвокатською спільнотою, в особі обласних, м. Києва та м. Севастополя колегій адвокатів та утвореної в вересні 1990 р. Спілки адвокатів України, вживалися заходи, щоб на законодавчому рівні змінити стан «одержавленої» радянською владою адвокатури до рівня міжнародних стандартів.

19 грудня 1992 р. було прийнято Закон України «Про адвокатуру», який підбив остаточний підсумок законодавчого оформлення інституту адвокатури⁶.

Статтею 59 Конституції України було регламентовано на рівні основного закону положення «Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура»⁷.

1 жовтня 1999 р. прийнято Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при Кабінеті Міністрів України Правила адвокатської етики з урахуванням світового досвіду⁸.

Згодом, 5 липня 2012 р., Верховною Радою України прийнято у новій редакції Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», яким визначено правові засади організації адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні, а 17 листопада 2012 р. – затверджені Установчим З'їздом адвокатів України нові Правила адвокатської етики⁹.

Аналізуючи основоположні соціальні цінності, проголошені Конституцією України та Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», можна стверджувати, що забезпечення права на захист від обвинувачення й надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах є важливою соціальною функцією адвокатури, а дотримання Правил адвокатської етики – одним із основних професійних обов'язків адвоката в сучасному демократичному суспільстві.

На нашу думку, варто детальніше дослідити зміни, що мають місце в нових Правилах адвокатської етики, порівнюючи з попередніми.

Нові Правила не містять статті щодо тлумачення змісту вживаних термінів, що ускладнює розуміння суті окремих норм, спонукає застосовувати інші нормативні джерела, призводить часом до неналежного трактування деяких положень Правил. Також вони розширюють свою дію в часі, поширюючись не лише на ті відносини, що виникли, а й ті, які існують після їх прийняття. Регламентована окрема стаття щодо особливостей поширення вимог Правил адвокатської етики на адвокатів іноземних держав, які здійснюють адвокатську діяльність в Україні (ст. 3).

Впроваджено абсолютно нові положення щодо поширення Кодексу поведінки європейських адвокатів на адвокатів України при здійсненні ними адвокатської діяльності в інших країнах (ст. 4). Таким чином простежується встановлення рівних, взаємних та дружніх відносин з іншими державами, рух до інтеграції й міжнародної співпраці. Статтею 5 надано право офіційного тлумачення цих Правил виключно З'їзду адвокатів України й Раді адвокатів України (порівнюючи ст. 3 Правил 1999 р. – право офіційного тлумачення належало виключно Вищій кваліфікаційній комісії адвокатури при Кабінеті Міністрів України).

Принцип домінантності інтересів клієнтів доповнено нормою, відповідно до якої адвокат має, за можливості, сприяти позасудовому врегулюванню спорів між клієнтом та іншими особами, а в разі неможливості цього застосовувати всі законні засоби ефективного вирішення спору на користь клієнта (п. 2 ст. 8). Принцип неприпустимості конфлікту інтересів викладено значно обширно: надається визначення «конфлікту інтересів»; враховано ймовірність існування попередньої адвокатської практики, результатом якої є володін-

ня конфіденційною інформацією, що в подальшому може стати дотичною до інтересів клієнта; передбачено можливість існування суперечності інтересів клієнта і самого адвоката, необхідності розірвання договору в разі виникнення конфлікту інтересів в процесі його реалізації (ст. 9). Вимоги до рекламування адвокатської діяльності (ст. 13) суттєво скорочено за обсягом та змістом, порівнюючи із Правилами 1999 р., які містили більш конкретні вказівки і якнайкраще регулювали дані відносини.

Другий розділ нових Правил не містить норм щодо чесності й порядності, культури поведінки, які опосередковано було включено до інших принципів адвокатської діяльності.

Третій розділ нових Правил не містить норм щодо форм угоди про надання правової допомоги, загальних вимог до змісту угоди про надання правової допомоги. І це логічно, адже непотрібно ще раз дублювати норми Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», котрий містить детальну характеристику даних процедур. Гонорар у нових Правилах (ст. 28) визначений досить коротко, на відміну від ст. 33 попередніх, що деталізовано містять фактори, які повинні враховуватися при визначенні обґрунтованого розміру гонорару та засади його обчислення.

Норма щодо дотримання принципів незалежності адвоката та домінантності інтересів клієнта у відносинах адвоката з судом (ст. 44 нових Правил) не містить положення, котре мало місце в п. 3 ст. 54 попередніх Правил щодо ситуації, за якої адвокат не повинен приймати доручення на ведення в суді справи клієнта, направлено до нього суддею, який братиме участь в судовому розгляді цієї справи. Насправді це важливий прорахунок, і наявність такого формулювання є стабілізатором, стримувачем дистанції між стороною захисту та арбітром.

Нові Правила містять розділ IX «Органи адвокатського самоврядування як суб'єкти відносин щодо забезпечення дотримання правил адвокатської етики», який не містили попередні Правила. Безумовно, таке законодавче закріплення ролі органів адвокатського самоврядування в забезпеченні дотримання правил адвокатської етики, етичних особливостей відносин між адвокатами та органами адвокатського самоврядування є позитивним для практичної діяльності. Але положення ст. 62 стосовно того, що «рішення органів адвокатського самоврядування, прийняті в межах їхньої компетенції, є обов'язковими до виконання адвокатськими бюро та адвокатськими об'єднаннями» спричинило низку дискусій у правовому середовищі.

Адвокатури Німеччини відводиться виняткова давність походження – з часів християнства. Але лише за часів відродження вона зазнала свого юридичного визнання і законодавчого оформлення. І хоча згадки про адвокатуру зустрічаються в більш ранніх законах, одними з найважливіших віх відродження німецької адвокатури визнаються закон від 1555 р., яким вводилася присяга, від 1654 р., яким визнавалася морально-етична складова адвокатської діяльності, і Баварський кримінальний кодекс 1753 року.

Швидше за всіх в Європі свій шлях до професійної незалежності подолали адвокати Франції. Могутнім поштовхом перетворення адвокатури на високорозвинену, самоврядну та вільну організацію були бурхливі події, що відбулися у Франції під впливом ліберальних ідей французьких просвітителів. Велику послугу судовим ораторам Франції XVIII ст. зробив парламент держави, створивши суд присяжних. «Судове красномовство Франції багато в чому зобов'язане своїми успіхами суду присяжних і змагальній формі розгляду кримінальних справ», – стверджують авторитетні фахівці. Французькі адвокати виявилися в більш сприятливих умовах, ніж їхні закордонні колеги. У Франції вже в середині XVIII ст. було створено орган, який давав можливість розвивати політичне красномовство. Таким органом був парламент¹⁰.

Починаючи з XIII ст. адвокати щороку складали присягу. Постановою Філіппа III від 13 жовтня 1274 р. встановлено правило, за яким щороку адвокати присягали на Євангелії. Адвокати давали обіцянку, що не братимуть безпідставних справ, що чесно й добросовісно охоронятимуть права своїх клієнтів. Постановою парламенту від 11 березня 1344 р. уточнено, що на початку пленарних засідань після свята св. Мартина, із закінченням богослужіння, всі адвокати на засіданні парламенту мали складати урочисто присягу. Зміст присяги багато століть залишався той самий.

Проблема оплати роботи адвокатів Франції, вже починаючи з XIII ст., була постійно актуальною. Так, за нормами постанови короля Людовіга Святого від 1270 р. адвокатам було суворо заборонено торгуватися з клієнтами. Починаючи з Філіпа Зухвалого розмір гонорару врегульовувався законодавчими актами.

Відповідно до ст. 1597 Кодексу Наполеона категорично заборонялося адвокатам набувати права на нерухомість, що була предметом судового спору, в якому адвокат представляв сторону. Угоди про набуття прав власності визнавалися недійсними. Захисникам заборонялося брати необґрунтовані гонорари, приміром, від результату розгляду справи. Діяв тут принцип римського *pravapakta de quota litis* (гонорар, отриманий нечесним шляхом).

Велика Британія може також пишатися, оскільки її адвокатура є однією із найстаріших. Одного законодавчого нормативно-правового акта щодо розбудови та діяльності адвокатури в Англії немає, а відтак здавна існують окремі норми етичної поведінки.

У Білорусі адвокатура також має багатовікову історію. Перше законодавче закріплення участі адвоката – «прокуратора» в судовому процесі відбулося в Статуті Великого князівства Литовського 1529 року. Згодом Статут 1566 р. не тільки конкретизував його положення, а й сформулював адвокатську етику, передбачаючи кримінальну відповідальність за порушення адвокатом своїх зобов'язань за нанесення «шкоди» своєму підзахисному, а також визначаючи обов'язок суду призначити адвоката тому, хто «очевидно у права стоячи не міг бо не вмів мовити, бо мови своєї говорити». У Статуті 1588 р., яким завершилася судова реформа феодальної Білорусі, була закріплена норма, відповідно до якої вдовам, сиротам і убогим людям надавалося право безкоштовної юридичної допомоги¹¹.

У 1908 р. Правила професійної етики адвоката з'явилися у США. Серед багатьох принципів поведінки адвоката вони закріплювали добросовісність його ставлення до своїх обов'язків, чесність і відвертість, поміркованість у питанні визначення розміру гонорару¹². У США і Канаді гонорар обумовлювався в договорі, на підставі якого адвокат міг звернутися до клієнта з позовом. З 1807 р. по 1812 р. сер Ромілії, один із найвідоміших адвокатів свого часу, вніс до Палати депутатів кілька біллей про скасування смертної кари за різні види крадіжок і на доказ навів цілу низку доводів. Однак ця пропозиція після розгляду порушеного питання спеціальною комісією в 1819 р. прийнята не була.

Дослідивши історичні етапи становлення адвокатської етики, можна зробити суттєві висновки, котрі допоможуть зрозуміти передумови формування нинішнього її характеру. Розвиток адвокатської етики невід'ємно пов'язаний із історичними віхами становлення адвокатури загалом. Але, будучи специфічним її елементом, структурною частиною, виникнення основних та базових начал простежується набагато пізніше, ніж формування первинних адвокатських засад. Це пов'язано з існуванням низки причин, таких як: відсутність прав і охорони свобод людини в стародавніх суспільствах; утиски свободи слова; акцентування діяльності на суто процесуальних аспектах вирішення спорів і нівелювання етичних; відсутність прямого зв'язку та взаємодії захисника з підзахисним; класова нерівність; зосередження на фактичних, а не на формальних орієнтирах вирішення спорів; домінування красномовства та використання будь-яких способів захисту заради досягнення бажаного результату; відсутність незалежності інституту адвокатури; всеохоплюючі важелі впливу державної влади; недоступність отримання адвокатського захисту; відсутність нормальних умов для надання адвокатських послуг.

Дослідження досвіду зарубіжних країн свідчить про існування там більш давнього й активного розвитку засад адвокатської діяльності і, зокрема, адвокатської етики, яка майже весь час в ногу крокувала із іншими структурними частинами адвокатури. І це не дивно, адже державна влада розуміла її суспільну значимість та всіма способами намагалася сприяти розвитку, в тому числі етичних засад адвокатури, як пріоритетних факторів демократизації, рушійного елемента на шляху до першості серед інших країн.

¹ Шульга Л. В. Історичний розвиток та морально-етичні проблеми адвокатської таємниці / Л. В. Шульга // Наше право : науково-практичний журнал / Харк. нац. ун-т внутрішніх справ; Кримінологічна асоціація України ; Київський міжнар ун-т; МАУП; Західно-регіональна асоціація клубів ЮНЕСКО. – Дрогобич, 2012. – № 1. – Ч. 1. – С. 170–174. – С. 171.

² Коваль М. Державна влада та адвокатура в світлі забезпечення справедливого судочинства в Україні / М. Коваль // Юридичний журнал : Аналітичні матеріали, коментарі, судова практика / МОН України; НПУ ім. Драгоманова; Ін-т політології та ін. – К., 2006. – № 5. – С. 45–54. – С. 46.

³ Кульчицький В. С. Державний лад і право в Галичині (в другій половині XIX – на початку XX ст.) / В. С. Кульчицький. – Л., 1968. – 68 с. – С. 52.

⁴ Кульчицький В. Суд, прокуратура та адвокатура в Галичині у складі Австро-Угорщини / В. Кульчицький, І. Бойко // Науковий вісник Чернівецького університету ім. Ю. Федьковича : зб. наук. праць / Чернівецький державний університет ім. Ю. Федьковича. – Чернівці, 2001. – Вип. 125. – С. 22–25. – С. 24. – (Серія «Правознавство»).

⁵ Адвокатура України : навч. посіб. : у 2 кн. / за ред. доктора юрид. наук, професора С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2007. – Кн. 1. – 940 с. – С. 68. – (Серія «Процесуальні науки»).

⁶ Про адвокатуру : Закон України від 19 грудня 1992 р. № 2887-ХІІ // Голос України. – 1993. – 2 січня.

⁷ Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁸ 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

⁹ Правила адвокатської етики, затвержені Установчим З'їздом адвокатів України 17 листопада 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://vkdka.org/pravil-advokatskoji-etiki/>

¹⁰ Фиолевский Д. П. Адвокатура : учеб. ; 2-е изд. доп. и испр. / Д. П. Фиолевский. – К. : Алерта ; Прецедент, 2007. – 537 с. – С. 33.

¹¹ Довнар Т. И. «Судов и справ своїх отступили и выреклись...» / Т. И. Довнар // Судовы веснік. – 1992. – № 2. – С. 56.

¹² Білоус К. Сутність адвокатської етики як необхідної умови здійснення адвокатом своєї діяльності / К. Білоус // Юридичний журнал : аналітичні матеріали, коментарі, судова практика / МОН України; НПУ ім. Драгоманова; Ін-т політології та ін. – 2010. – № 7 (97). – С. 121–123. – С. 121.

Резюме

Денисенко Т. О. Історичні аспекти розвитку адвокатської етики.

Дана стаття присвячена дослідженню історичних аспектів адвокатської етики, короткому аналізу періодів її становлення, розвитку, піднесення, занепаду та розквіту.

Ключові слова: адвокатура, адвокат, адвокатська етика, історичні аспекти.

Резюме

Денисенко Т. А. Исторические аспекты развития адвокатской этики.

Данная статья посвящена исследованию исторических аспектов адвокатской этики, краткому анализу периодов ее становления, развития, подъема, упадка и расцвета.

Ключевые слова: адвокатура, адвокат, адвокатская этика, исторические аспекты.

Summary

Denisenko T. Historical aspects of the development of advocate's ethics.

The article deals with the investigations historical aspects of advocacy ethics, short analysis periods establishment of the rise of decline and prosperity.

Key words: advocacy, advocate, advocacy ethics, historical aspects.

УДК 343.97

У. М. МИТНИК

*Уляна Миколаївна Митник, студентка V курсу
Київського університету права НАН України*

**ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНОЛОГІЧНИХ АСПЕКТІВ
ПРОБЛЕМИ НЕЛЕГАЛЬНОЇ МІГРАЦІЇ**

У зв'язку із зростанням процесів глобалізації все більшої актуальності набуває проблема нелегальної міграції. Нелегальна міграція є дестабілізуючим фактором, тому дана тема є актуальною та займає одне з найважливіших місць у системі проблем загальнодержавного рівня будь-якої країни.

Проблему нелегальної міграції досліджували у своїх працях такі вітчизняні вчені, як О. А. Малиновська, А. П. Мозоль, Ю. І. Римаренко, О. М. Джужа, В. М. Куц, М. А. Погорецький, І. В. Пшеничний та ін. Внесок у дослідження даного питання зробили і такі зарубіжні вчені, як В. В. Лунєєв, М. Вейсєрс, Р. Вольвенд, Дж. Солт, Р. Хавсман. Проте незважаючи на високий інтерес до теми нелегальної міграції та значну кількість праць, кримінологічний аспект даної проблеми є недостатньо вивченим.

Метою статті є дослідження кримінологічного аспекту проблеми нелегальної міграції.

Нелегальна міграція є складовою частиною поняття «міграція населення». Так, за ознакою законності остання поділяється на легальну й нелегальну.

Нелегальною (незаконною) міграцією є незаконне переміщення через державний кордон, тобто поза пунктами пропуску або з приховуванням від прикордонного та митного контролю, при використанні підроблених документів, візи (або без візи), самостійно чи за допомогою третіх осіб, а також проживання на території країни без належного дозволу компетентних державних органів¹.

Можна виділити декілька видів незаконної міграції:

– за ступенем організованості: організована і неорганізована;

– за кількістю незаконних мігрантів, що переміщуються: індивідуальна і групова;

– за способом в'їзду в країну: така, що здійснюється шляхом незаконного перетину кордону за підробленими документами, через кордони, що не охороняються або поза пунктами пропуску через державний кордоні легального в'їзду і невив'їзду після закінчення дозволеного строку перебування².

Залежно від мети призначення нелегальне переміщення можна поділити на транзитне переміщення; переміщення з метою постійного проживання; переміщення з метою тимчасового притулку.

Тривалість міграції можна розглядати як тимчасову, що має обмеження в часі, та безстрокову, яка не має обмежень у часі.

Нелегальну міграцію розрізняють і за часом виникнення: з моменту порушення правил в'їзду на територію держави та вив'їзду з неї; з моменту порушення правил перебування на території держави, що зумовлює необхідність продовження візи та реєстрації на території країни перебування.

Нелегальна міграція може бути класифікована і за наявністю каналів нелегальної міграції через територію України і за її межами:

– транзитний повітряно-залізничний – для громадян держав Південно-Східної Азії, Близького й Середнього Сходу (Китай, В'єтнам, Корея, Шрі-Ланка, Афганістан);

– транзитний повітряно-залізнично-пішохідний – для громадян Іраку, Ірану, Туреччини, Ізраїлю, Сомалі, Анголи, Заїру;

– транзитний повітряно-пішохідно-залізничний – громадяни значної частини Лівану, Китаю, Індії прибувають в Україну повітряним шляхом і рухаються до західного кордону, а з Києва їдуть залізничним транспортом.

Нелегальна міграція може бути також поділена за можливістю її суб'єктів нести адміністративну відповідальність: складається із суб'єктів, що не підлягають адміністративній відповідальності (за віком, станом неосудності); складається із суб'єктів, які підлягають адміністративній відповідальності.

Нелегальна міграція може бути засобом кримінальної міграції, яка є ширшим поняттям і відрізняється кримінальними цілями (наприклад, поєднана з торгівлею наркотиками, зброєю, людьми, тероризмом)³.

У літературі виділяється велика кількість класифікацій факторів, які породжують та сприяють нелегальній міграції, зокрема й таких, що мотивують осіб до здійснення нелегальної міграції.

Так, В. А. Зубков групує такі причини та умови виникнення нелегальної міграції у три групи.

1. Соціально-економічні фактори:

– розширення світового ринку, міжнародних фінансових мережі систем телекомунікацій;
– збільшення масштабів безробіття в країнах азіатського і африканського регіонів та, як наслідок, з метою підвищення матеріального добробуту, пошук будь-яких видів роботи в країнах Європи і Північної Америки.

2. Політичні причини:

– невикористання у повному обсязі можливостей спеціалізованих міжнародних органів і організацій, таких як ООН, МОМ, Інтерпол, Європол та ін.;

– «прозорість» кордонів між окремими європейськими державами і колишніми республіками СРСР.

3. Ряд правових аспектів:

– значні відмінності національних кримінальних законодавств, які базуються на різних принципах і традиціях та по-різному регламентують кримінальну відповідальність за організацію каналів нелегальної міграції;

– неспроможність національних кримінальних законодавств ефективно протидіяти процесам транснаціоналізації нелегальної міграції;

– відсутність єдиної загальноприйнятої концепції міжнародного співробітництва в боротьбі з нелегальною міграцією і, як наслідок, недостатня ефективність механізму імплементації міжнародно-правових договорів у даній сфері⁴.

Більш поширеною класифікацією у літературі є поділ факторів нелегальної міграції на економічні, соціальні, демографічні, політичні, етнічні, освітні, морально-психологічні, військові, організаційно-управлінські, екологічні чинники. Варто зазначити, що дані чинники у більшості випадків діють комплексно⁵.

Економічними чинниками можуть виступати, наприклад: нестабільна економічна ситуація в державі мігранта; зниження рівня життя громадян, яке супроводжується безробіттям, не виплатою зарплатні, позбавленням соціальних пільг; нелегальна міграція як форма організованої злочинності, яка посідає одне з перших місць за прибутковістю; значний сектор «тіньової економіки» (можливість тривалий час нелегально працювати на ринках країни імміграції).

Політичними факторами є політична нестабільність, посилення авторитаризму, політичні переслідування, зміна політичних режимів, дискримінації, реформи в державі мігранта та ін. Тому в літературі виділяють такий особливий вид міграції, як політична, яку спричиняють саме політичні фактори. Нелегальна політична міграція – це процес міждержавного переміщення громадян, які, займаючись політичною діяльністю, змушені мігрувати внаслідок можливих або вже розпочатих переслідувань за свої політичні погляди. Часто політична міграція виникає внаслідок зміни політичного режиму. Наприклад, у певних країнах світу особа, що належить до опозиційного табору, може бути фізично або морально знищена, що провокує політичну міграцію.

Організаційно-управлінськими факторами є слабкий контроль за діяльністю структур, що займаються працевлаштуванням і навчанням іноземців в Україні, незадовільне облаштування певних ділянок кордону, недостатність контролю за діяльністю юридичних та фізичних осіб, які запрошують або приймають в Україні іноземців та осіб без громадянства, сприятливе геополітичне розташування (зокрема, це стосується України).

До факторів правового характеру належать недоліки та прогалини у нормативно-правовій базі, м'які санкції за нелегальну міграцію, відсутність правових можливостей задоволення мігрантами потреб легальним способом, неналежне забезпечення законності у діяльності державних органів.

Серед морально-психологічних факторів можна виділити деморалізацію суспільства, соціально-економічну і політичну нестабільність суспільства, що породжує у мігрантів відчуття невизначеності і непевності^{6,7}.

Наступною класифікацією чинників є їх поділ на «штовхальні» та «притягальні». Серед головних «штовхальних» (*pull*) факторів виділяють такі: міграція заради виживання, спричинена значною бідністю, безробіттям; конфлікти, порушення прав людини; порушення стану довкілля, наприклад, природні катаклізми, зміна клімату; демографічний – неконтрольоване зростання населення, перенаселення, недонаселення; міграція заради пошуку нових можливостей для життя. Стимулюючими «притягальними» (*pull*) факторами ЄС є: економічний, тобто сприятлива економічна ситуація, соціальні гарантії, попит на дешеву некваліфіковану робочу силу; політична стабільність, демократія; демографічний – спад населення, а особливо старіння населення, що найбільше характерно для країн Європи; культурний – наявність історичних зв'язків, спільні мови спілкування, діаспори; популяризація міграції⁸.

Існує і така класифікація факторів міграції П.Стокера:

– об'єктивні фактори соціально-економічного й демографічного характеру – безробіття, зубожіння, перенаселеність;

– суб'єктивні фактори – усвідомлення безвихідності становища й життєвих перспектив у країні колишнього проживання, прагнення до більш високих стандартів життя й прибутків⁹.

Загалом більшість мігрантів використовує нелегальну форму міграції як спосіб втечі від різного роду конфліктів, які відбуваються в країні постійного проживання.

Нелегальна міграція пов'язана також із зміною імміграційної політики, що знижує можливості законної міграції, з бажанням емігрувати будь-яким шляхом з метою сподівання на покращення умов життя, з потребою у деяких країнах в робочій силі, яку не можна задовольнити легальним шляхом.

З огляду на це причини нелегальної міграції групують в такі, що:

- зумовлені соціально-економічними та іншими особливостями країни громадянства;
- зумовлені соціально-економічними та іншими особливостями країни, до якої вони вибувають або через яку вони прямують транзитом.

До першої групи належать політичні переслідування; збройні конфлікти; дискримінація; стихійні лиха; реформи в державі; причини інтелектуального характеру; причини культурного характеру; причини економічного характеру¹⁰.

Збройні конфлікти є однією з найпоширеніших причин нелегальної міграції, особливо на даний час. Такі конфлікти викликають комплекс загроз щодо населення, яке вбачає у нелегальній міграції один із шляхів подолання загроз. Наприклад, заворушення на Африканському континенті у 2011 р. зумовили наплив великої кількості біженців у Європу. Втікаючи від насилля у Лівії, Єгипті та Тунісі, мешканці цих країн перетинали Середземне море у пошуках притулку. Така ж причина спричинила виникнення Європейської міграційної кризи в 2015 р., яка є найбільшою з часів Другої світової війни. Наплив мігрантів відбувається із охоплених війною країн Африки та Близького Сходу, особливо із Сирії та Іраку^{11,12}. За даними МОМ, оприлюдненими станом на 10:00 год. 22 квітня 2016 р., з початку року до Європи Середземним морем прибули 180 245 мігрантів, що на 3 037 осіб більше, ніж станом на 13 квітня 2016 року. Збільшення потоку мігрантів відбулося в основному через територію Італії – на 1 757 осіб, Греції – на 865 осіб та Іспанії – 415 осіб. Із загальної кількості прибулих до Європи нелегальних мігрантів 154 227 прибуло на територію Греції, 24 927 до Італії, 1 063 до Іспанії та ще 28 – до Кіпру. При цьому 1 232 особи загинуло чи пропало безвісти, намагаючись досягти європейських країн, що на 500 осіб більше, порівняно з даними станом на 13 квітня 2016 року.

Загалом, з початку 2016 р. до Європи через Середземне море вже прибуло понад 100 тисяч біженців. Згідно з прогнозом МОМ, у 2016 р. Європа може чекати прибуття ще одного мільйона біженців¹³.

Дискримінаційні причини полягають в обмеженні або позбавленні прав певної категорії громадян за ознакою расової та національної належності, за ознакою статі, за релігійними та політичними переконаннями. Акти дискримінації можуть відбуватися відкрито або таємно, набувати значного поширення, здійснюватися окремими особами або анонімними групами, можуть бути спорадичними або систематичними, незначними (наприклад, у жартах) або серйозними, що завдають психічної, матеріальної або фізичної шкоди жертвам. Дискримінація має дві основні форми: дискримінація де-юре (правова), закріплена в законах, і де-факто (неофіційна), що виявляється у соціальних звичаях. На відміну від правової дискримінації, яку можна подолати шляхом зміни законодавчої бази, неофіційна дискримінація є більш стійкою і подолати її важко. Дискримінація етнічних груп є однією з основних причин політичних конфліктів. Расові дискримінації спричиняють нелегальні міграції, які ґрунтуються на переслідуваннях за ознаками раси, кольору шкіри, національного або етнічного походження та ставлять за мету знищення або применшення визнання чи використання на рівних прав людини й основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній або інших галузях суспільного життя. Релігійні утиски є причиною нелегальної міграції та яскраво виражені у конфліктних зонах на Близькому та Середньому Сході.

Стихійні лиха також є причиною нелегальних міграцій. Вони відбуваються у разі виникнення природних катастроф поблизу або на території компактних поселень. Нелегальна міграція, спричинена цим фактором, найчастіше має тимчасовий характер, а тому значна кількість мігрантів повертається на місця колишніх розселень.

Державні реформи, які спричиняють нелегальну міграцію, можуть полягати в заходах, що обмежують права і свободи людини, створюють соціальне напруження, реформах, які негативно впливають на життєві й суспільні інтереси, ініціації збройних конфліктів, переході світських держав до релігійно спрямованих.

Різновидом нелегальної міграції є інтелектуальна міграція, яка виникає внаслідок причин інтелектуального характеру. Вона характеризується переміщенням тієї категорії осіб, які займаються розумовою діяльністю, створює суспільні блага та матеріальні цінності своєю інтелектуальною діяльністю. Даний вид нелегальної міграції не є поширеним, оскільки висококваліфіковані спеціалісти зазвичай емігрують та працевлаштовуються за кордоном легальним шляхом. Проте нелегальними мігрантами стають і висококваліфіковані кадри, найчастіше з держав, які переживають економічну кризу або де їхні професії не є затребуваними. Різновидом даного виду міграції є міграція з метою отримання освіти.

Спричиняють нелегальну міграцію також причини культурного характеру. У цьому випадку особа мігрує через світоглядні мотиви. Така міграція характерна для людей творчих професій.

Однією із найвагоміших причин міграції є причини економічного характеру. Такий вид нелегальної міграції виникає у випадку погіршення умов життя і праці, зубожіння населення. Так, метою мігрантів, що прибувають до Європи в умовах Європейської міграційної кризи, є переважно отримання статусу біженця та соціальних пільг у Великобританії, Німеччині, Швеції, Франції, Норвегії.

Значне поширення отримала і трудова міграція. Більшість нелегальних трудових мігрантів – це некваліфіковані або низько кваліфіковані кадри та мігранти з країн з низькою оплатою праці й відсутністю належних робочих місць. Водночас на світовому ринку існує попит на нелегальну робочу силу, оскільки вона є низькооплачуваною та безправною.

Щодо другої групи причин, то великого поширення набуває транзитна міграція. Деякі випадки такої міграції зустрічаються і в Україні в умовах Європейської міграційної кризи та в подальшому можуть мати

тенденцію до збільшення із закриттям кордонів із основними країнами-транзитерами. Так, із запровадженням країнами ЄС жорстких заходів реагування на факти незаконної міграції південні та західні регіони України, аналогічно до Угорщини, Македонії, Сербії, Італії, Хорватії та Греції, можуть стати транзитними пунктами для нелегалів на шляху до розвинених країн ЄС.

Щодо суб'єкта нелегального мігранта, то ним є особа, що незаконно в'їжджає в певну країну з метою оселитися там або після закінчення терміну дії візи продовжує перебувати в країні, але не має дозволу на проживання. Внутрішній стан такої особи має вирішальне значення. Бажання покращити умови життя штовхає мігранта на ризик. Нелегальний мігрант часто не задумується над своїми діями та не вважає їх протиправними, оскільки, на його думку, вони не завдають шкоди. Але на практиці нелегальна міграція призводить як до політичних ускладнень у державі, так і до значних економічних збитків.

Нелегальний мігрант може здійснити перенаправлення як самостійно, так і через посередників, які можуть здійснювати періодичне перенаправлення мігрантів невеликими групами або організованою міжнародною мережею.

Щодо віку нелегальних мігрантів, то ними є переважно молоді люди, основним мотивом яких є покращення свого рівня життя та економічного становища. Щодо мігрантів похилого віку, то у більшості з них немає такої мотивації і зазвичай такі особи є політичними або екологічними мігрантами. За ознакою статі серед нелегальних мігрантів переважають чоловіки. Так, серед нелегальних мігрантів, що прибувають в Україну, відсоткова частка чоловіків становить 75–77 %, жінок – 15–13 %. Частка жінок, які прибувають нелегально в Україну, із збільшенням віку зменшується. Частка нелегальних мігрантів-жінок у віці 55–65 років становить приблизно 2 % від загальної кількості таких жінок. Багато жінок стають нелегальними мігрантами внаслідок того, що за національними звичаями своїх держав не мають права голосу та зазнають дискримінації, дехто мігрує для возз'єднання із сім'ями, з метою покращення життєвого становища своїх дітей. Загалом, основну частку нелегальних мігрантів становлять молоді чоловіки до 30 років. Так, мігранти 17–20 років становлять – 5,8 % від загальної кількості мігрантів, 21–25 років – 33,0 %, 26–30 років – 25, 2 %, 31–35 років – 16,2 %, 36–40 років – 8,4 %, 41–50 років – 1,6 %, 51–67 років – 4,4 %.

Щодо родинного стану нелегальних мігрантів, то серед афганців перебільшують одружені мігранти (64 %), серед африканців і мігрантів із Близького і Середнього Сходу не одружених більше 68 %.

За релігійною ознакою більшість нелегальних мігрантів є мусульманами.

Майже половина нелегальних мігрантів народилася в столицях своїх країн або великих містах^{14,15}.

З огляду на вищезазначене основними напрямками протидії нелегальній міграції є:

- подальше вдосконалення роботи правоохоронних органів у сфері боротьби з нелегальною міграцією;
- зміцнення кордонів держави. Щодо України, то особливої уваги вимагає східний та південний кордони;
- виявлення і перекриття каналів міграції;
- виявлення і припинення діяльності злочинних угруповань та окремих посередників, що здійснюють переправлення нелегальних мігрантів;
- контроль за діяльністю організацій та окремих осіб, які запрошують іноземців для навчання та працевлаштування;
- ефективне прогнозування, моніторинг ситуації на кордонах та регулярне отримання інформації щодо підготовки операцій з перенаправлення нелегальних мігрантів;
- максимальне усунення причин і умов, що сприяють нелегальній міграції;
- створення дієвого механізму видворення нелегальних мігрантів;
- посилення відповідальності суб'єктів нелегальної міграції.

Отже, виходячи з вищенаведеного найпоширенішими причинами нелегальної міграції є збройні конфлікти у країнах мігрантів та економічні причини. В умовах європейської міграційної кризи набула актуальності транзитна міграція. Основна частка нелегальних мігрантів припадає на чоловіків до 30 років. Серед найважливіших напрямів протидії нелегальній міграції можна виділити вдосконалення роботи правоохоронних органів у сфері боротьби з нелегальною міграцією, зміцнення кордонів держави, моніторинг ситуації на кордонах та максимальне усунення умов, що сприяють нелегальній міграції.

¹ Нелегальна міграція та політика держави щодо її протидії : [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.naiu.kiev.ua/files/kafedru/ad/lectures/protudiya-nel_migr.docx

² Причины и тенденции незаконной миграции. Противодействие незаконной миграции / А. И. Федорако // Журнал международного права и международных отношений. – 2009. – № 4 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://evolutio.info/content/view/1621/232/>

³ Нелегальна міграція та політика держави щодо її протидії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.naiu.kiev.ua/files/kafedru/ad/lectures/protudiya-nel_migr.docx

⁴ Правовые основы регулирования противодействия незаконной миграции / В. Зубков // Журнал международного права и международных отношений. – 2005. – № 1: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://evolutio.info/content/view/732/113/>

⁵ Звьоздная Т. Нелегальна міжнародна міграція: причини та безпека / Т. Звьоздная // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2012. – № 93. – С. 98.

⁶ Профилактика злочинів : підруч. / О. М. Джуца, В. В. Василевич, О. Ф. Гіда та ін.; за заг. ред. докт. юрид. наук, проф. О. М. Джуци. – К. : Атіка, 2011. – С. 587.

⁷ Нелегальна міграція та політика держави щодо її протидії : [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.naiu.kiev.ua/files/kafedru/ad/lectures/protudiya-nel_migr.docx

⁸ Климко-Оверченко Ю. Політики Європейського Союзу у Чорноморському регіоні: зусилля по протидії нелегальній міграції / Ю. Климко-Оверченко. – К., 2009. – С. 6.

⁹ Жолоб І. В. Міграційна політика держав у контексті сучасного політичного процесу: теоретичний аспект / І. В. Жолоб // Вісник Державної академії керівних кадрів культури і мистецтв : Щоквартальний науковий журнал / М-во культури України, Нац. акад. керів. кадрів культури і мистецтв. – К. : Міленіум, 2012. – № 3. – С. 263.

¹⁰ Нелегальна міграція та політика держави щодо її протидії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.naiu.kiev.ua/files/kafedru/ad/lectures/protudiya-nel_migr.docx

¹¹ Звездная Т. Вказана праця. – С. 98.

¹² Європейська міграційна криза : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://uk.wikipedia.org/wiki/Європейська_міграційна_криза

¹³ Оперативний звіт з моніторингу міграційних процесів (15–21 квітня 2016 р.) / Державна міграційна служба України. – К., 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dmsu.gov.ua/images/pro-dms/centr/zvit_vypusk_27.pdf

¹⁴ Нелегальна міграція та політика держави щодо її протидії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.naiu.kiev.ua/files/kafedru/ad/lectures/protudiya-nel_migr.docx

¹⁵ Оперативний звіт з моніторингу міграційних процесів (15–21 квітня 2016 р.) / Державна міграційна служба України. – К., 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dmsu.gov.ua/images/pro-dms/centr/zvit_vypusk_27.pdf

Резюме

Митник У. М. Дослідження кримінологічних аспектів проблеми нелегальної міграції.

У статті досліджено кримінологічні аспекти проблеми нелегальної міграції. Розглянуто поняття, види нелегальної міграції. Проаналізовано особливості суб'єкта нелегальної міграції, зокрема демографічні характеристики та мотиви мігрантів. Визначено основні напрями протидії нелегальній міграції.

Ключові слова: нелегальна міграція, нелегальний мігрант, протидія нелегальній міграції, державний кордон.

Резюме

Митник У. Н. Исследование криминалогических аспектов проблемы нелегальной миграции.

В статье исследованы криминалогические аспекты проблемы нелегальной миграции. Рассмотрены понятие, виды нелегальной миграции. Проанализированы особенности субъекта нелегальной миграции, в частности демографические характеристики и мотивы мигрантов. Определены основные направления противодействия нелегальной миграции.

Ключевые слова: нелегальная миграция, нелегальный мигрант, противодействие нелегальной миграции, государственная граница.

Summary

Mytnyk U. The researching of criminological aspects of the illegal migration problem.

The criminological aspects of the illegal migration problem are researched. The concept and the types of illegal immigration were considered. It was analyzed the features of the subject of illegal immigration, including demographic characteristics and motivations of migrants. It was determined the main ways to resist the illegal immigration.

Key words: the illegal migration, the illegal migrant, the illegal migration resistance, the state border.

УДК 347.121.1

О. О. НЕДОШОВЕНКО

*Олексій Олексійович Недошовенко, студент
III курсу юридичного факультету Київського національного університету ім. Тараса Шевченка*

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ОРГАНІВ І ТКАНИН ЛЮДИНИ: ДОКТРИНА І ПРАКТИКА

У доктрині цивільного права відсутній єдиний підхід до визначення правового режиму органів і тканин людини; водночас аналіз судової практики в досліджуваній сфері також свідчить про наявність суперечливих правових позицій. З огляду на велику суспільну значимість питання про правовий режим органів і тканин людини, а також на необхідність запровадження дієвого механізму охорони прав та інтересів людини у сфері трансплантології, вивчення правового режиму органів і тканин людини є актуальним.

Дослідження правового режиму та місця органів та тканин людини серед об'єктів цивільного права здійснювалося як радянськими, так і сучасними вченими, серед яких: Г. М. Красновський, Д. М. Иванов, О. О. Пунда, М. М. Малєїна, Ю. В. Колодяжна, С. В. Гринчак, І. І. Горелик, Н. Є. Крилова, Н. А. Маргацька, Г. В. Чеботарьова, І. Я. Сенюта, В. А. Тарасова, С. Г. Стеценко, А. Г. Максимов, О. В. Губський та інші.

Завданням даної статті є порівняння наукових теорій та підходів щодо місця органів і тканин людини серед об'єктів цивільного права, дослідження судової практики у спорах, які стосуються органів і тканин людини, та визначення правового режиму органів і тканин людини як об'єкта цивільно-правових відносин.

© О. О. Недошовенко, 2016

Згідно зі ст. 177 Цивільного Кодексу України (далі – ЦК України)¹, об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні й нематеріальні блага. Оскільки в законі неможливо перерахувати всі об'єкти цивільного права, застосовується широке тлумачення даної статті, тому прямої вказівки в ЦК України на правовий статус органів та тканин людини як об'єкта цивільного права немає. Статтею 178 ЦК України передбачено поділ об'єктів цивільного права на такі, що перебувають в цивільному обороті, вилучені з цивільного обороту, обмежені в цивільному обороті або є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи. Даний поділ має важливе значення при з'ясуванні правового режиму органів і тканин людини серед об'єктів цивільного права, адже з огляду на специфіку даних об'єктів, викликає питання, чи є анатомічні матеріали (окремі органи або система органів, їх частини, тканини, клітини людського організму) або навіть тіло померлої людини об'єктом цивільних прав, і якщо так, то яким саме і як слід класифікувати дані об'єкти?

Слід наголосити, що ст. 290 ЦК України передбачає можливість повнолітньої дієздатної особи бути донором крові, її компонентів, а також органів та інших анатомічних матеріалів та репродуктивних клітин. Взяття органів та інших анатомічних матеріалів з тіла фізичної особи, яка померла, не допускається, крім випадків і в порядку, встановлених законом – фізична особа може дати письмову згоду на донорство її органів та інших анатомічних матеріалів на випадок своєї смерті або заборонити його. Згідно з приписами даної статті, законодавець передбачає можливість трансплантації органів, що являє собою метод лікування ряду найтяжчих захворювань людини, який застосовується тоді, коли усунення небезпеки для життя або відновлення здоров'я хворого іншими методами лікування неможливе. Основним законом, який визначає порядок здійснення даної процедури, є Закон України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині»². Згаданий закон, а також Цивільний кодекс прямо не визначають органи та тканини людини об'єктом цивільного права^{1,2}. Незважаючи на це, анатомічні матеріали (окремі органи або система органів, їх частини, тканини всіх різновидів, клітини органів) по суті є предметами матеріального світу – частинами людського організму, які можуть виступати як цілісна сформована система органів, або окремо взяті органи, які здатні функціонувати лише в сукупності (як єдина система, або зберігатися у штучно створених умовах, наприклад при неможливості здійснення трансплантації відразу з моменту вилучення даних об'єктів з тіла людини, у такому випадку органи зберігаються штучно, не втрачаючи якісних показників). Нині, відповідно до тенденцій розвитку сучасної медицини, анатомічні матеріали є об'єктом наукових досліджень, їх трансплантують, замінюють, продають та купують, як на законних, так і на незаконних підставах (зокрема, при нелегальній торгівлі анатомічними матеріалами, наприклад органами). Як висновок, можна зазначити, що завдяки розвитку та удосконаленню медичної практики, людство має змогу укладати такі самі правочини щодо органів і тканин людини, як і щодо інших речей матеріального світу. Наприклад, укладати договір купівлі-продажу, дарування, міни та інші, лише за умов дотримання загальних вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину (ст. 203 ЦК України)¹, та специфічних умов вчинення даних правочинів, щодо трансплантації органів і тканин людини, що закріплені Конституцією України, низкою міжнародних договорів, законами та підзаконними нормативно-правовими актами України, як загального, так і медичного призначення. Наприклад, ст. 6 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині»² передбачає такі специфічні умови: персональна згода, досягнення відповідного віку, застосування процедури трансплантації за умови, коли усунення небезпеки для життя або відновлення здоров'я реципієнта іншими методами лікування неможливе, наявність у реципієнта медичних показань для застосування трансплантації, повне інформаційне забезпечення про наслідки здійснення даних категорій правочинів, у контексті обов'язку лікаря надати повну медичну інформацію пацієнту про стан свого здоров'я (ст. 39 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я»). Відсутній ризик для життя та здоров'я або важких наслідків (ст. 42 вказаного вище закону), дотримання встановлених законом та підзаконними актами процедури здійснення трансплантації, або вилучення органів чи тканин з організму людини та інші^{1,2,3}.

Незважаючи на можливість вчинення даних правочинів, слід згадати позицію професорів Г. М. Красновського та Д. М. Іванова про те, що органи і тканини людини (живої або померлої) не можуть продаватись або купуватись та бути визначені саме як об'єкт цивільного права, оскільки вони, хоча і є очевидно корисними матеріалами, не є товаром (майном). В іншому разі, можна було б зробити абсурдний висновок про те, що людина одночасно є і суб'єктом і об'єктом цивільно-правових відносин. Людина в такому випадку виступає як сукупність об'єктів цивільного права – системи органів, які не можуть бути майном, оскільки це суперечить нормам міжнародного права, зокрема Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод⁴, також законодавству України, зокрема конституційному положенню про те, що людина є суб'єктом, а не об'єктом права^{5,6,7,8}.

Виникає питання, чи слід визначати об'єктом цивільного права органи і тканини людини, які вже вилучені з організму людини, а також ті, що не вилучені з організму, і функціонують на постійній основі? Адже згідно з приписами Конституції України, ЦК України та інших законодавчих актів людина є власником свого тіла, а отже, має змогу розпоряджатися ним на свій розсуд, з обмеженнями встановленими законодавством, (наприклад, заборона евтаназії).

На думку О. В. Губського, органи та інші анатомічні матеріали людини виступають як невід'ємні елементи немайнового блага життя та здоров'я будь-якої особи. За своєю природою, дані об'єкти є матеріаль-

ним явищем, а тому їх на законних підставах можна назвати об'єктами цивільних правовідносин донорства. Також ці об'єкти можна продати, подарувати або обміняти⁹.

Схожої думки дотримується О. О. Пунда, яка вважає, що органи та тканини людини, незважаючи на приналежність їх до категорії предметів матеріального світу, є частинами людського організму і не повинні бути віднесені до категорії об'єктів цивільного права, як і організм людини в цілому. Оскільки, даний висновок порушує та заперечує соціально-біологічну концепцію природи людини, у відповідності до якої людина – це складний, механічний набір внутрішніх біологічних систем, ми не маємо права розглядати людину як можливий набір «замінних запасних частин» для інших людей^{9,10}.

Беручи до уваги складність вилучення, трансплантації, продажу або вчинення інших правочинів щодо органів, тканин людини, чи інших анатомічних матеріалів, як у теорії, так і на практиці, важко віднести дані об'єкти саме до об'єктів цивільного права, адже в залежності від різновиду правовідносин, що виникають стосовно даних об'єктів, вони можуть мати кримінально-правову природу, тобто коли вони є об'єктом злочину, передбаченого відповідними статтями Кримінального Кодексу України¹¹ (далі – КК України). Наприклад, ст. 143 «Порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини», ст. 144 «Насильницьке донорство» КК України та інші). Адміністративно-правову природу органи та тканини людини набувають у разі вчинення щодо них адміністративних правопорушень (наприклад, ст. 45-1 Кодексу про адміністративні правопорушення України «Порушення встановленого порядку взяття, переробки, зберігання, реалізації і застосування донорської крові та (або) її компонентів і препаратів) або комплексні правовідносини»^{11,12}.

Якщо проаналізувати судову практику, можна дійти висновку, що незаконне або халатне ставлення людини до такої групи об'єктів як анатомічні матеріали, досить часто слугує причиною виникнення охоронних зобов'язань, тобто зобов'язань, що виникають з неправомірних дій – заподіяння шкоди, придбання або зберігання чужого майна без достатніх підстав та ін. Як приклад можна навести цивільну справу № 2-1090/12 за позовом Особи 1 до Особи 2 про відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок незаконного вилучення органів (вилучення хірургічним шляхом очних яблук у трупа матері Позивача), яка перебувала у провадженні Києво-Святошинського районного суду Київської області. Відповідач, не отримавши згоди на проведення операції з вилучення органів померлої людини, фактично здійснив дану операцію всупереч нормам кримінального і цивільного законодавства, зокрема, праву на особисту недоторканність, передбачене ст. 289 ЦК України. Особливість даної справи полягає в тому, що органи померлої людини, (вилучені очні яблука) є об'єктом недоговірного зобов'язання з відшкодування моральної шкоди, а отже, і об'єктом правової охорони не лише кримінального, а й цивільного права. Рішенням суду від № 2-1090/12 позов було задоволено частково^{1,13}.

Існує безліч інших судових справ, коли анатомічні матеріали використовуються для встановлення юридичного факту смерті особи. Так, наприклад, у справі № 2-о-16/2009 р., яка перебувала в провадженні Золотівського районного суду Харківської області, позивач (Особа 2) звернулася до суду з заявою про оголошення померлою її матері (Особа 3), вказуючи, що 10 січня 2009 р. в результаті несправності пічного опалення в домоволодінні її матері сталася пожежа. 15 січня 2009 р. з місця пожежі громадянином (особа 4) були вилучені кістки саме на тому місці, де знаходилося ліжко її матері і які він добровільно передав працівникам міліції. Для встановлення належності кісток останні були направлені на експертизу. Встановлення цього юридичного факту було необхідне для позивача для оформлення права на спадщину, що залишилася після матері¹⁴. Згідно з приписам Цивільного кодексу, Цивільного процесуального кодексу¹⁵, справи щодо оголошення людиною померлою, або безвісно відсутньою є підвідомчими судам загальної юрисдикції і розглядаються за правилами цивільного судочинства (ст.ст. 43, 46 ЦК України та ст. 234 ЦПК України), висновки медичної експертизи стосовно органів та тканин померлої людини можуть використовуватися як докази в суді в разі потреби, при дотриманні відповідних вимог, встановлених законодавством^{1,15}.

Досить часто трапляються випадки, коли від процедури трансплантації органів залежить життя людини, але далеко не всі органи можуть підійти тій чи іншій людині. Досить цікава справа розглядалася Мукачівським міськрайонним судом Закарпатської області (№ 2о/0707/259/2012), в якій суд аналізував ст. 12 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини». Позивач (Особа 1) звернулася до суду з заявою про встановлення факту, що має юридичне значення, зокрема, що (Особа 3), доводиться їй близьким родичем, у розумінні ст. 12 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» – двоюрідним братом кровного споріднення. Обґрунтовуючи свої вимоги, зазначила, що на даний час хворіє на цироз печінки, с-м портальної гіпертензії, варикоз вен стравоходу II ступеня. У зв'язку з цим, вона є інвалідом третьої групи і потребує трансплантації частини печінки від живого донора, яким може бути генетично відповідна особа. Статтею 12 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» передбачено можливість взяття гомотрансплантанта в живого донора, коли реципієнт та донор перебувають у шлюбі, або донор є близьким родичем реципієнта (батько, мати, син, дочка, дід, баба, онук, брат, сестра, дядько, тітка, племінник, племінниця). (Особа 3) погоджується стати живим донором для заявника, однак правові приписи чинного законодавства України забороняють йому бути донором для Особи 1, оскільки законом чітко визначено коло осіб, які можуть бути донорами, серед яких відсутній двоюрідний брат. Виходячи з норм міжнародного законодавства, донорами можуть бути генетично відповідні особи, які перебувають у родинних стосунках з реципієнтом, у тому числі двоюрідні брати та сестри, яким є (Особа 3). Мати та рідні брати не можуть бути донором для заявника з

огляду на медичні показання. Заявниця звернулася до суду, враховуючи, що від трансплантації частини печінки залежить життя та здоров'я, право на які передбачено ст.ст. 281, 283, 284 ЦК України і будь-яким іншим способом захистити вказане право вона не має можливості. Проблематику даної справи складає питання про визнання наявності юридичного факту спорідненості матері в контексті Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» для того, щоб отримати дозвіл на трансплантацію частин органів. У такому випадку матеріальним об'єктом даної справи слугують органи людини, юридичним об'єктом є процедура трансплантації^{1,16}.

Отже, якщо проаналізувати різні наукові підходи, судову практику та особливості українського законодавства, можна дійти висновку, що органи та тканини людини є об'єктами не лише цивільного права. Єдина позиція щодо правового статусу органів та тканин людини і щодо того, чи варто відносити органи та тканини людини до об'єктів цивільного права відсутня. Незважаючи на теоретичний підхід про те, що людина як соціально-біологічна істота в цілому не може розглядатися як сукупність об'єктів цивільного права (тобто органів), слід зауважити, що фактично українське та міжнародне законодавство надає змогу вчиняти низку правочинів стосовно власних та чужих (за згодою іншої особи) органів чи тканин різних типів, наприклад купівлю-продаж, міну, дарування та інші правочини, лише за умови дотримання відповідних вимог та критеріїв, які встановлені законами, та підзаконними нормативно-правовими актами, наприклад інструкціями Міністерства охорони здоров'я.

Залежно від того, який характер мають правовідносини, що виникли, правовий режим органів та тканин людини може видозмінюватися. Так наприклад, якщо основою (причиною) виникнення правовідносин слугує злочин, тоді органи та тканини людини як невід'ємний елемент життя та здоров'я людини, розглядаються як об'єкт правової охорони кримінального права. Якщо правовою основою виникнення правовідносин слугує вчинення певного цивільно-правового правочину, органи і тканини людини набувають статусу об'єкта цивільних прав. У разі вчинення адміністративного правопорушення стосовно органів чи (або) тканин людини, до особи можливо застосувати засоби адміністративного примусу, в такому випадку органи чи тканини людини є об'єктами адміністративного права.

Наостанок слід наголосити на тому, що на сучасному етапі розвитку медицини людство має змогу штучно створювати анатомічні матеріали, зокрема майже будь-який орган людини може бути створений саме з метою вилікування різних смертельних хвороб. Дані об'єкти створюються поза людським організмом, а отже їх правовий статус можна прирівняти до правового статусу речей, що узгоджуватиметься з соціально-біологічною концепцією людини.

¹ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. [станом на 01.01.2016] // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

² Закон України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» від 16.07.1999 [станом на 26.10.2014] // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 41. – Ст. 377.

³ Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19.11.1992 [станом на 15.07.2015] // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 4. – Ст. 19.

⁴ Конвенція Ради Європи: Міжнародний документ. «Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод» від 04.11.1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004

⁵ Резолюція Ради Європи: Міжнародний документ. «Резолюція щодо приведення у відповідність законодавств держав-учасниць з питань вилучення, пересадки та трансплантації матеріалів організму людини» від 11.05.1978 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_071

⁶ Інструкція щодо вилучення органів людини в донора-трупа від 25.09.2000 [станом на 16.07.2013] // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0698-00>

⁷ Інструкція щодо вилучення анатомічних утворень, тканин, їх компонентів та фрагментів у донора-трупа від 25.09.2000 [станом на 28.12.2012] // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0699-00>

⁸ *Красновский Г. Н., Иванов Д. Н.* Актуальные вопросы правового регулирования трансплантации органов и тканей в РФ // Вестник Московского университета. Серия право. – 1993. – № 5. – С. 63.

⁹ Характеристика об'єктів цивільних правовідносин донорства органів та інших анатомічних матеріалів та репродуктивних клітин / О. В. Губський // Наше право. – 2014. – № 10. – С. 142–146, 203. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nashp_2014_10_27

¹⁰ *Пунда О. О.* Поняття та проблеми здійснення особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування людини. Монографія. – Хмельницький-Київ, 2005, – 436 с.

¹¹ Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

¹² Кодекс України про адміністративні правопорушення (статті 1 – 212-20) від 07.12.1984 [станом на 10.02.2016] // Відомості Верховної Ради Української РСР (ВВР) 1984. – Додаток до № 51. – Ст. 1122.

¹³ Єдиний реєстр судових рішень. Рішення Києво-Святошинського районного суду Київської області № 2-1090/12 р. від 21 березня 2012 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51572601>

¹⁴ Єдиний реєстр судових рішень. Рішення Золочівського районного суду Харківської області № 2-о-16/2009 р. 14 травня 2009 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/6245794>

¹⁵ Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 [станом на 01.01.2016] // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

¹⁶ Єдиний реєстр судових рішень. Рішення Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області № 2о/0707/259/2012 від 19 вересня 2012 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/26043123>

Резюме

Недошovenко О. О. Правовий режим органів і тканин людини: доктрина і практика.

У статті висвітлено різні підходи до визначення правового режиму органів і тканин людини. Було проведено аналіз чинного законодавства та проблем, які виникають при дослідженні правового режиму органів і тканин людини. Стаття включає інформацію про особливості правового режиму органів і тканин людини з позиції різних галузей права, особливостей, які передбачені чинними нормативно-правовими актами щодо здійснення цивільно-правових правочинів, об'єктом яких є органи та тканини людини, а також узагальнення судової практики.

Ключові слова: об'єкти цивільного права, органи, тканини людини, правовий режим, анатомічні матеріали.

Резюме

Недошovenко А. А. Правовой режим органов и тканей человека: доктрина и практика.

В статье описаны различные подходы к определению правового режима органов и тканей человека. Был проведен анализ действующего законодательства и проблем, возникающих при исследовании правового режима органов и тканей человека. Статья включает информацию о особенностях правового режима органов и тканей человека с позиции различных отраслей права, особенностях, предусмотренных действующими нормативно-правовыми актами для осуществления гражданско-правовых сделок, объектом которых являются органы и ткани человека, а также обобщения судебной практики.

Ключевые слова: объекты гражданского права, органы, ткани человека, правовой режим, анатомические материалы.

Summary

Nedoshovenko O. Legal regime of human organs and tissues.

The article highlights different approaches to determining legal regime of human organs and tissues. Was made an analysis of the current legislation and problems which arise while researching a legal regime of human organs and tissues. An article consists of information about: peculiarities of legal regime of human organs and tissues from the perspective of different branches of law, peculiarities provided by legal acts on implementing of civil transactions, the object of which are human organs and tissues, and also a summary of judicial practice.

Key words: objects of civil law, organs, tissues of human beings, legal regime, anatomical materials.

УДК 342.98

О. Т. ОМЕЛЬЯНОВИЧ

Олеся Тарасівна Омелянович, студентка II курсу магістратури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, головний інспектор управління правового забезпечення та міжнародного співробітництва Департаменту патрульної поліції

ПУБЛІЧНА СЛУЖБА В УКРАЇНІ: ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ

На сучасному етапі державотворення питання становлення та подальшого розвитку інституту публічної служби набуває особливого значення. Актуальність дослідження зумовлена необхідністю розробки якісної теоретичної бази, яка повинна стати підґрунтям сучасного й ефективного інституту публічної служби в Україні. Проблема поняття та змісту публічної служби в цьому контексті є ключовою і потребує першочергового вирішення.

Інститут публічної служби у різних контекстах досліджувався такими вченими, як В. Б. Авер'янов, Ю. М. Старілов, М. І. Цуркан, Д. Н. Бахрах, О. В. Попова, Н. О. Рунова, Н. В. Янюк, О. С. Петренко, О. В. Хорошенко, проте єдиного підходу до визначення поняття та змісту інституту публічної служби на сьогодні не вироблено.

Метою статті є узагальнення та систематизація різних підходів до визначення інституту публічної служби в Україні, а також встановлення змісту даної категорії у чинному законодавстві України.

Багатоаспектність явища публічної служби зумовила неоднозначність наукових підходів до визначення її сутності та складових. Ураховуючи наявність законодавчої дефініції поняття «публічна служба», дослідження питання правової природи та складових публічної служби доцільно почати саме з її аналізу.

Відповідно до п. 15 ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС)¹, публічна служба – це діяльність на державних політичних посадах, професійна діяльність суддів, прокурорів, військова служба, альтернативна (невійськова) служба, дипломатична служба, інша державна служба, служба в органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування.

У науковій літературі підхід законодавця зазнає суттєвої критики.

По-перше, на думку низки науковців, сумнівним є обраний законодавцем варіант викладення визначення поняття «публічна служба» в КАС через перерахування її складових (видів). Так, у науковій літературі

неодноразово звертають увагу на те, що законодавче визначення поняття «публічна служба» є недосконалим, оскільки воно не містить жодних ознак публічної служби, які дали б змогу відмежувати публічну службу від інших видів служби в державі, так само як і ознак, що допомогли б відмежувати публічних службовців від інших видів працівників².

По-друге, критикується невичерпність закріпленого у визначенні переліку видів публічної служби. Так, Н. В. Янюк з цього приводу зазначає, що «не зовсім коректним є підхід щодо поділу державної служби на види, відповідно до якого перелічено лише окремі види цивільної і мілітаризованої державної служби»³. Очевидно, мається на увазі критика вживання законодавцем поряд з окремими видами цивільної та мілітаризованої державної служби поняття «інша державна служба».

По-третє, на думку низки дослідників, у переліку поєднані недоцільні для поєднання під кутом зору теорії адміністративного права види службовців: політичні діячі і державні службовці⁴. Цю позицію підтримує Н. В. Янюк, яка з цього приводу зазначає, що «законодавець об'єднав різні за змістом види службової діяльності – політичну, що залежить від розстановки політичних сил у вищих органах державної влади, та професійну діяльність, яка забезпечує повсякчасну реалізацію завдань держави, як результату діяльності перших»⁵.

Критичне осмислення цих зауважень дає змогу в окремих аспектах статті на бік законодавця, оскільки викладені вище зауваження мають логічне обґрунтування.

Передусім варто підкреслити, що дискусійне визначення публічної служби міститься в КАС, який покликаний урегулювати процес здійснення правозастосування адміністративними судами. Таким чином, закріплене в п. 15 ст. 3 КАС визначення поняття «публічна служба» розраховане на його застосування саме в процесі правозастосування, з метою правильного визначення кола суб'єктів, які можуть бути учасниками публічно-правових спорів з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження та звільнення з публічної служби (п. 2 ч. 2 ст. 17 КАС). Ураховуючи викладене, вважаємо, що формулювання визначення «публічної служби» шляхом перерахування її видів, а не визначення її сутнісних характеристик та особливостей, повною мірою відповідає меті, з якою це визначення включене у КАС. За таких обставин у цій частині вважаємо критику визначення «публічної служби» невиправданою. Водночас визнаємо необхідність законодавчого закріплення універсального визначення «публічної служби». Цілком погоджуємося з Л. Стельмащук, який підкреслив, що нинішнє визначення можливе для цілей Кодексу, однак на рівні держави щодо нього виникають певні суперечності⁶. Єдиним прийнятним варіантом вирішення цієї проблеми вважаємо паралельне закріплення на рівні законодавства поряд із визначенням, яке міститься в п. 15 ст. 3 КАС, додаткового визначення поняття «публічна служба» через визначення її сутнісних ознак з чітким розмежуванням сфер застосування обох дефініцій.

Подібною є й ситуація з критикою включення до обсягу поняття «публічна служба» в КАС діяльності на державних політичних посадах. На нашу думку, обраний законодавцем підхід щодо поєднання в понятті «публічна служба» діяльності на державних політичних посадах та державної служби для потреб правозастосування є доцільним, оскільки особи, які займають державні політичні посади, здійснюють діяльність з метою задоволення потреб та інтересів суспільства і реалізації завдань та функцій держави, тобто вони так само як і державні службовці служать задоволенню публічних інтересів, а тому мають право на такий самий рівень захисту їх прав та свобод під час здійснення такої діяльності.

Окремо вважаємо за потрібне прокоментувати критику ненадання законодавцем у визначенні вичерпного переліку видів публічної служби. Аналіз законодавчих актів про державну службу допомагає дійти висновку, що питання віднесення тієї чи іншої посади в тому чи іншому органі до державної служби потребує окремого вирішення в кожному конкретному випадку. Це зумовлено несталістю законодавства про державну службу в Україні, створенням нових державних органів, статус службовців яких потребує встановлення, а також зміною статусу працівників окремих державних органів. Так, наприклад, відповідно до ч. 4 ст. 64 Закону України «Про Національний банк України»⁷ службовці Національного банку є державними службовцями, і до них застосовуються норми Закону України «Про державну службу». Проте з набранням чинності нового Закону України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 р.⁸ з 1 травня 2016 р. службовці Національного банку України втрачають статус державних службовців. За таких обставин сумнівно, що на цьому етапі розвитку публічно-службових відносин в Україні можна дати вичерпний перелік видів публічної служби.

Таким чином, обраний законодавцем підхід до визначення поняття «публічна служба» в КАС є виправданим. Водночас існує необхідність розроблення й закріплення на рівні законодавства додаткового визначення поняття «публічна служба» через перерахування її сутнісних ознак. Це допоможе ефективно «підлаштувати» поняття до різних потреб правового регулювання. При цьому важливо забезпечити дотримання єдиного підходу до визначення поняття «публічна служба», про що йтиметься далі.

У науковій літературі підходи до визначення «публічної служби» нині суттєво різняться. Аналіз наукових праць дає змогу умовно виділити три основні підходи до визначення змісту поняття «публічна служба»: широкий, вузький та «правозастосовний».

Представники *широкого підходу* включають до змісту поняття «публічна служба» службу в державних органах, органах місцевого самоврядування, державних підприємствах та установах, а також службу в інших недержавних організаціях, зокрема в громадських організаціях, політичних партіях і навіть в окремих випадках – службу в приватних підприємствах. Критерієм віднесення тієї чи іншої служби до публічної за цим підходом є здійснення діяльності з метою задоволення потреб та інтересів суспільства й реалізації завдань і функцій держави.

Так, прихильниця *широкого підходу* О. В. Хорошенюк зазначає, що публічна служба – це сфера людської діяльності в усіх типах державних, комунальних, громадських установ, організацій і підприємств щодо практичної реалізації конституційних гарантій, політики розвитку держави, тактичних і стратегічних інтересів суспільства. Віднесення до публічної служби в державних підприємствах та установах, а також службу в інших недержавних організаціях дослідниця пояснює так: «публічна служба є інтегрованим суспільним інститутом, покликаним розв'язувати суперечності суспільного розвитку. У разі, якщо державні і муніципальні органи та установи не спроможні це зробити, то їх можуть розв'язати на добровільній основі інші організації і в цьому випадку їх діяльність може називатися публічною службою»⁹. Так, дослідниця поряд із державною службою та службою в органах місцевого самоврядування пропонує виділити «сервісну службу» та «громадську службу». До «сервісної служби» пропонується віднести організації, що надають послуги, які фінансуються, або надання яких регулюється органами державної влади, або органами місцевого самоврядування, а саме: освіти, охорони здоров'я, аварійних служб, пожежної й газової служб, державної пошти, установ суспільного мовлення, публічних бібліотек, громадського транспорту, установ з надання соціальних послуг, телекомунікацій, поводження з відходами, водопостачання тощо. До «громадської служби», на думку О. В. Хорошенюк, варто віднести службу на добровільних засадах у громадських та координаційних радах при органах публічної влади, в різних громадських об'єднаннях, рівні, форми і повноваження яких визначені Законом України «Про громадські об'єднання»¹⁰.

Так само широко розглядає публічну службу О. С. Петренко, яка зазначає, що публічна служба як система інститутів є сукупністю взаємодіючих підсистем щодо досягнення загальної мети, кожна з яких окремо виконує певну функцію, але внаслідок синергетичного ефекту за умови їх взаємодії сама публічна служба як система набуває нових властивостей (цілісність, збалансована рівновага, розподіл сфер і способів діяльності, єдність до розв'язання завдань певного рівня, використання єдиних норм, правил та стандартів). Водночас як організаційно-управлінський інститут публічна служба є професійною діяльністю, спрямованою на виконання цілей, завдань і функцій держави та громади. Використовуючи цей підхід, дослідниця дійшла висновку, що інтегрований інститут публічної служби включає в себе такі складові: державну службу (адміністративну та спеціалізовану), службу в органах місцевого самоврядування, політичні посади, діяльність державних і комунальних закладів, установ, організацій та підприємств¹¹.

Прихильником широкого підходу є і професор О. В. Петришин, який відносить до публічної служби державну службу, муніципальну службу та службу у недержавних організаціях (громадських організаціях, політичних партіях, навіть приватних підприємствах). На його думку, для публічної служби характерні такі ознаки:

- зайняття посади у відповідних органах і організаціях незалежно від форм власності і конкретних організаційних структур;
- службова спрямованість діяльності, що полягає в роботі не на себе, а на обслуговування «чужих» інтересів;
- професійність службової діяльності, тобто здійснення такої діяльності на постійній основі, що потребує певних знань і наступності;
- є основним джерелом матеріального забезпечення працівників¹².

Серед прихильників широкого підходу можна виділити і зарубіжних дослідників. Так, російський вчений О. В. Волох зазначає, що публічна служба є більш широким поняттям, що виражається як вид професійної діяльності в апаратах різноманітних державних органів, органів місцевого самоврядування і органів публічних об'єднань, фондів, установ, організацій і тому подібне, яка полягає у виконанні службовцями компетенції цих органів згідно з законодавством Російської Федерації, її суб'єктів та іншими нормативно-правовими актами¹³.

Вузький підхід до визначення «публічної служби» характеризується внесенням до неї виключно служби в органах державної влади та органах місцевого самоврядування. При цьому за даного підходу публічна служба не включає службу на державних політичних посадах.

Так, на думку О. В. Попової, публічну службу слід визначати як реалізацію народом влади через виконання завдань і функцій держави, спрямованих на забезпечення публічних інтересів, особами на постійній професійній відплатній основі за рахунок бюджетних коштів в органах виконавчої влади, апаратах всіх гілок органів влади, органах місцевого самоврядування на підставі адміністративно-правового акту призначення на посаду¹⁴. Таким чином, О. В. Попова виводить службу на державних політичних посадах за межі публічної служби.

Близьким до підходу О. В. Попової є підхід Н. О. Рунової, за визначенням якої публічна служба – це здійснення влади суспільством (народом) через професійну діяльність публічних службовців. Виходячи з положень ст. 5 Конституції України, публічним є службовець, що обіймає посаду в органі виконавчої влади, апараті органів влади чи органі місцевого самоврядування на підставі фактичного складу, обов'язковим елементом якого повинен бути акт призначення на посаду (наразі відноситься і результат виборів, але його пропонується виключити з підстав виникнення відносин публічної служби), і здійснює професійну виконавчорозпорядчу адміністративну діяльність на постійній основі, виходячи з публічних інтересів¹⁵. Таким чином, Н. О. Рунова визнає законодавче віднесення служби на державних політичних посадах до публічної служби, проте чітко підкреслює своє протилежне бачення ситуації.

Такого підходу дотримується й Н. В. Янюк, яка зазначає, що «поняттям «публічна служба» доцільно охо-

пити передусім два основні види службової діяльності – державну службу і службу в органах місцевого самоврядування. Аргументом є той факт, що обидва види служби об'єднує спільна мета діяльності, пов'язана з виконанням завдань і функцій держави, спрямованих на забезпечення загальнодержавного (публічного) інтересу, який визначається політичною владою у формі загальнообов'язкових правових норм»¹⁶. Н. В. Янюк критикує рішення законодавця включити до змісту «публічної служби» службу на державних політичних посадах. З цього приводу вона зазначає, що «законодавець об'єднав різні за змістом види службової діяльності – політичну, що залежить від розстановки політичних сил у вищих органах державної влади, та професійну діяльність, яка забезпечує повсякчасну реалізацію завдань держави, як результату діяльності перших»¹⁷.

Прихильники «правозастосовного» підходу включають до публічної служби службу на державних політичних посадах, службу в органах державної влади, а також службу в органах місцевого самоврядування. Запропонована назва підходу є умовною і підкреслює його відповідність визначенню «публічної служби», яке міститься в п. 15 ст. 3 КАС.

Так, прихильник цього підходу М. І. Цуркан під «публічною службою» розуміє врегульовану виключно Конституцією та законами України професійну публічну діяльність осіб, які заміщують посади в державних органах і органах місцевого самоврядування щодо реалізації завдань і функцій держави та органів місцевого самоврядування¹⁸. До видів публічної служби науковець включає політичну службу, державну службу, суддівську службу та муніципальну службу¹⁹. Таким чином, науковець включає службу на державних політичних посадах до змісту публічної служби.

Підхід М. І. Цуркана підтримує і дослідниця Л. Р. Біла-Тіунова, яка так само до видів публічної служби включає політичну службу, державну службу, суддівську службу та муніципальну службу²⁰.

На нашу думку, саме «правозастосовний підхід» до визначення поняття «публічна служба» є найбільш виправданим. По-перше, даний підхід відповідає чинному законодавству України, зокрема поняттю «публічної служби», закріпленому в п. 15 ст. 3 КАС. По-друге, окреслений законодавцем обсяг даного поняття цілком відповідає меті його існування. Водночас окреслений обсяг з метою правильного правозастосування потребує конкретної деталізації. Тому доцільно визначити критерії віднесення до публічної служби та принципи публічної служби в межах «правозастосовного» підходу.

Першим критерієм віднесення до публічної служби можна визначити факт виникнення правовідносин на підставі фактичного складу, обов'язковим елементом якого відповідно до норм чинного законодавства про державну службу і службу в органах місцевого самоврядування є акт призначення на посаду чи результат виборів²¹. З цією думкою погоджується і О. В. Попова, яка зазначає, що «першою визначальною ознакою публічної служби повинна стати форма залучення осіб – адміністративно-правовий акт призначення на посаду, з виданням якого особа набуватиме статус публічного службовця (державного чи муніципального)»²². Варто зазначити, що О. В. Попова виключає результат виборів як підставу набуття статусу публічного службовця. У даному контексті це пояснюється підтриманням нею вузького підходу до розуміння поняття «публічна служба».

Другим критерієм віднесення до публічної служби вважаємо за доцільне виокремити зайняття передбаченої штатним розписом публічної посади саме в органі публічної влади²³. Як було визначено вище, органами публічної влади є органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Так, варто погодитись із Ю. М. Старіловим, який зазначає, що публічною є служба в органах публічної влади, яка має дворівневу структуру: державний рівень (органи державної влади, в тому числі органи виконавчої влади) і місцевий (муніципальний) рівень (органи місцевого самоврядування, в тому числі місцева адміністрація)²⁴.

Третім критерієм віднесення до публічної служби визначимо наявність у особи повноважень за посадою, реалізація яких забезпечує виконання завдань і функцій держави, спрямованих на забезпечення публічного інтересу. З цього приводу В. Авер'янов та О. Андрійко зазначають: «зважаючи на те, що публічно-правовий статус мають (наразі – повинні мати) не всі працівники органів виконавчої влади і виконавчих органів місцевого самоврядування, поняття публічної служби можна обмежити службою тих працівників, які безпосередньо виконують повноваження публічної адміністрації»²⁵.

У науковій літературі як критерій віднесення до публічної служби також визначають її постійність. При цьому під постійністю розуміють призначення особи на посаду без обмеження строку її повноважень²⁶. Зважаючи на той факт, що строк служби осіб на державних політичних посадах, яка є різновидом публічної служби, обмежений та визначається на підставі Конституції України²⁷ і законів України, визначення постійності як критерію віднесення до публічної служби не є доцільним.

Для характеристики публічної служби виправданим буде виокремлення такого четвертого критерію віднесення до публічної служби, як професійність, під якою варто розуміти здійснення особою своїх службових повноважень як її основної оплачуваної (за рахунок державних коштів) діяльності. Як вказує І. М. Пахомов, стосовно державних службовців – це професіонали, для яких державна служба є основним заняттям²⁸.

У контексті визначення правової природи та змісту поняття публічної служби важливо визначити також принципи публічної служби, тобто основоположні ідеї, які відбивають об'єктивні закономірності та окреслюють напрями реалізації компетенції, завдань і функцій органів публічної влади, статусу публічних службовців²⁹.

Слід погодитися з експертами Центру політико-правових реформ, що організація публічної служби має базуватися на принципах:

- 1) верховенства права – підпорядкування діяльності органів державної влади, органів місцевого само-

врядування, їх посадових та службових осіб потребам реалізації прав людини, забезпечення їх пріоритетності перед усіма іншими цінностями;

2) законності – обов'язок публічного службовця діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України;

3) патріотизму й публічності – віддане служіння українському народові та пріоритетне ставлення до забезпечення загального інтересу при виконанні службових обов'язків;

4) професійності – компетентне, об'єктивне і неупереджене виконання службових обов'язків;

5) політичної нейтральності – утримання політичного службовця від демонстрації свого ставлення до політичних партій, а також власних політичних поглядів та недопущення їх впливу на виконання службових обов'язків;

6) прозорості й відкритості – забезпечення обов'язковості оприлюднення публічної інформації органом влади та можливість отримання відкритої (несекретної) інформації про діяльність органів влади і публічних службовців за запитом громадянина;

7) стабільності – призначення публічних службовців на невизначений строк, незалежність персонального складу корпусу публічної служби від змін політичного керівництва держави та державних органів;

8) доброчесності – спрямованість дій публічного службовця на захист публічного інтересу та відмова від керівництва приватним інтересом при здійсненні наданих йому повноважень³⁰.

Проаналізувавши різні підходи до визначення публічної служби, виділивши критерії віднесення до публічної служби та принципи публічної служби, доходимо висновку, що публічну службу в Україні на сьогодні доцільно розглядати в межах «правозастосовного» підходу і включати до неї:

1) діяльність на державних політичних посадах;

2) професійну діяльність суддів;

3) професійну діяльність прокурорів;

4) військову службу;

5) альтернативну невійськову службу;

6) дипломатичну службу;

7) професійну діяльність в органах виконавчої влади:

– центральні органи виконавчої влади;

– територіальні органи міністерств, інших центральних органів виконавчої влади;

– місцеві державні адміністрації;

8) професійну діяльність в інших державних органах, особливості проходження державної служби в яких визначені Законом України «Про державну службу»;

9) політичну діяльність в органах влади Автономної Республіки Крим;

10) службу у виконавчих органах Автономної Республіки Крим;

11) політичну діяльність на посадах в органах місцевого самоврядування;

12) службу у виконавчих органах місцевого самоврядування.

Таким чином, за результатами проведеного дослідження можна зробити низку важливих висновків. По-перше, визначення категорії «публічна служба», закріплене в п. 15 ст. 3 КАС, цілком відповідає меті, з якою його закріплено саме у КАС, а саме: забезпечує визначення кола суб'єктів, які можуть бути учасниками публічно-правових спорів з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження та звільнення з публічної служби. По-друге, незважаючи на правильність обраного підходу до визначення поняття «публічна служба» у КАС, існує необхідність додаткового закріплення у іншому нормативно-правовому акті ще одного визначення даного поняття з перерахуванням сутнісних ознак публічної служби. При цьому важливо забезпечити чітке розмежування сфер застосування визначення поняття «публічна служба», яке наведене у КАС, та визначення цього ж поняття у іншому нормативно-правовому акті. По-третє, навіть після аналізу законодавчого визначення поняття «публічна служба», критеріїв віднесення до публічної служби та принципів публічної служби перерахувати всі види служби, які можна віднести до публічної служби, виявляється можливим лише загальноно, у зв'язку із несталістю даної сфери правового регулювання. Підсумовуючи, можна констатувати, що питання поняття та змісту інституту публічної служби в Україні є перспективним для подальшого дослідження.

¹ Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–36, 37. – Ст. 446.

² Авер'янов В. Б. Необхідність удосконалення деяких нових дефініцій у Кодексі адміністративного судочинства України / В. Б. Авер'янов // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2010. – № 1 – С. 5; Рунова Н. Публічна служба в Україні: проблеми дефініції / Н. Рунова // Публічне право : Науково-практичний юридичний журнал. – 2012. – № 3. – С. 270; Попова О. В. Поняття та ознаки публічної служби в Україні / О. В. Попова // Форум права. – 2011. – № 4. – С. 584.

³ Янюк Н. В. Актуальні проблеми формування публічної служби в Україні / Н. В. Янюк // Вісник Львівського університету. – 2010. – Вип. 51. – С. 165. – (Серія «Юридична»).

⁴ Попова О. В. Вказана праця. – С. 584.

⁵ Янюк Н. В. Вказана праця. – С. 165.

⁶ Стельмащук Л. Співвідношення понять «публічна служба» та «державна служба» / Л. Стельмащук // Збірник наукових праць Національної академії державного управління при Президентові України. – 2009. – Вип. 1. – С. 51.

⁷ Про Національний банк України : Закон України // Голос України – 1999. – № 2. – Ст. 241.

- ⁸ Про державну службу : Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 4. – Ст. 43.
- ⁹ *Хорошенко О. В.* Уточнення сутності та переліку груп суб'єктів публічної служби / О. В. Хорошенко // Теорія та практика державного управління. – 2014. – Вип. 3. – С. 234–235.
- ¹⁰ Там само. – С. 232.
- ¹¹ *Петренко О.* Формування публічної служби в Україні: інституційний підхід : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2009/2009-02\(2\)/Petrenko.pdf](http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2009/2009-02(2)/Petrenko.pdf)
- ¹² *Петришин А. В.* Государственная служба: историко-теоретические предпосылки, сравнительно-правовой и логико-понятийный анализ : моногр. / А. В. Петришин. – Х. : Факт, 1998. – С. 139–140.
- ¹³ *Волох О. В.* Публичная служба как институт народовластия : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://sun.tsu.ru/mminfo/000063105/292\(II\)/image/292-2-253.pdf](http://sun.tsu.ru/mminfo/000063105/292(II)/image/292-2-253.pdf)
- ¹⁴ *Попова О. В.* Вказана праця. – С. 586.
- ¹⁵ *Рунова Н.* Вказана праця. – С. 273.
- ¹⁶ *Янюк Н. В.* Вказана праця. – С. 164.
- ¹⁷ Там само. – С. 165.
- ¹⁸ *Цуркан М. І.* Правове регулювання публічної служби в Україні. Особливості судового розгляду спорів : моногр. / М. І. Цуркан. – Х. : Право, 2010. – С. 9.
- ¹⁹ Там само. – С. 9–18.
- ²⁰ *Біла-Тіунова Л. Р.* Публічна служба як адміністративно-правова категорія / Л. Р. Біла-Тіунова // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. – 2009. – Т. 8. – С. 142–154.
- ²¹ *Рунова Н.* Вказана праця. – С. 273.
- ²² *Попова О. В.* Вказана праця. – С. 584–585.
- ²³ *Рунова Н.* Вказана праця. – С. 271.
- ²⁴ *Старілов Ю. Н.* Курс общего административного права : в 3 т. – М. : Норма, 2002. – Т. I : История. Наука. Предмет. Нормы. Субъекты. – С. 590.
- ²⁵ *Авер'янов В.* Актуальні завдання створення нового законодавства про державну службу в Україні / В. Авер'янов, О. Андрійко // Юридичний журнал. – 2005. – № 8 (38). – С. 53–54.
- ²⁶ *Попова О. В.* Вказана праця. – С. 585.
- ²⁷ Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
- ²⁸ Советская государственная служба (понятие и основные принципы) / И. Н. Пахомов; ред. Д. Т. Яковенка; Министерство охраны общественного порядка УССР. Высшая школа. – К., 1964. – С. 8.
- ²⁹ Публічна служба. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / А. В. Кірмач, В. К. Тимошук, М. В. Фігель та ін. ; за заг. ред. В. П. Тимошука, А. М. Школика. – К. : Конус-Ю, 2007. – С. 25.
- ³⁰ Там само. – С. 735.

Резюме

Омельянович О. Т. Публічна служба в Україні: поняття та зміст.

У статті проаналізовано законодавче визначення поняття «публічна служба», закріплене в п. 15 ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства України. Здійснено аналіз та узагальнення теоретичних підходів до визначення поняття й змісту публічної служби. Виділено критерії віднесення окремих видів служби до публічної служби, а також принципи публічної служби. За результатами дослідження конкретизовано зміст публічної служби в Україні.

Ключові слова: публічна служба, Кодекс адміністративного судочинства України.

Резюме

Омельянович О. Т. Публичная служба в Украине: понятие и содержание.

В статье проанализировано законодательное понятие «публичная служба», закрепленное в п. 15 ст. 3 Кодекса административного судопроизводства Украины. Проведены анализ и обобщение теоретических подходов к определению понятия и содержания публичной службы. Выделены критерии отнесения отдельных видов службы к публичной службе, а также принципы публичной службы. В результате исследования конкретизировано содержание публичной службы в Украине.

Ключевые слова: публичная служба, Кодекс административного судопроизводства Украины.

Summary

Omelyanovich O. Public service in Ukraine: concept and content.

The paper analyzes the legal concept of public service, stipulated in the Paragraph 15 of the Article 3 of the Code of Administrative Procedure of Ukraine. Theoretical approaches to the definition and content of public service are analyzed and summarized. The criteria for inclusion of certain types of services to the public service and the principles of public service are emphasized. The study concretized the content of public service in Ukraine

Key words: public service, Code of Administrative Procedure of Ukraine.

Г. Ю. СМІРНОВ

Георгій Юрійович Смірнов, студент III курсу юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ МОВИ ВОРОЖНЕЧІ:
ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ**

Свобода слова є наріжним каменем цивілізованого демократичного суспільства. Жодна держава не може називати себе правовою та соціальною, якщо реалізація даної правомочності нею не гарантується. Цікавим є питання про те, де проходить межа між правом на свободу слова і правом інших осіб на повагу до честі й гідності, а також коли свобода слова переростає у так звану мову ворожнечі. Саме неспроможність дати вичерпну відповідь на згадані питання і є причиною тих проблем, що постали перед світовою спільнотою сьогодні.

Дослідженню різноманітних аспектів свободи слова присвячували себе такі відомі правознавці, як Джон Локк, Жан-Жак Руссо, Шарль Монтеск'є, І. Кант, Й. Г. Фіхте та інші. Сучасними вченими, які досліджують проблеми права на свободу слова, є Е. В. Тітко, Д. З. Мутагіров, Г. В. Наставна, О. В. Скрипнюк, А. І. Марущак, О. В. Кохановська.

Метою статті є визначення поняття та особливостей так званої «мови ворожнечі»; з'ясування межі між цензурою та обмеженням права на свободу слова як способом протидії «мові ворожнечі»; аналіз практики Європейського суду з прав людини щодо реалізації права на свободу слова; аналіз законодавчого регулювання «мови ворожнечі» інших країн та надання відповіді на питання, якою саме галуззю права має регулюватися дане явище, а також з'ясування способів регулювання «мови ворожнечі» в мережі Інтернет.

Аналізуючи поняття «мови ворожнечі» (від англ. – *hate speech*), слід насамперед з'ясувати правила правового регулювання цього інституту в законодавстві України. Так, відповідно до ст. 68 Конституції України на кожного громадянина покладено обов'язок утримуватися від дій, які посягають на честь і гідність інших людей. Згідно зі ст. 24 Основного Закону не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного й соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками¹.

Відповідно до ст. 297 Цивільного Кодексу України² (далі – ЦК України) кожна фізична особа має право на повагу до честі та гідності, які є недоторканими. Ділова репутація юридичної та фізичної особи також визнаються цивільним законодавством недоторканою, відповідно до ст. 299 та ст. 94 Цивільного Кодексу. У разі порушення цих прав потерпіла особа має право звернутися за їх захистом до суду.

«Мова ворожнечі» може бути публічною та приватною. Відмінність між цими видами визначається залежно від суб'єкта, в вираженні думки якого вона втілюється. Публічною вона є тоді, коли застосовується політиками, службовими особами органів влади, використовується законодавцем та засобами масової інформації, адже в такому разі вона охоплює значну частину суспільства як в рамках держави, так і в рамках світової спільноти. Вона також може бути явною, тобто виражатися в конкретних словах, словосполученнях та фразах, або ж прихованою – передаватися контекстом, натяками, інсинуаціями³.

Мова ворожнечі також може бути висловлена в формі оціночних суджень, якими відповідно до ст. 30 Закону України «Про інформацію» є висловлювання, за винятком наклепу, 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 засобів⁴. Їхня особливість полягає в тому, що вони не підлягають спростуванню чи доказуванню правдивості. Втім, якщо вони принижують честь та гідність особи, то така особа має право на відповідь або висвітлення своєї точки зору, а у випадку, коли такі судження набувають особливо грубої та принизливої форми – на відшкодування моральної шкоди.

Правовому регулюванню мови ворожнечі перешкоджає відсутність чіткого визначення даного поняття.

Поняття «мова ворожнечі» не визначається у чинному законодавстві України. Тим не менше, окремі законодавчі акти містять правові приписи про її заборону. Наприклад, ст. 6 Закону України «Про телебачення і радіомовлення»⁵ передбачає заборону використання телерадіоорганізацій з метою пропаганди винятковості, зверхності або неповноцінності осіб за ознаками їх релігійних переконань, ідеології, належності до тієї чи іншої нації або раси, фізичного чи майнового стану, соціального походження; ст. 3 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» містить заборону використання преси з метою завдання шкоди честі і гідності особи. Зауважимо, що ст. 42 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні»⁶ передбачено перелік умов, за яких ні журналіст, ні друковані засоби масової інформації не несуть відповідальності. Однією з таких умов є дослівне відтворення (цитування) публічних виступів або повідомлень як суб'єктів владних повноважень, так і фізичних чи юридичних осіб, що в нашій державі являє собою окрему проблему з огляду на недостатньо високий рівень культури суспільства.

Однозначного підходу до регулювання «мови ворожнечі» не існує і в міжнародному законодавстві. Наприклад, у Додатку до Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № 97 (20) «мова ненависті» визначається як «всі форми висловлювань, які поширюють, підбурюють, заохочують чи виправдовують расову ненависть, ксенофобію, антисемітизм або інші форми ненависті, що ґрунтуються на нетерпимості, у т.ч. нетерпимості, що знаходить своє вираження у войовничому націоналізмі й етноцентризмі, дискримінації та ворожості стосовно меншин, мігрантів, осіб іммігрантського походження»⁷. На нашу думку, таке визначення найточніше відображає суть даного поняття і може слугувати орієнтиром для міжнародної спільноти.

Ще одним проблемним питанням є визначення межі між цензурою та правом на свободу слова.

Відповідь на дане питання аналізувалася Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) у справі «Хендїсайд проти Великої Британії». На думку Європейського суду з прав людини, ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод стосується не лише тієї «інформації» чи тих «ідей», які отримані законним шляхом або які можна вважати не образливими чи незначними, а й тих, які ображають чи викликають обурення. Такими є вимоги терпливості, плюралізму і широти поглядів, без яких «демократичне суспільство» неможливе»⁸. На нашу думку, це рішення ЄСПЛ мотивоване тим, що не завжди висловлений погляд чи позиція, які викликають обурення, спрямовані на приниження іншої особи. Адже обурення може бути викликано і в рамках категоричної незгоди. Як приклад можна навести конфлікт науки і релігії, який викликає обурення в представників обох сторін, але це не означає, що та чи інша сторона вдаються до «мови ворожнечі».

Саме тому ЄСПЛ, наголошуючи на згаданому висновку, звертає увагу на ч. 2 ст. 10 Конвенції⁹, згідно з якою здійснення даного права, з метою недопущення порушення моралі, вчинення злочинів чи приниження честі й гідності особи, може підпадати під особливі умови національного законодавства, законодавчі обмеження чи санкції, але на практиці так до кінця і не зрозуміло, коли право переходить у правопорушення¹⁰. На рівні національного законодавства, можливість такого обмеження передбачена ст. 34 Конституції України.

Відповідно до практики ЄСПЛ, справи, в яких об'єктом спору є «мова ненависті», вирішуються двома способами. Перший спосіб передбачає виключення об'єкта спору з-під дії ст. 10 Конвенції. Відповідно ж до другого способу ЄСПЛ кваліфікує *hate speech* як зловживання правом і застосовує ст. 17 Конвенції, якою забороняється зловживання будь-яким гарантованим правом.

Обидва способи базуються на суб'єктивній оцінці суддями кожної справи, яка потрапляє до них на розгляд. Причина криється у відсутності загальноприйнятого визначення поняття «мови ворожнечі», що зумовлює виникнення ситуацій, в яких та чи інша особа може або бути піддана обмеженню права на свободу слова, або вийти за його рамки, не понісши будь-якого покарання.

Третьою проблемою є визначення галузевої приналежності інституту «мови ворожнечі».

У зв'язку з відсутністю розмежування термінів «мова ненависті» (*hate speech*) та «злочин з мотивів ненависті» (*hate crime*) виникають складнощі у їх правовому регулюванні. Залежно від того, як чітко проведено межу між цими поняттями, можна стверджувати про цивільно-правове чи кримінально-правове регулювання. В дослідженні департаменту громадянських прав та конституційних справ Генерального Директорату Європейського Союзу з внутрішньої політики наведено кілька шляхів вирішення даної проблеми¹¹.

Наприклад, у законодавстві Греції *hate crime* розкривається через синонім *racist crime*, включаючи в поняття «расизм» ненависть за статевою, політичною, релігійною та іншими ознаками, значно розширюючи тлумачення слова. Такі ж країни, як Франція та Угорщина, пішли іншим шляхом. У їхньому законодавстві *hate crime* – злочинне діяння на основі статевої, релігійної та іншої нетерпимості, в той час як *hate speech* є поведінкою, яка спрямована на приниження честі, гідності, а у випадку, якщо об'єктом такої поведінки є юридична особа, – ділової репутації особи. Тому в даних країнах *hate speech*, якщо воно не містить ознак розпалювання ворожнечі, підпадає під регулювання саме цивільного права і здебільшого передбачає такі звичні наслідки для правопорушника, як спростування або ж сплата моральної шкоди постраждалому.

Але якщо «мова ворожнечі» була наявна в матеріалі засобу масової інформації (далі – ЗМІ), то в усіх країнах Європи, крім Франції, Греції та Угорщини, дане правопорушення підпадає під дію адміністративно-го законодавства. Це, тим не менш, не позбавляє фізичних і юридичних осіб права подати цивільний позов про відшкодування моральної шкоди.

Тут також слід наголосити на тому, що подібне правопорушення з боку ЗМІ має свої особливості залежно від країни.

Так, згідно з цивільним законодавством Бельгії, відповідальність за розміщення матеріалу, що містить образливу лексику, несе передусім автор матеріалу, а у випадку, якщо він невідомий – видавець. У Франції є свої особливості залежно від виду засобу масової інформації. Якщо йдеться про друковані засоби масової інформації (пресу), то відповідальність несе видавець, у випадку ж його відсутності – автор матеріалу. Якщо ж автор статті невідомий, відповідальність покладатиметься на особу, яка здійснила публікацію (друк) відповідного матеріалу. Якщо це стосується аудіо-візуального медіа, то в такому випадку відповідальність нестиме редактор та співредактор. Водночас існують винятки, за яких редактор та співредактор звільняються від відповідальності. Зокрема, якщо матеріал було розміщено на он-лайн ресурсі, то в разі вжиття редактором та співредактором усіх заходів для його вилучення з даного ресурсу вони не несуть відповідальності за розміщення такого матеріалу, а також в тому випадку, якщо матеріал було розміщено он-лайн без попереднього ознайомлення з боку редактора чи співредактора медіаресурсу¹².

В Угорщині цивільно-правове регулювання «мови ворожнечі» здійснюється Законом «Про свободу преси та фундаментальні правила медіаконтенту», прийнятим у 2010 році¹³. Окрім штрафу та спростування інформа-

ції там також передбачена тимчасова заборона надання медіапослуг. Для цього в державі функціонує Медіа Рада, на яку покладено обов'язок здійснювати відкриття провадження по справах, що стосуються застосування «мови ворожнечі» медіаресурсами. З 2011 р. даною радою було відкрито 15 проваджень, однак лише чотири з них закінчилися притягненням до цивільної відповідальності¹⁴. Така невтішна статистика свідчить про проблеми кваліфікації такого діяння, відмежування правопорушення від правомочності, про що говорилось раніше.

Зазначені положення Конституції України, Законів України в сфері медіа, а також наявність ст. 161 Кримінального Кодексу України¹⁵ дають змогу дійти висновку, що «мова ворожнечі» в нашій державі, як і в багатьох інших, перебуває на стику цивільно-правового та кримінально-правового регулювання.

Тим не менш, варто врахувати той факт, що в своїй Рекомендації 97(20) з питань розпалювання ненависті Комітет Міністрів Ради Європи закликає держав-учасниць, серед яких є й Україна, розширити способи цивільно-правового регулювання. Адже здебільшого дане правопорушення не містить в собі такий рівень суспільної небезпеки, який би дозволив віднести його до сфери кримінального права. Застосування «мови ворожнечі» є порушенням особистих немайнових прав особи, а отже, має регулюватися цивільним правом.

Якщо публікації у пресі, програми організацій теле- та радіомовлення видається можливим перевіряти на предмет наявності у них «мови ворожнечі», то справжньою проблемою постає відповідна перевірка розміщеної у мережі Інтернет публікації. Забезпечити невідворотність відповідальності, що й слугує основним запобіжником правопорушень, для користувачів Інтернету є неможливим, що створює для користувачів умови провокувати агресію одне в одного. Зокрема, через те, що будь-яка інформація поширюється он-лайн значно швидше, ніж через будь-який ресурс, оскільки не обмежується інформаційним простором однієї держави. Це найшвидший спосіб адресувати свої слова цільовій групі.

У 2015 р. Організація Об'єднаних Націй з питань освіти, науки і культури (далі – ЮНЕСКО) провела власне дослідження під назвою «Запобігання он-лайн мові ворожнечі» (Countering online hate speech)¹⁶. Один із акцентів було зроблено на Міжнародному пакті про політичні та громадянські права (далі – Пакт), який можна застосувати при регулюванні ксенофобії, антисемітизму та інших крайніх проявів нетерпимості. У дослідженні зазначається, що ст. 19 Пакту містить положення, згідно з яким свобода слова має гарантуватися незалежно від обраного людиною медіаресурсу. Дане положення робить ст. 19 гнучкою в аспекті регулювання стрімкої еволюції суспільних відносин, дозволяючи розширити зміст поняття «медіаресурс» з огляду на невичерпність його змісту в даній статті, додавши до нього і Інтернет.

Стаття 13 Американської Конвенції прав людини¹⁷, розкриваючи зміст свободи думки та висловлювання (саме так звучить «свобода слова» в даному документі) також містить вказівку про способи поширення інформації через «будь-який медіаресурс на вибір», з єдиним застереженням, що обмежуватися дане право може лише з метою захисту дітей та підлітків.

Таким чином, одним із способів регулювання мережі Інтернет є прирівнювання його до медіаресурсу.

Другим ефективним способом регулювання й відстеження «зловживань» свободою слова, які проявляються в «мові ворожнечі», є залучення самих користувачів Інтернету. Соціальні мережі забезпечують користувачам змогу самим моніторити та повідомляти адміністрацію чи службу підтримки про правопорушення, аби надалі було вжито необхідних заходів. «Вконтакті», «Фейсбук», «Твіттер» та інші здійснюють це через наявність відповідних кнопок в меню сторінок користувачів або ж через контакт з службою підтримки напряму.

«Твіттер», «Yahoo» та інші Інтернет-ресурси включають застереження про «мову ворожнечі» в умови використання, не даючи їй чіткого визначення. В цих умовах користувачі попереджаються про те, що вони не мають права поширювати такого роду інформацію та самі можуть зіткнутися з такого роду контентом. В умовах користування «YouTube» поняття «мова ворожнечі» (*hate speech*) вказано прямо. Звісно, неправильно перекладати відповідальність на користувачів, але через незліченні обсяги інформації, які поширюються такими популярними ресурсами, іншого дієвого способу для всеохоплюючого відстеження використання «мови ворожнечі» насправді немає. Таким чином вдається забезпечити своєчасне реагування та охопити значну частину мережі Інтернет під пильним оком громадськості.

Отже, якщо підсумувати викладене, то можна дійти таких висновків:

1. «Мова ворожнечі» є складним правовим явищем. У національному законодавстві відсутнє визначення цього терміна та водночас міститься заборона вживати лексику, спрямовану на приниження особи за релігійною, національною чи іншою ознакою. У міжнародному законодавстві поняття «мови ворожнечі» найкраще висвітлено в Додатку до Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № 97(20).

2. У практиці ЄСПЛ вивільнення «мови ворожнечі» з-під гарантій права на свободу слова вирішується двома способами: або конкретний аналізований колегією суддів випадок звільняється від дії ст. 10 Конвенції прав людини і основоположних свобод або ж кваліфікується як зловживання правом, відповідно до ст. 17 Конвенції.

3. У світовій практиці «мова ворожнечі» перебуває під правовим регулюванням різних галузей права – цивільного, адміністративного та кримінального. Тим не менш, варто розрізняти кримінально каране діяння та порушення особистих немайнових прав. Тому в більшості країн світу «мова ворожнечі» знаходиться на стику кримінально-правового та цивільно-правового регулювання, серед яких і Україна. Але оскільки в більшості випадків дане правопорушення є не злочином, а посяганням на честь і гідність особи, Комітет Міністрів Ради Європи в своїй рекомендації № 97(20) закликає держав-учасниць, серед яких є й Україна, розширити способи цивільно-правового регулювання.

4. Щодо регулювання «мови ворожнечі» в мережі Інтернет, то відповідно до дослідження ЮНЕСКО таких способів є два: прирівнювання Інтернету до медіаресурсу, поширюючи на нього дію відповідного законодавства, або ж залучення до моніторингу та контролю за контентом в мережі самих користувачів, що дає змогу забезпечити своєчасне реагування на правопорушення.

¹ Конституція України в редакції від 15 березня 2016 // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – Ст. 141.

² Цивільний Кодекс України із змінами та доповненнями (в редакції від 1 квітня 2016 р.) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356.

³ *Плохотнюк Н.* Мова ворожнечі: створення підґрунтя для злочину, або таки вираження власної думки? / Наталія Плохотнюк : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://en.hr-activists.net/blog/mova-vorozhnech-stvorenyya-p-d-runtya-dlya-zlochynu-abo-taki-virazhennya-vlasno-dumki>

⁴ Про інформацію: Закон України (в редакції від 21 травня 2015 р.) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1992. – № 48. – Ст. 650.

⁵ Про телебачення та радіомовлення : Закон України (в редакції від 31 грудня 2015 р.) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1994. – № 10. – Ст. 43.

⁶ Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні : Закон України (в редакції від 1 січня 2016 р.) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1993. – № 1. – Ст. 1.

⁷ Рекомендація NR (97)20 Комітету міністрів Ради Європи державам-учасницям з питань «розпалювання ненависті» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_093

⁸ Рішення Європейського суду з прав людини «Хендсайд проти Великобританії» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eurcourtcourt.ru/uploads/ECHR_Handyside_v_the_United_Kingdom_07_12_1976.pdf

⁹ Конвенція прав людини і основоположних свобод : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004

¹⁰ *Решетник Л.* «Мова ворожнечі» в засобах масової комунікації як порушення права на повагу до честі та гідності особи / Л. Решетник : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dspace.pnu.edu.ua/bitstream/123456789/4577/1/Reschetnik.pdf>

¹¹ *Psalia E.* The European legal framework on hate speech, blasphemy and its interaction with freedom of expression / E. Psalia, K. Adamis-Csaszar, M. Verbari : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536460/IPOL_STU\(2015\)536460_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536460/IPOL_STU(2015)536460_EN.pdf)

¹² *Psalia E.* Вказана праця.

¹³ Про свободу преси та фундаментальні правила медіаконтенту : Закон Угорщини : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://hunmedialaw.org/dokumentum/152/Smtv_110803_EN_final.pdf

¹⁴ ECRI Report on Hungary – 2015. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Hungary/HUN-CbC-V-2015-19-ENG.pdf>

¹⁵ Кримінальний кодекс України (в редакції від 1 травня 2016 р.) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

¹⁶ Countering online hate speech // UNESCO. – 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf>

¹⁷ American Convention on Human Rights : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm

Резюме

Смірнов Г. Ю. Поняття та особливості мови ворожнечі: цивільно-правові аспекти.

У статті висвітлено особливості цивільно-правового регулювання мови ворожнечі. Було проведено аналіз міжнародних нормативно-правових актів, результатів досліджень міжнародних установ та чинного українського законодавства. Стаття містить інформацію про поняття «мова ворожнечі», особливості правового регулювання діяльності ЗМІ в міжнародній практиці, правове регулювання та способи боротьби з мовою ворожнечі в Інтернеті. Стаття також включає дослідження того, якою саме галуззю права має регулюватися дане поняття.

Ключові слова: мова ворожнечі, свобода слова, нетерпимість.

Резюме

Смирнов Г. Ю. Понятие и особенности языка ненависти: гражданско-правовые аспекты.

В статье освещены особенности гражданско-правового регулирования языка ненависти. Был проведен анализ международных нормативно-правовых актов, результатов исследований международных учреждений и действующего украинского законодательства. Статья включает информацию о понятии «языка ненависти», особенностях правового регулирования СМИ в международной практике, правовом регулировании и способах борьбы с языком ненависти в Интернете. Статья также включает исследование того, какой именно отраслью права должно регулироваться данное понятие.

Ключевые слова: язык ненависти, свобода слова, нетерпимость.

Summary

Smirnov G. Concept and peculiarities of hate speech: civil law aspects.

The article highlights peculiarities of civil law regulation of hate speech. Analysis has been conducted of international legal acts, results of investigations conducted by international institutions and the current Ukrainian legislation. An article contains information about: the concept of hate speech, peculiarities of mass media's legal regulation in international practice, legal regulation and approaches to counter it on the Internet. The article also includes a research on which branch of law hate speech needs to be regulated.

Key words: hate speech, freedom of speech, intolerance.

А. А. ТЕРТИЧНА

Анастасія Андріївна Тертична, спеціаліст правознавства юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОСОБЛИВОСТІ ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ ВИМАГАННЯ (СТ. 189 КК УКРАЇНИ)

У сучасних умовах подальшого розвитку України як правової держави все більшої актуальності набувають питання кримінально-правового захисту прав, свобод та законних інтересів людини. Відповідно до ст. 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватися та розпоряджатися своєю власністю. Конституційне закріплення економічних прав і свобод громадян України, їх проголошення і захист мають особливе значення, оскільки економічна свобода власника є підґрунтям політичної, національної та релігійної свободи.

Питанню дослідження складу злочину вимагання присвячені наукові праці таких вчених, як Г. Н. Борзенков, А. І. Волобуєва, Л. Д. Гаухмана, Є. Б. Галкіна, О. І. Гурова, О. В. Дмитрієва, В. А. Клименка, В. М. Куца, Ю. І. Ляпунова, М. І. Мельника, В. С. Мінської, В. М. Сафонова, Ф. Я. Сафіна. Водночас у науковій літературі проблемними залишаються питання правової природи вимагання, предмета вимагання, відмежування вимагання від інших суміжних складів злочинів.

Метою нашої статті є характеристика об'єктивної сторони складу злочину вимагання, передбаченого ст. 189 КК України, окреслення питань, що є дискусійними в науковій літературі, та висвітлення власної позиції з таких питань.

Загально визнаною у теорії кримінального права є думка про те, що об'єктивна сторона складу злочину – це сукупність ознак, що характеризують зовнішню сторону злочину¹. Розвиваючи таке визначення, одні науковці доповнюють його вказівкою на ті ознаки (елементи) складу злочину, які утворюють об'єктивну сторону. У науковій літературі об'єктивна сторона злочину визначається як зовнішня сторона (зовнішнє вираження) злочину, що характеризується суспільно небезпечним діянням (дією чи бездіяльністю), суспільно небезпечними наслідками, причинним зв'язком між діянням і суспільно небезпечними наслідками, місцем, часом, обстановкою, способом, а також засобами вчинення злочину².

Особливості об'єктивної сторони вимагання пов'язані насамперед з тим, що вимагання – це двооб'єктний злочин. Взагалі обов'язковою ознакою насильницького двооб'єктного злочину є застосування до потерпілого фізичного насильства або погрози його застосування. Значення насильства (або погрози його застосування) у складах двооб'єктних насильницьких злочинів досить різноманітне. По-перше, воно характеризує посягання на суспільні відносини, які забезпечують особисті блага і, зокрема, є діянням, що тягне спричинення шкоди здоров'ю або смерть. По-друге, насильство виражає причинний зв'язок між посяганням на особу та інший об'єкт, будучи засобом посягання на останній із зазначених об'єктів. По-третє, воно саме по собі може характеризувати посягання не лише на особу, а й на інший об'єкт³.

Слід врахувати, що об'єктивна сторона вимагання складається з двох взаємопов'язаних діянь – пред'явлення майнової вимоги і вираження вказаних в законі погроз. Відсутність одного з таких діянь виключає відповідальність за вимагання.

Вимога при вимаганні означає виражену в рішучій формі пропозицію винного до потерпілого про передачу майна, права на майно або вчинення будь-яких дій майнового характеру. Пред'явлена суб'єктом злочину майнова вимога утворює ознаку об'єктивної сторони тільки за умови, що вона є свідомо протиправною. Вимога задовольнити законні майнові права (наприклад, повернути борг), навіть якщо вона пред'являється з погрозою, складу вимагання не утворює⁴.

Особливість майнової вимоги при вимаганні полягає в тому, що при її пред'явленні винний не вчиняє безпосередніх активних дій для заволодіння майном, а прагне задовольнити свою майнову вимогу, змусивши потерпілого самостійно передати йому майно, право на майно або вчинити будь-які дії майнового характеру. Суб'єкт злочину використовує саме вимогу передати майно, а не його безпосереднє вилучення внаслідок різних причин. Однією з них є неможливість отримання майнової вимоги іншим шляхом, наприклад, у зв'язку з тим, що винний не може самостійно, без певного волевиявлення потерпілого отримати бажане майно або зробити це йому досить важко, а також коли майно в даний момент при потерпілому відсутнє або воно знаходиться у місцях, звідки вилучити його може лише сам потерпілий або він має лише намір отримати його в майбутньому. Єдино можливим цей шлях виявляється і тоді, коли необхідно змусити особу вчинити які-небудь дії майнового характеру, оскільки у таких випадках отримання майнової вигоди винним повністю залежить від поведінки потерпілого. Якщо ж у винного є можливість заволодіти чужим майном декількома способами, він може з яких-небудь міркувань надати перевагу саме вимаганню.

Як уже зазначалося, погроза є обов'язковою складовою об'єктивної сторони вимагання. Дискусійним є питання співвідношення понять «психічне насильство» і «погроза». Одна група науковців стверджує, що

погроза є єдиною формою виразу психічного насильства⁵, друга – трактує психічне насильство більш широко і вважає, що погроза є лише одним із його проявів⁶. Загалом можна визначити, що погроза – це вид психічного насильства над особою, яке проявляється у її залякуванні.

Погроза як ознака об'єктивної сторони насильницьких злочинів, характеризується такими рисами: 1) за своєю суттю є залякуванням особи; 2) повинна бути здатною викликати негативні емоції або іншим чином вплинути на психіку особи; 3) вона є протиправною, тобто такою, до якої громадяни не мають права вдаватись⁷.

Реальність погрози встановлюється в кожному окремому випадку, виходячи з конкретних обставин справи з урахуванням як об'єктивного, так і суб'єктивного критеріїв.

В окремих випадках при висловлюванні погроз винний може вчинювати певні дії погрожуючого характеру, підтверджуючи таким чином реальність погрози. Такими діями можуть бути, наприклад, демонстрація зброї, систематичне переслідування потерпілого, замахування тощо. Проте поведінка суб'єкта у таких випадках повинна виражати лише намір залякати потерпілого. Якщо ж винний не лише погрожує, а й вчиняє певні підготовчі дії або безпосередньо розпочинає реалізацію погрози, він повинен відповідати за готування до злочину або замах на нього (залежно від змісту погрози).

У науковій літературі пропонувалось здійснювати класифікацію погроз за різними критеріями (підставами). Зокрема, за формою зовнішнього виразу виділяють такі види погроз: 1) усна погроза – коли інформація негативного змісту доводиться безпосередньо до потерпілого або його близьких усно, за допомогою слів. У таких випадках проголошення слів є суспільно небезпечним діянням. Як зазначають психологи, слово при подібній ситуації має всі психологічні й фізіологічні ознаки дії, тобто виступає окремим актом поведінки, який вчинюється з певними мотивами і спрямований на досягнення певної мети; 2) письмова погроза – проявляється у написанні від руки або за допомогою технічних засобів листів, записок, малюванні певних зображень з подальшою передачею (пересиланням) цих предметів до адресата, а також, з урахуванням сучасного розвитку інформаційних технологій, – відправленні електронних листів тощо. Досить часто такі «повідомлення» бувають анонімними, тому потерпілий може і не знати винного. Отже, визначальною характеристикою такого виду погроз є відсутність безпосереднього контакту між суб'єктом і потерпілим або його близькими; 3) погроза, яка здійснюється за допомогою жестів (погроза дією) – проявляється у таких діях суб'єкта, які створюють у потерпілого уявлення про безпосередній початок або майбутнє посягання на його життя, здоров'я чи інші блага. Таке психічне насильство може виражатись у різних жестах – замахування кулаком, піднесенні його до обличчя потерпілого, приставлянні пальців до очей тощо. Такий вид погроз треба відмежовувати від замаху на заподіяння реальної шкоди особистим або майновим благам. Для цього, на нашу думку, слід досліджувати зміст і спрямованість умислу суб'єкта, мету його дій – тобто відмежування має проводитись за ознаками суб'єктивної сторони; 4) погроза, яка супроводжується демонстрацією зброї або предметів, які її замінюють (традиційно виділяється як окремий вид, але може бути віднесена, на нашу думку, до попередньої групи). Такі дії винного, порівняно з іншими, свідчать про значну інтенсивність і серйозність погрози. Вони здатні значною мірою вплинути на психіку потерпілого і нейтралізувати (паралізувати) його волю⁸.

Склад злочину вимагання, описаний у ст. 189 діючого КК України, в якості обов'язкової його ознаки включає погрозу, що за своїм змістом може бути виражена в таких видах: а) погроза насильством над потерпілим; б) погроза насильством стосовно близьких родичів потерпілого; в) погроза обмеженням прав, свобод або законних інтересів цих осіб; г) погроза пошкодження чи знищення їхнього майна або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною; д) погроза розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці.

Заслуговує на увагу пропозиція Г. А. Салаєва, який пише, що аналіз законодавчо закріплених погроз у складі вимагання показав, що складом цього злочину охоплюються далеко не всі види погроз, які здатні здійснити вплив на потерпілого⁹. Задля усунення цього недоліку вчений пропонує доповнити відповідну статтю Кримінального кодексу, поряд з перерахованими у ній погрозами, вказівкою на «погрозу вчинення інших дій, які здатні змусити особу вчинити бажані для винного дії». За змістом пропозиція вченого є цілком слушною, а тому видається більш коректним сформулювати диспозицію ч.1 ст. 189 КК України наступним чином: «вимога передачі чужого майна чи права на майно або вчинення будь-яких дій майнового характеру з погрозою насильства над потерпілим чи його близькими родичами, обмеження прав, свобод або законних інтересів цих осіб, пошкодження чи знищення їхнього майна або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною, або розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці, чи вчиненні інших дій, які здатні спричинити для потерпілого чи близьких йому осіб настання інших негативних наслідків (вимагання)», і на рівні правозастосовного роз'яснення вищої судової інстанції надати правові орієнтири, в чому такі негативні наслідки можуть проявлятися.

Деякі вчені при аналізі об'єктивної сторони вимагання характеризують примус у якості способу здійснення вимагання. Наприклад, В. П. Ємельянов, характеризуючи вимагання, писав, що «примус полягає у вимозі передати що-небудь чи відмовитися від чого-небудь під погрозою, що може виражатись у трьох формах: 1) погроза поширення про потерпілого чи його близьких ганебних відомостей; 2) погроза насильства над потерпілим чи близькими йому особами; 3) погроза знищення чи пошкодження майна потерпілого чи близьких йому осіб, а при певних обставинах також майна, що знаходиться в їх віданні чи під охороною»¹⁰.

Стан примусу є результатом суспільно небезпечних навмисних дій вимагателя. Примус при вимаганні

виступає в ролі способу придбання майна або майнових благ. У цьому плані будь-яке вимагання є примусом потерпілого до здійснення визначених дій майнового характеру на користь вимагателя або інших вказаних ним осіб. Під примусом у кримінальному праві варто розуміти вплив за допомогою зазначених у законі засобів на волю потерпілого з метою здійснення (не здійснення) ним будь-яких дій¹¹.

Примушування припускає, як об'єкт свого впливу, волю особи. Вплив на потерпілого спрямований на придушення його волі в тому плані, що особа, роблячи певні значимі майнові дії, не вільна у вираженні цієї волі. Дії такої особи не повною мірою є її вільним вчинком. Безумовно, ця дія чи бездіяльність є актом свідомої діяльності особи. Однак будь-яка дія повинна бути результатом лише вільної волі. Коли ми говоримо, що воля людини не вільна, ми маємо на увазі, що дії потерпілого обумовлені не тільки його внутрішніми спонуканнями психічного характеру, а й зовнішніми явищами, що об'єктивно носять для даної особи насильницький характер. Оскільки потерпілий не вільний від цього насильницького впливу зовнішньої дійсності, варто констатувати, що вчинені ним дії нав'язані йому зовнішнім примусом.

Самостійність волевиявлення є здатністю особи будувати дії згідно з власною метою і внутрішнім психічним спонуканням – мотивами, оскільки тільки при наявності останніх і може виявлятися воля, як здатність утримувати мету і неухильно будувати свої дії в напрямі мети¹². І якщо волевиявлення, в даному випадку, являє собою внутрішню суб'єктивну складову, то «самостійність» позначає об'єктивний бік процесу вибору (ухвалення рішення) і за своєю суттю – визначений порядок суспільних відносин. Винний сподівається, використовуючи зазначені в законі засоби, вплинути на волю особи й у такий спосіб примусити (схилити) її до здійснення бажаної для нього дії. Мета цього впливу вимагателя полягає у здійсненні потерпілим дій, на реалізацію яких сподівається винний.

На нашу думку, виокремлення примусу у якості способу вчинення вимагання є некоректним, оскільки примус – це не що інше, як поєднання вимоги з погрозою. У свою чергу, вище ми вже зазначали, що вимога та погроза є характеристикою діяння вимагання.

Момент закінчення вимагання також є дискусійним. Суть дискусії про момент закінчення вимагання полягає у тому, що одні вчені вимогу передати майно і погрозу розглядають як самостійні дії і надають їм однакове значення. Інші вчені вважають, що саме вимога становить сутність вимагання, а погроза – це лише спосіб вчинення злочину. Тому представники першої позиції пов'язують момент закінчення вимагання з пред'явленням вимоги, поєднаної з погрозою, а представники другої позиції – тільки з передачею чужого майна або права на майно чи вчинення інших дій майнового характеру.

Так, Н. А. Лопашенко вважає вимагання закінченим з моменту пред'явлення вимоги з відповідною погрозою¹³. Водночас А. І. Бойцов пов'язує момент закінчення вимагання виключно з пред'явленням вимоги¹⁴.

Цікавою є характеристика «механізму» вчинення закінченого складу злочину вимагання, надана В. А. Владимировим. Він справедливо зазначає, що «у відповідності до закону вимагання утворює закінчений склад злочину в момент пред'явлення потерпілому незаконних майнових вимог, поєднаних з погрозою, навіть якщо винному не було передано майно, майнові право або майнові послуги». Далі В. А. Владимиров підкреслює, що «така законодавча конструкція складу вимагання пояснюється тим, що воно належить до двооб'єктних злочинів посягання на один з об'єктів відзначає юридичне виконання складу злочину»¹⁵.

Такий висновок, на думку Л. Д. Гаухмана, не зовсім правильний. Вимагання є закінченим злочином тоді, коли потерпілому, по-перше, пред'явлені незаконні майнові вимоги і, по-друге, висловлена погроза насильством, розголошення відомостей або знищення майна. Пред'явлення незаконних майнових вимог характеризує посягання щодо власності. При цьому немає значення, виконані такі вимоги чи ні, тобто передано майно винному чи ні. В. А. Владимиров, очевидно, розуміє в даному випадку під посяганням на відносини власності саме факт передачі майна. Посягання на особу при вимаганні характеризується погрозами насильства, розголошення відомостей або знищення майна. Відсутність вказаних майнових погроз або погроз взагалі виключає склад злочину вимагання. Вимагання можна вважати закінченим тільки при наявності посягання на обидва вказані об'єкти¹⁶.

Самостійність вимоги та погрози підкреслюється тим фактом, що законодавець у тексті закону викладає дані дії саме шляхом перерахування. У тому випадку, якби законодавець не надав погрозам самостійного значення, він би використав інші формулювання, наприклад, вимога, виражена шляхом погрози і т.д.

Отже, для вимагання обов'язковими є як вимога, так і погроза, а злочин є закінченим з моменту пред'явлення вимоги, поєднаної з погрозою. Це підтверджується положеннями абз. 3 п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»: вимагання є закінченим злочином з моменту пред'явлення вимоги, поєднаної з вказаними погрозами, насильством, пошкодженням чи знищенням майна незалежно від досягнення поставленої винною особою мети¹⁷. Якщо вчинена одна з дій (або лише вимога, або лише погроза, за наявності умислу в майбутньому вчинити і другу дію), вчинене має кваліфікуватися як замах (ст. 189 КК України).

Отже, можемо зробити такі висновки. Особливості об'єктивної сторони вимагання проявляються насамперед у тому, що вимагання – це двооб'єктний злочин, об'єктивна сторона вимагання складається з двох взаємопов'язаних діянь – пред'явлення майнової вимоги і вираження вказаних в законі погроз. Злочин є закінченим з моменту пред'явлення вимоги, поєднаною з погрозою. Аналіз законодавчо закріплених погроз у складі вимагання показав, що складом цього злочину охоплюються далеко не всі види погроз, які здатні здійснити вплив на потерпілого. У зв'язку з цим пропонуємо сформулювати диспозицію ч. 1 ст. 189 КК

України наступним чином: «вимога передачі чужого майна чи права на майно або вчинення будь-яких дій майнового характеру з погрозою насильства над потерпілим чи його близькими родичами, обмеження прав, свобод або законних інтересів цих осіб, пошкодження чи знищення їхнього майна або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною, або розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці, чи вчиненні інших дій, які здатні спричинити для потерпілого чи близьких йому осіб настання інших негативних наслідків (вимагання)», а на рівні правозастосовного роз'яснення вищої судової інстанції надати правові орієнтири, в чому такі негативні наслідки можуть проявлятися.

- ¹ Матишевський П. С. Кримінальне право України: Загальна частина : підруч. для студ. юрид. вузів і фак. / П. С. Матишевський. – К. : А.С.К., 2001. – С. 106.
- ² Кримінальне право України: Загальна частина : підруч. для студ. юрид. спец. вищих закладів освіти / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін. ; за ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.; Х. : Юрінком Інтер – Право, 2002. – С. 103.
- ³ Гаухман Л. Д. Насиліе, как средство совершения преступления / Л. Д. Гаухман – М. : Юрид. лит., 1974. – С. 21.
- ⁴ Салаев Г. А. Объективная сторона вымогательства имущества / Г. А. Салаев // Юридический журнал. – 2005. – № 3. – С. 27.
- ⁵ Гаухман Л. Д. Насиліе при грабеже, разбое и вымогательстве / Л. Д. Гаухман // Советская юстиция. – 1969. – № 2. – С. 22; Левертова Р. А. Ответственность за психическое насиліе по советскому уголовному праву / Р. А. Левертова. – Омск, 1978. – С. 10.
- ⁶ Иванова В. В. Преступное насиліе : учеб. пособ. для ВУЗов / В. В. Иванова. – М. : ЮИ МВД РФ, Книжный мир, 2002. – С. 21; Панов Н. И. Квалификация насильственных преступлений / Н. И. Панов. – Х. : Юридический ин-т, 1986. – С. 29.
- ⁷ Давидович І. І. Кримінально-правова охорона представників влади і громадськості, які охороняють правопорядок : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / І. І. Давидович; КНУТШ. – К., 2007. – С. 93.
- ⁸ Давидович І. І. Вказана праця. – С. 95.
- ⁹ Салаев Г. А. Вказана праця. – С. 27.
- ¹⁰ Емельянов В. П. Защита права собственности уголовным законодательством / В. П. Емельянов. – Х. : Изд-во ИМП «Рубикон», 1996. – С. 98.
- ¹¹ Дьоменко С. В. Вимагання: кримінально-правовий та кримінологічний аналіз : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / С. В. Дьоменко ; Запорізький національний університет. – Запоріжжя, 2005. – С. 59.
- ¹² Ильенков Э. В. Философия и культура / Э. В. Ильенков. – М.: Политиздат, 1991. – С. 108.
- ¹³ Лопашенко Н. А. Преступления против собственности: теоретико-прикладные исследования : моногр. / Н. А. Лопашенко. – М. : ЛексЭст, 2005. – С. 44.
- ¹⁴ Бойцов А. И. Преступления против собственности / А. И. Бойцов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. – С. 337.
- ¹⁵ Владимиров В. А. Квалификация преступлений против личной собственности / В. А. Владимиров. – М., 1968. – С. 115.
- ¹⁶ Гаухман Л. Д. Вказана праця. – С. 21.
- ¹⁷ Про судову практику у справах про злочини проти власності : постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0010700-09>

Резюме

Тертична А. А. Особливості об'єктивної сторони вимагання (ст. 189 КК України).

У статті розглядаються основні ознаки об'єктивної сторони складу злочину вимагання, передбаченого ст. 189 КК України. Охарактеризовано вимогу та погрозу як обов'язкові складові об'єктивної сторони вимагання, окреслено проблематику виокремлення примусу у якості способу вчинення вимагання та визначення моменту закінчення вимагання. Запропоновано удосконалення формулювання диспозиції ч. 1 ст. 189 КК України.

Ключові слова: вимагання, об'єктивна сторона, вимога, погроза, примус.

Резюме

Тертичная А. А. Особенности объективной стороны вымогательства (ст. 189 КК Украины).

В статье рассматриваются основные признаки объективной стороны состава преступления вымогательства, предусмотренного ст. 189 УК Украины. Охарактеризовано требование и угрозу как обязательные составляющие объективной стороны вымогательства, обозначена проблематика выделения принуждения в качестве способа совершения вымогательства и определения момента окончания вымогательства. Предложено совершенствование формирования диспозиции ч. 1 ст. 189 УК Украины.

Ключевые слова: вымогательство, объективная сторона, требование, угроза, принуждение.

Summary

Tertychna A. Peculiarities of extortion objective side (article 189 Criminal Code of Ukraine).

The article deals with main features of extortion offense objective side prescribed in Article 189 of the Criminal Code of Ukraine. Demand and threat as compulsory components of the extortion objective side are characterized. Outlined the problems of separation a compulsion as a way of committing extortion. Determined the end moment of committing extortion. Proposed improvements to the disposition of part 1 of article 189 of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: extortion, objective side, demand, threat, compulsion.

В. О. БОНЯК

Валентина Олексіївна Боняк, доктор юридичних наук, професор кафедри загальноправових дисциплін Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

СУЧАСНЕ ІСТОРИКО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ІНСТИТУТІВ ДЕРЖАВИ І ПРАВА США КОЛОНІАЛЬНОЇ ДОБИ*

Сьогодні, коли наша держава переживає глибокі політичні та соціально-економічні зміни, учені намагаються визначити наслідки правових рамок роботи органів державної влади, науково обґрунтувати принципи напрямки їх розвитку, зокрема законодавчого регулювання, з метою подальшого поліпшення діяльності. На тлі цього особливої актуальності набуває звернення до зарубіжного досвіду державного будівництва, зокрема періоду функціонування інститутів держави і права США колоніальної доби.

У такому аспекті монографія В. М. Калашникова та В. М. Малишка «Формування інститутів держави і права в США ранньої доби (1607–1775 рр.)» є у край необхідною, а враховуючи сучасні вітчизняні реалії – досить своєчасною, оскільки в ній автори на основі глибокого і системного аналізу висвітили тривалий та багатоплановий процес утворення та функціонування державних і правових інститутів періоду Британської Америки. Подальша розбудова української незалежної держави неможлива без врахування як багатого вітчизняного, так і зарубіжного досвіду, що допоможе розв'язати різноманітні проблеми економічного, політичного, соціального та правового характеру. У зв'язку з цим автори цілком правильно стверджують, що історичний досвід розвитку державних і правових інститутів США періоду 1607–1775 рр. заслуговує на увагу.

Вчасним та важливим є намагання авторів максимально об'єктивно визначити межі державного втручання у процеси, притаманні суспільному життю, зробити акцент саме на позитивних сторонах такого впливу, що й визначило структуру та логіку проведеного науковцями дослідження. Монографія складається з передмови, чотирьох частин, що охоплюють 12 розділів та ілюстрацій до них, післямови.

У розвитку та трансформації перед читачем постають захопливі сторінки багаторічної ранньої історії США. Вдале використання різноманітних методів пізнання в поєднанні з широкою ерудицією авторів та багаторічним досвідом наукової роботи оптимально виявилось при розкритті проблемних питань й обґрунтуванні висновків, а також забезпечило досягнення відповідного рівня об'єктивності у визначенні особливостей становлення і розвитку інститутів держави і права в США досліджуваної доби.

Дослідники використали чималий перелік нормативних та наративних джерел, статистичних матеріалів, інших наукових та публіцистичних праць, а також літературні твори (всього – понад п'ятисот), що робить монографію цікавою, глибоко насиченою інформативно, особливо прикладами, які аргументують наукові висновки авторів.

Предметом наукового аналізу в монографії закономірно стало загальне й особливе в еволюції інститутів держави і права ранніх США. Особливу практичну та наукову цінність має критична оцінка вад американської державно-правової дійсності досліджуваного періоду, а також посилення вчених на те, що інтерес до очевидного впливу американської демократії на розвиток сучасної цивілізації має бути суто практичним і визначатися прагненням врахувати тільки найкраще з історичного досвіду державного будівництва США колоніальної доби.

Автори не обмежуються лише розкриттям питання зародження інститутів загальноколоніальної та регіональної політичної влади, буржуазної приватної власності на землю, плантаційного рабовласництва, кримінального права, судової системи, піратства та контрабанди, які були важливим джерелом розвитку капіталістичного укладу Британської Америки, а й зазначають необхідність використання в національній державній політиці тих моделей державних інститутів, які відіграли позитивну роль в історії держави і права зарубіжних країн. Водночас, В. М. Калашников та В. М. Малишко акцентують увагу на потребі уникнення подальшого розвитку тих інституцій, які заводили інші держави і народи в так званий глухий кут, оскільки вихід із такої звичайної для історії людства ситуації в багатьох випадках призводив до кривавих соціальних революцій.

© В. О. Боняк, 2016

* Рецензія на кн.: *Калашников В. М., Малишко В. М.* Формування інститутів держави і права в США ранньої доби (1607–1775 рр.): Монографія / В. М. Калашников, В. М. Малишко; за ред. і з передмовою І. Б. Усенка. – К.: Логос, 2015. – 406 с.

Робота приваблює безліччю цікавих для істориків права фактів, що надає змогу простежити динаміку державного будівництва, зрозуміти витоки тих чи інших інституцій та порівняти їх з сучасними аналогами.

Монографія є результатом наполегливої та кропіткої праці, завзятого наукового пошуку двох учених, що працюють у провідних вітчизняних навчальних закладах, і яка суттєво розширює наш світогляд. Вона відкриває нові можливості та дає поштовх для подальшого вивчення процесу розвитку ранньої американської державності, є стимулом для проведення нових досліджень у означеному напрямі та може бути прикладом для всіх дослідників.

Очевидно, що висока оцінка цього дослідження стала можливою і завдяки особистості наукового редактора – професора, заслуженого юриста України І. Б. Усенка. Впевнена, що цей вагомий науковий результат є наслідком роботи креативного вченого, який здатен сформулювати навколо себе відповідне оточення та об'єднати його зусилля в реалізації споріднених інтересів.

Переконана, що наукова праця «Формування інститутів держави і права в США ранньої доби (1607–1775 рр.)», починаючи від її оформлення і до ознайомлення зі змістом, є і буде цікава та корисна широкому загалу. Праця, безперечно, сприятиме формуванню правосвідомості у студентської молоді, науковців та практиків, а також має значну соціальну цінність як рушійний чинник у подальшій розбудові демократичної та правової держави України.

А. Є. ШЕВЧЕНКО

Анатолій Євгенійович Шевченко, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, завідувач кафедри теорії права та держави Національного університету Державної податкової служби України

РЕЦЕНЗІЯ

НА МОНОГРАФІЮ Р. П. ЛУЦЬКОГО НА ТЕМУ: «ПОЗИТИВНЕ ПРАВО В КОНТЕКСТІ СУЧАСНИХ НАУКОВИХ РЕАЛІЙ»

Монографія «Позитивне право в контексті сучасних наукових реалій» підготовлена кандидатом юридичних наук, доцентом кафедри теорії та історії держави і права Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького Луцьким Романом Петровичем.

Незважаючи на величезний науковий доробок вітчизняних і зарубіжних учених, присвячений багатьом аспектам формування і розвитку позитивного права в демократичному соціальному просторі, деякі з них і дотепер залишаються за межами наукового пізнання. Зокрема, специфічний характер має дослідження діалектики формування і розвитку позитивного права в контексті основних ціннісних (природно-правових) і соціокультурних (емпіричних) засад функціонування сучасного суспільства і держави. Попри те, що постановка цієї проблематики вже частково має місце в сучасній науковій літературі в межах різних галузей доктринальних знань, актуальність її дослідження в межах запропонованої монографії зумовлена обґрунтуванням соціокультурного підходу щодо її вирішення, що й сприяло її системному висвітленню.

Крім того, зазначене монографічне дослідження Р. П. Луцького покликане заповнити прогалину у вирішенні загальної наукової проблеми, суть якої полягає в комплексному дослідженні сутності, природи, функціонального призначення, інституційного рівня та соціокультурних засад формування й розвитку позитивного права, його джерел і форм прояву.

Структурно монографічне дослідження складається із трьох розділів та дванадцяти підрозділів, логічно пов'язаних між собою.

У першому розділі роботи автором обґрунтовуються теоретичні засади дослідження сучасного позитивного права. У ньому акцентується увага на неможливості залишатися осторонь методологічних проблем філософських та інших гуманітарних наук у цій площині, оскільки формально-догматичне осмислення права дає лише одностороннє уявлення про нього. Це, у свою чергу, дозволить, по-перше, вийти за межі суто ортодоксального (консервативного) розуміння позитивного права, як встановлених державою загальнообов'язкових правил поведінки у вигляді правових норм і, по-друге, поглибити наше пізнання особливостей позитивного права в контексті сучасних світових демократичних трансформацій, які неможливо реально втілити в життя без належного офіційного (владного) закріплення фундаментальних природно-правових принципів справедливості, свободи, рівності та гуманізму. Вказане дає підстави стверджувати, що дослідження сучасного позитивного права повинно будуватися на основі соціокультурного підходу до його пізнання. Підрозділи цього ж розділу присвячено теоретичним засадам позитивного права як явища соціальної дійсності, а також методологічним аспектам поняття «позитивне право» та історичним умовам виникнення, засадам та витокам цього терміна, як у національній, так і європейській правовій думці.

У другому розділі розглядаються ключові особливості основних типів сучасного праворозуміння (природно-правового, позитивістського та соціологічного). Простежується певна тенденція до певного «пом'якшення» змісту основних фундаментальних методологічних засад, на яких будуються та протиставляються між собою відповідні теорії або концепції. Внаслідок цього сьогодні відбувається інтеграція змісту вказаних типів праворозуміння між собою, яка зумовлюється, як правило, не суб'єктивними думками науковців, а складністю та багатоаспектністю розвитку сучасної соціальної дійсності, що набуває дедалі суперечливішого характеру. Підрозділами висвітлюються методи та виміри сучасного праворозуміння, визначення типів праворозуміння, основоположних уявлень про форми виразу позитивного права, а також протиставлення категорій, яка й характеризує співвідношення природного та позитивного права.

Третій розділ монографії присвячено аналізу ступеня впливу загальносоціальних і юридичних чинників на ефективність законодавства та обґрунтуванню авторського визначення понять «соціальна складова ефективності законодавства» і «юридична складова ефективності законодавства», а також розкритті змісту об'єктивної та суб'єктивної складових ефективного правосуддя та ролі позитивного права в подоланні протиріч між ними. Крім того, заслуговує на увагу спроба сформулювати авторську дефініцію поняття «юридична відповідальність держави» та обґрунтувати можливість її дослідження в межах широкого і вузького підходів, а також виявити основні чинники удосконалення інституту юридичної відповідальності держави перед особою.

Загалом можна стверджувати, що монографічне дослідження Р. П. Луцького є досить аргументованим, обрана методологія уможливила досягнення ґрунтовних і достовірних висновків. Сформульовані автором положення закладають підґрунтя подальших наукових досліджень позитивного права в теорії юриспруденції. Зважаючи на теоретичну насиченість і методологічну складність монографії, не можна не відмітити наявність в її тексті дискусійних положень, які потребують уточнень і роз'яснень проблемного й термінологічного характеру, зокрема, щодо форм виразу позитивного права та їх ієрархічності.

Монографія Р. П. Луцького «Позитивне право в контексті сучасних наукових реалій» є оригінальним та комплексним дослідженням, яке не тільки в авторському варіанті концептуалізує сприйняття та розуміння позитивного права, а й ініціює подальші теоретичні дослідження цієї проблематики.

XVI науково-практична конференція «Проблеми підготовки фахівців з інтелектуальної власності, інформаційно-аналітичної та інноваційної діяльності»

20–22 квітня 2016 р. на базі Інституту інтелектуальної власності Національного Університету «Одеська юридична академія» в м.Києві відбулася XVI науково-практична конференція «Проблеми підготовки фахівців з інтелектуальної власності, інформаційно-аналітичної та інноваційної діяльності».

Організаторами конференції виступили Міністерство освіти і науки України, Національний університет «Одеська юридична академія», Державна служба інтелектуальної власності України, Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності НАПрН України.

Відкрив конференцію директор Інституту інтелектуальної власності Національного університету «Одеська юридична академія» в м. Києві, доктор юридичних наук, доцент Дмитро Андреев. З привітальними словами до гостей та учасників конференції звернувся і посол ЄС в Україні Ян Томбінські.

У роботі конференції взяли участь науково-педагогічні працівники вищих навчальних закладів та наукових установ України, представники міністерств і відомств, патентні повірені, студенти Інституту інтелектуальної власності Національного університету «Одеська юридична академія» в м. Києві.

На конференції були розглянуті актуальні питання підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації фахівців у сфері інтелектуальної власності за новим переліком спеціальностей МОН: «Інтелектуальна власність», «Управління інноваційною діяльністю», «Консолідована інформація»; проводилася інформаційно-аналітична та інноваційна діяльність із запровадження новітніх методів в навчальному процесі та проблемі плагіату у вищих навчальних закладах.

Від Київського університету права НАН України з доповідями виступили Роман Шишка, завідувач сектору права інтелектуальної власності та інноваційних технологій кафедри цивільного та трудового права та Галина Левківська, проректор з гуманітарної освіти та виховної роботи, яка акцентувала увагу присутніх на тому, що в КУП НАНУ спільно з Українським альянсом по боротьбі з піратством (УАПІ) знаходиться єдиний в Україні музей контрафактної продукції. Також для тих, хто вивчає галузь права в Київському університеті права НАН України зосереджена єдина Бібліотека-дипозитарій ВОІВ.

Сутнісний аналіз змісту програми конференції засвідчив, що виступи викликали жвавий інтерес, їх тематика стала предметом плідного обговорення та дискусії, а результати конференції знайдуть своє втілення в освітній, науковій і практичній діяльності.

Круглий стіл на тему «Адміністративні послуги в аспекті проведення децентралізації влади»

22 квітня 2016 р. в Київському університеті права НАН України відбулося засідання круглого столу на тему «Адміністративні послуги в аспекті проведення децентралізації влади».

Новий загальнодержавний курс на децентралізацію влади створив умови переходу від пострадянського стереотипу відносин держава-громада як монологу владної вертикалі до повноцінного діалогу рівних суб'єктів. Принциповою відмінністю цим відносинам надає той факт, що держава набула поки що незвичної для себе сервісної функції. Надання адміністративних послуг органами публічної влади стало сьогодні одночасно як надбанням, так і втратою, позаяк на практиці маємо як революційні здобутки, так і прорахунки, зумовлені браком досвіду, корупцією та відвертим нігілізмом.

Круглий стіл був покликаний стати відкритим майданчиком для обговорення питань надання адміністративних послуг органами публічної влади місцевим громадам з врахуванням нових умов сучасного демократичного суспільства.

У заході взяли участь представники вищих навчальних закладів, органів публічної влади, громадських організацій, експертів з питань децентралізації. Головуючим на засіданні круглого столу була завідувач кафедри конституційного, адміністративного, господарського права та процесу Київського університету права НАН України, д.ю.н. Надія Армаш.

Учасники заходу наголошували на необхідності удосконалення чинного законодавства, порушували проблемні питання та пропонували шляхи їх вирішення. Жвава дискусія розгорнулася під час обговорення проблем навколо діяльності Центрів з надання адміністративних послуг. Тим більше, що фахово відповісти на всі питання і запропонувати дієві механізми вирішення проблем було кому – в роботі круглого столу брав участь керівник апарату Шевченківської районної в місті Києві державної адміністрації Віталій Царан. Він акцентував увагу на неузгодженості багатьох процедур при наданні адміністративних послуг між різними суб'єктами їх надання, важливості удосконалення державних реєстрів як основи для реального функціонування «єдиного вікна» при наданні адміністративних послуг.

При обговоренні алгоритму адміністративних процедур лунали пропозиції щодо імплементації положень міжнародного законодавства та стандартів ЄС в законодавство України (к.ю.н., доцент, доцент кафедри адміністративного права та процесу Київського національного університету ім. Тараса Шевченка Алла Пухтецька). Заступник директора Інституту права та післядипломної освіти Міністерства юстиції України, д.ю.н., професор Сергієй Петков наголосив на значенні судової системи в захисті прав і свобод громадян у відносинах з державою, що є своєрідною гарантією надання якісних адміністративних послуг суб'єктами владних повноважень. Напрямок інформаційного забезпечення адміністративної діяльності органів публічної влади має багато перспектив і водночас потребує прискіпливої уваги юристів. Адже режим доступу і використання інформації при наданні адміністративних послуг потребує ґрунтовного регулювання та постійного контролю. Про це у своєму виступі зазначив д.ю.н., професор, завідувач наукового відділу правових проблем інформаційної діяльності Науково-дослідного інституту інформатики і права НАПрН України Костянтин Беляков.

У виступах і обговореннях взяли участь як науковці, так і практики – Едуард Хачатуров, проректор з науково-педагогічної, адміністративної роботи та розвитку Національного університету кораблебудування імені адмірала Макарова; Михайло Лошицький, д.ю.н., професор, професор кафедри адміністративного права та процесу Національного університету внутрішніх справ; Олена Терентієва, директор юридичного бюро «Максісервіс» та багато інших учасників.

Спільною думкою юридичної спільноти було те, що такі тематичні заходи мають відбуватись систематично, а отже Оргкомітет чекає нових пропозицій від науковців та практиків щодо актуальних тематик нових круглих столів та семінарів.

Круглий стіл, присвячений 20-річчю Конституції України

22 квітня 2016 р. представники Студентського парламенту та Наукового товариства студентів КУП НАНУ взяли участь в роботі науково-практичного круглого столу на тему: «20 років Конституції України: досягнення, проблеми, перспективи подальшого розвитку», який відбувся на базі Юридичного інституту Національного авіаційного університету відбувся круглий стіл.

Тематика круглого столу передбачала обговорення питань, які присвячувалися проблемам та перспективам розвитку Конституції України та юриспруденції загалом.

Перед початком заходу представники адміністрації та директор ЮІ НАУ д.ю.н., доцент, професор кафедри конституційного і адміністративного права Ірина Сопілко побажали учасникам успіхів та плідної роботи.

З доповідями виступили студенти КУП НАНУ, а саме: студентка 1 курсу Ельнора Джафарова; голова Наукового товариства студентів Віталій Бондар; студент 5 курсу юридичного факультету Богдан Карповець.

Під час проведення круглого столу обговорювалися найактуальніші питання різних галузей права України. Студентами, аспірантами та юристами-практиками були висвітлені актуальні проблеми вітчизняної правової системи та запропоновані можливі шляхи їх вирішення. Також захід був корисним в аспекті обміну досвідом проведення різноманітних науково-практичних заходів у вишах, налагодження дружніх міжуніверситетських зв'язків між представниками молоді, зацікавленою наукою.

Зустріч ректора КУП НАНУ з директором Східноєвропейського агентства розвитку (Словаччина)

25 квітня 2016 р. на запрошення ректора Київського університету права НАН України, професора Юрія Бошицького університет відвідав директор Східноєвропейського агентства розвитку (EEDA), генерал-лейтенант ICOCRIM, професор Йозеф Зятко (Словаччина).

Основною метою візиту директора Східноєвропейського агентства розвитку (EEDA) було проведення переговорів щодо питань налагодження співробітництва між КУП НАНУ та Агентством Словаччини з міжнародного розвитку, зокрема можливості започаткування спільних програм, проведення спільних конференцій, семінарів, симпозіумів та інших заходів.

Також у ході зустрічі пан Зятко розповів про проект, який він розпочав на Україні та презентував університету власну монографію і журнал з пропозицією щодо можливості спільних публікацій.

Адміністрація університету підтримала ідею та висловила свої варіанти можливої майбутньої співпраці, а саме, керівники домовилися вже найближчим часом провести спільну міжнародну науково-практичну конференцію на території України, так і в Словаччині.

Візит делегації Батумського державного університету ім. Шота Руставелі (Грузія)

26 квітня 2016 р. Київський університет права НАН України відвідала делегація з Грузії на чолі з керівником напрямлення інформаційних технологій центру мов та інформаційних технологій факультету освіти Батумського державного університету ім. Шота Руставелі, академіком Інженерної академії Грузії, професором Ібраїмом Дідманідзе.

На зустрічі, окрім адміністрації університету, також були присутні: завідувач кафедри системного аналізу та теорії прийняття рішень Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Президент

Академії наук Вищої школи України, доктор, професор, Олександр Наконечний, представник Київської духовної академії і семінарії, отець Василій та директор журналу «Дипломат» Олена Салиста.

Предметом зустрічі було обговорення більш детальних питань співпраці в рамках уже підписаної минулого року угоди про співпрацю. Сторони домовилась про проведення вже найближчим часом спільної міжнародної науково-практичної конференції. Також професор Юрій Бошицький за підтримки директора журналу «Дипломат» запропонував гостям спільні публікації, присвячені грузинсько-українській дружбі.

VII Всеукраїнська науково-практична конференція «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні»

28 квітня 2016 р. в Рівненському інституті Київського університету права НАН України відбулася VII Всеукраїнська науково-практична конференція «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні».

Конференція в інституті стала уже традиційною і отримала належний резонанс на теренах Рівненщини. Вона вкотре засвідчила потребу комплексного дослідження правоутворення як багатоаспектного явища, що обумовлено інтенсивністю правотворчого процесу в Україні, тенденціями глобалізації та уніфікації законодавчої бази, посиленням політичного фактора у сфері утворення права.

Конференція розпочалась з екскурсії інститутом, який вразив почесних гостей та учасників своїм модерним виглядом. Дизайн аудиторій – патріотичний, український – особливо відзначив заступник голови обласної ради Олексій Бучинський.

Відкрив конференцію ректор, заслужений юрист України, професор Юрій Бошицький. У своєму вітальному слові він наголосив на актуальності формування національної наукової стратегії розвитку юридичної науки на якісно новому етапі її становлення, що передбачає побудову правової, демократичної держави та входження до Європейської Спільноти. Ректор також зазначив, що сучасна вища освіта має органічно поєднувати навчальний та науковий процеси, це сприяє підвищенню якості підготовки фахівців з вищою освітою, поглибленому вивченню програмного матеріалу, розвитку наукового мислення і творчого підходу до вирішення теоретичних та практичних завдань. «І саме тому в Київському університеті права НАН України та у відокремлених структурних підрозділах необхідність здійснення науково-дослідної діяльності керівництвом університету сприймається як аксіома, що реалізується шляхом проведення різного формату наукових заходів (конференцій, круглих столів, наукових семінарів) із залученням до участі в них провідних науковців України та зарубіжних держав, науково-педагогічних працівників, студентської молоді та юристів-практиків», – сказав доповідач.

Із привітальним словом до присутніх звернулися почесні гості конференції, зокрема заступник голови обласної ради Олексій Бучинський, начальник управління освіти і науки Рівненської обласної державної адміністрації Григорій Таргонський, начальник Головного територіального управління юстиції в Рівненській області Іванна Смачило. «Вважаю не випадковим проведення такої авторитетної конференції саме у Рівненському інституті Київського університету права НАН України, який під керівництвом Юрія Бошицького примножив свій науковий потенціал і має значні напрацювання, гідні уваги українського юридичного співтовариства», – зазначила Іванна Смачило.

Високий потенціал науково-теоретичних розробок науковців ствердило пленарне засідання, на якому виступили завідувач кафедри конституційного, адміністративного, господарського права та процесу Київського університету права НАН України, д.ю.н. Надія Армаш («Сучасні проблеми законодавчого забезпечення антикорупційної діяльності в Україні»), завідувач сектора інтелектуальної власності та інноваційних технологій кафедри цивільного і трудового права Київського університету права НАН України, д.ю.н., професор Роман Шишка («Система юридичних осіб за цивільним законодавством України»), завідувач кафедри спеціальних юридичних дисциплін Рівненського інституту Київського університету права НАН України, к.ю.н. Артур Мартиросян («Добросовісний набувач майна та спеціальна конфіскація – аналіз законодавства»), завідувач кафедри загальнотеоретичних правових дисциплін Рівненського інституту Київського університету права НАН України, к.ю.н. Сергій Книш («Сучасні міжнародно-правові інститути боротьби з нелегальною міграцією»), а також доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України, к.ю.н. Наталія Мушак («Договірний механізм Європейського Союзу щодо захисту персональних даних»).

Після завершення пленарного засідання робота конференції продовжилася у трьох секціях «Загально-теоретичні підходи до правотворення в Україні на сучасному етапі» (керівник секції – Марія Боровець), «Актуальні проблеми правотворення у сфері публічного права» (керівник секції – Надія Армаш), «Актуальні проблеми правотворення у сфері приватного права» (керівник секції – Світлана Повзун).

Активними учасниками конференції стали студенти, серед яких: Катерина Наконечна, Юлія Балахно, Софія Олексійовець, Віта Бліщ, Тетяна Семенюк, Марія Гончарук, Віра Нечай, Лілія Кондратовець, Олександра Соломка, Микола Буза, Назарій Бурячинський, Денис Михалевич, Тетяна Михайловська, Дар'я Лякішева, Христина Богданець, Владислав Патрак, Ю. Назарук та ін.

Конференція переконливо засвідчила, що для студентської молоді це чудова можливість набутти нових знань, які допоможуть зорієнтуватися не лише в глобальних процесах правового розвитку сучасного світу, а й у процесах інтеграції України до європейського правового простору.

Налагодження наукових зв'язків між КУП НАНУ та університетами Чеської Республіки

На початку травня ректор Київського університету права НАН України, професор Юрій Бошицький, на запрошення ректора Міжнародного інституту підприємництва і права (МІПП) у Празі пана Еміріха Дртіна, відвідав інститут з метою налагодження партнерських відносин у сфері освіти та науки.

Розвиток співпраці в західноєвропейському напрямі є одним з першочергових пріоритетів КУП НАНУ.

На зустрічі також були присутні: проректор МІПП Ярослав Станик та директор медичного коледжу при МІПП Мартін Пала, які висловили свою зацікавленість у співпраці з Київським університетом права НАН України. Керівництво Міжнародного інституту підприємництва і права охоче підтримало ідею відкриття філіалу КУП НАНУ на базі свого інституту в Празі.

У ході зустрічі були проведені переговори з різних питань міжнародного розвитку, а саме: налагодження співробітництва між керівниками вищої школи; можливості започаткування спільних програм; проведення конференцій, семінарів, симпозіумів та інших заходів; обговорення програми Еразмус та інших важливих проблем у сфері інтелектуальної власності, медичного права, прикордонного співробітництва, питань міграції; відбулося вивчення грантових проектів у науці.

На завершення робочого візиту між Київським університетом права НАН України та Міжнародним інститутом підприємництва і права було підписано Меморандум про співпрацю.

VII звітно-виборна конференція Київської міської організації Союзу юристів України

13 травня 2016 р. делегація КУП НАН України взяла участь у роботі VII звітно-виборної конференції Київської міської організації Союзу юристів України, яка відбулася в приміщенні Навчально-науково інституту права та психології НАВС України.

На початку роботи конференції з вітальним словом до присутніх звернувся народний депутат України II та IV скликання, заступник голови комітету Верховної Ради України з питань законності і правопорядку (1994–1998), заслужений юрист України, почесний доктор Київського університету права НАН України, голова Союзу юристів України Валерій Євдокимов.

Зі звітом про роботу Київської міської організації Союзу юристів у 2011–2016 р. виступив доктор юридичних наук, заслужений юрист України, голова Київської міської організації Союзу юристів України Валентин Коваленко.

Серед почесних гостей на конференції були присутні тричі Генеральний прокурор України, генерал-лейтенант податкової міліції, член Вищої ради юстиції України Святослав Піскун; уповноважений Верховної Ради України з прав людини (1998–2012), член Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, заступник голови Союзу юристів України, професор Київського університету права НАН України Ніна Карпачова; народний депутат України 2-го, 3-го, 4-го, 6-го скликання, голова Партії захисників Вітчизни, почесний доктор Київського університету права НАН України Юрій Кармазін; ректор Київського університету права НАН України, професор, заслужений юрист України Юрій Бошицький; голова Ради адвокатів м. Києва Інна Рафальська та інші.

Під час роботи конференції були опрацьовані наступні організаційні питання: обрання голови Київської міської організації Союзу юристів України, обрання делегатів на VIII з'їзд Союзу юристів України та інші.

Міжнародна наукова конференція студентів та аспірантів «П'яті харківські кримінально-правові читання»

13–14 травня 2016 р. студенти КУП НАН України взяли участь у Міжнародній науковій конференції студентів та аспірантів «П'яті харківські кримінально-правові читання», яка відбулась у стінах Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

У заході взяли участь 166 учасників із Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Київського університету права НАН України, Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Національного університету «Одеська юридична академія», Університету імені Адама Міцкевича (м. Познань, Польща), Університету Марії Складовської (м. Люблін, Польща), Академії управління при Президентові Республіки Білорусь, Білоруського державного університету та ін.

Відкрив читання перший проректор Університету Юрій Битяк, який привітав учасників та подякував за те, що вони в непростий час змогли долучитися до заходу. Також, зазначив, що конференція проходила у різних форматах: спочатку як регіональна, потім як Всеукраїнська, а згодом набула статусу міжнародної. І це не випадковість, оскільки учасники з різних країн обговорюють спільні проблеми і намагаються вирішити їх.

Із вітальними словами до присутніх звернулися завідувач кафедри кримінального права № 2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого Микола Панов та директор Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрНУ В'ячеслав Борисов, також було оголошено привітання від Голови Конституційного Суду України Юрія Бауліна. Робота розпочалася пленарним засіданням та продовжилася в секціях:

- теоретичні питання кримінально-правової політики і кримінально-правового регулювання;
- наукове осмислення об'єктивних ознак кримінального правопорушення;

- наукове осмислення суб'єктивних ознак кримінального правопорушення;
- проблеми вчення про кримінальну відповідальність та інші заходи кримінально-правового характеру;
- теоретичні питання кримінальної відповідальності за злочини проти особи;
- теоретичні питання кримінальної відповідальності за злочини проти суспільства і власності;
- теоретичні питання кримінальної відповідальності за злочини проти держави і міжнародного правопорядку.

По завершенню заходу учасники були нагороджені грамотами та отримали збірники тез.

Зустріч ректора КУП НАНУ із головою Академічного співтовариства ім. Михайла Балудянського Міхалом Варголою (Словаччина)

Нещодавно на запрошення ректора КУП НАНУ, професора Юрія Бошицького університет відвідав голова Академічного співтовариства ім. Михайла Балудянського пан Міхал Вархола.

Київський університет права НАН України вже понад сім років плідно співпрацює з Академічним співтовариством у м. Кошице (Словаччина), яке очолює Міхал Вархола. Співтовариство займається різноманітною діяльністю, а саме: дослідженням життя Михайла Балудянського і ознайомленням із ним широкого кола людей; реалізацією стажувань для студентів з України та інших країн, що безпосередньо стосуються життя і діяльності Михайла Балудянського; організацією міжнародних конференцій для викладачів і студентів; виданням наукового журналу «Scientific letters of academic society of Michal Baludansky»; поїздками по місцях Михайла Балудянського тощо.

На зустрічі, яка відбулася в кабінеті імені Михайла Балудянського в КУП НАН України, також були присутні: Ольга Руденко, професор, доктор наук з державного управління, директор Науково-дослідного інституту публічного адміністрування та менеджменту Чернігівського національного технологічного університету та Олена Добротвор, представник Національного авіаційного університету.

Під час спілкування сторони обмінялись думками щодо важливості розширення багаторічної співпраці та детально окреслили майбутні кроки діяльності між Київським університетом права НАН України та Академічним співтовариством ім. Михайла Балудянського з різних освітніх, наукових та культурологічних питань.

Науково-практична конференція «Законодавче забезпечення вдосконалення правової системи України щодо захисту прав і свобод людини і громадянина»

25 травня 2016 р. ректор Київського університету права НАН України, професор Юрій Бошицький взяв участь у науково-практичній конференції на тему «Законодавче забезпечення вдосконалення правової системи України щодо захисту прав і свобод людини і громадянина», організатором проведення якої виступив Інститут права та післядипломної освіти Міністерства юстиції України за участі представників Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Науково-дослідного інституту публічного права, Відкритого міжнародного університету розвитку людини «Україна» та Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

Відкрили захід Міністр юстиції України Павло Петренко та директор Інституту права та післядипломної освіти Міністерства юстиції, доцент юридичних наук, заслужений юрист України Катерина Чижмарь.

На конференції розглядалися актуальні питання правосуддя за принципами європейського права, його очікування та реалії; Інститут нотаріату як засіб попередження виникнення спорів та досудового їх вирішення; недоліки і переваги державної реєстрації як різновиду адміністративних послуг; державний контроль у сфері юстиції – гарантія захисту прав та інтересів громадян; державне управління, забезпечення національної безпеки, попередження та протидії корупції в умовах децентралізації влади; роль адвоката при забезпеченні прав і свобод громадян у відносинах з органами публічної влади та інше.

Із вітальними словами та виступами до гостей науково-практичної конференції звернулися Юрій Шемшученко, директор Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України, доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, академік НАПрН України; Наталя Онищенко, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений юрист України, завідувач відділу теорії держави і права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Йозеф Зятко, директор агентства Східноєвропейського розвитку (Словаччина), президент Європейського інституту безперервної освіти, доктор права, почесний професор, а також Юрій Бошицький, ректор Київського університету права НАН України, професор, заслужений юрист України.

Участь КУП НАНУ в роботі VIII з'їзду Союзу юристів України

27 травня 2016 р. ректор Київського університету права НАН України, професор Юрій Бошицький взяв участь у VIII з'їзді Союзу юристів України, в якому є членом виконавчого комітету.

Союз юристів України – найвпливовіша громадська організація в Україні. Вона посідає чільне місце серед громадських юридичних об'єднань світового юридичного співтовариства. Об'єднує діячів правової сфери України з метою встановлення верховенства права в Україні, сприяння юристам України в задоволенні

та захисті їхніх професійних і соціальних потреб, підвищенні рівня їхньої громадської активності, посиленні впливу представників правової сфери на суспільно-політичні процеси країни, співробітництва в розробці та реалізації державної правової політики.

Колективними членами союзу є Українська нотаріальна палата, Академія правових наук України, Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого, Національна академія внутрішніх справ України. Союз є співзасновником Світового конгресу українських юристів, Українського союзу промисловців і підприємців, громадського об'єднання «Нова Україна», інформаційного агентства «УНІАН», газети «Юридичний вісник України».

VIII з'їзд Союзу юристів України відбувся в Національній академії внутрішніх справ і співпав із святкуванням 25-ї річниці його створення. З привітальними словами до учасників з'їзду звернулися Леонід Кравчук, почесний гість заходу, перший Президент України після здобуття незалежності, Герой України; Юрій Шемшученко, перший голова Союзу юристів України, директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, академік НАПрН України та Ніна Карпачова, колишня уповноважена Верховної Ради з прав людини, професор Київського університету права НАН України.

У роботі форуму взяли участь керівники Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, суддя Конституційного суду України – Олександр Пасенюк, заступник голови Вищої ради юстиції – Олексій Муравйов, голова Ради адвокатів міста Києва – Інна Рафальська, голови обласних організацій Союзу юристів, представники Комітету Верховної Ради України, Генпрокуратури, СБУ, ДСАУ та інші. Більшість із них увійшли до складу новообраної Ради СЮУ. З доповіддю про роботу Ради Союзу юристів України у 2011–2016 роках та основні напрями діяльності СЮУ на наступний звітний період виступив голова Союзу Валерій Євдокимов.

З'їзд завершив свою роботу обранням нових керівних органів СЮУ. За підсумками голосування головою Союзу юристів України замість Валерія Євдокимова обрано колишнього Генерального прокурора України Святослава Піскуна; першими заступниками новообраного голови стали омбудсмен Ніна Карпачова та адвокат Катерина Коваль; членом виконавчого комітету в черговий раз став ректор КУП НАНУ, заслужений юрист України, професор Юрій Бошицький.

Міжнародна науково-практична конференція «Напрями реформування кримінального провадження в Україні: процесуальні та криміналістичні аспекти»

27 травня 2016 р. на базі Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень Київського університету права НАН України у м. Львові відбулася VI Міжнародна науково-практична конференція «Напрями реформування кримінального провадження в Україні: процесуальні та криміналістичні аспекти».

Після урочистого відкриття присутні мали нагоду переглянути пізнавально-документальну презентацію фільму «Ганс Гросс – визначний діяч світової криміналістики», присвяченого видатній постаті в галузі криміналістики.

Учасники науково-практичного заходу обговорили актуальні питання становлення та розвитку інститутів кримінального процесуального права; тенденції виокремлення окремих новітніх напрямів криміналістики; ключові течії криміналістичних досліджень; особливості розслідувань окремих видів кримінальних правопорушень; ключові аспекти проведення та використання експертиз у кримінальному процесі; питання дотримання прав людини у кримінальному провадженні; проблеми реформування кримінального провадження в Україні та нагальність імплементації міжнародних та європейських норм. Присутні в ході жвавих дискусій обмінялися практичним досвідом і теоретичними напрацюваннями у цій сфері.

У роботі науково-практичної конференції взяли участь провідні представники наукової спільноти Київського університету права НАН України, Львівського державного університету внутрішніх справ, Львівського національного університету ім. І. Франка, Львівського торговельно-економічного університету, Навчально-наукового інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія», Рівненського інституту Київського університету права НАН України, а також аспіранти та студентська молодь. Активну участь у наукових дискусіях взяли також студенти КУП НАНУ та Рівненського інституту КУП НАНУ.

Конференція відбулася на високому організаційному та науково-теоретичному рівнях. Слід наголосити на важливості проведення подібних науково-практичних заходів, оскільки науковці, практики, студентська молодь мають можливість обмінятися не лише теоретичними напрацюваннями, а й практичним досвідом у відповідній сфері відносин, що, у свою чергу, сприяє вирішенню складних і багатопланових завдань, здійсненню кардинальних змін у громадянській позиції та правовій культурі.

Наукова конференція «Українсько-польські відносини в контексті суспільно-політичних і етнокультурних процесів у Центрально-Східній Європі»

27 травня 2016 р. на базі Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень Київського університету права була проведена II Міжнародна наукова конференція «Українсько-польські відносини в контексті суспільно-політичних і етнокультурних процесів у Центрально-Східній Європі (XX – поч. XXI ст.)», спі-

в організаторами якої виступили Інститут українознавства ім. І. Крип'якевича НАН України та Київський університет права НАН України.

Із привітальним словом до учасників конференції звернувся директор Інституту українознавства ім. І. Крип'якевича НАН України Микола Литвин та керівник Міжнародного центру КУП НАНУ у м. Львові Уляна Андрусів, яка від імені ректора Київського університету права НАН України, професора, заслуженого юриста України Юрія Бошицького привітала всіх присутніх та наголосила на важливості розв'язання складних проблем українсько-польських відносин крізь призму історії на основі їх комплексного вивчення та аналізу на тлі оновленої Європи.

У роботі конференції взяли участь провідні науковці Інституту українознавства ім. І. Крип'якевича НАН України, Дрогобицького державного педагогічного університету ім. І. Франка, Національної академії сухопутних військ ім. П. Сагайдачного, Національного університету «Острозька академія», Інституту історії Жешівського університету та інших.

Науковці обговорили найважливіші історичні аспекти міждержавних взаємин із нашими сусідами, поляками, етногенез і доля яких не тільки подібні, а й досить тісно переплітаються з більш як тисячолітньою історією України.

Досвід наших сусідів може слугувати моделлю політичних і економічних посттоталітарних трансформацій України, а тісні взаємини та співробітництво в різних сферах суспільного життя сприятиме успішній інтеграції нашої країни в європейський простір.

У межах обраної для обговорення тематики учасники наукової дискусії не обійшли своєю увагою такі актуальні питання, як досвід та перспективи українсько-польського наукового, освітнього, культурного та політичного співробітництва; примирення й подолання історичних кривд; українсько-польських взаємин в роки Другої світової війни, міжвоєнний та післявоєнний періоди; становлення та зміцнення українсько-польських відносин, які в умовах сьогодення є надзвичайно важливими та необхідними для реалізації національних інтересів обох держав.

Значну увагу учасники заходу приділили висвітленню діяльності представників української та польської еліти, щоб проаналізувати процеси ХХ століття і визначити перспективи українсько-польського співробітництва у ХХІ столітті.

Необхідно відзначити важливість та значимість проведення таких конференцій, оскільки вони сприяють усуненню розбіжностей при висвітленні болючих аспектів з історії взаємин наших народів та мінімізації негативного впливу історії на сучасні відносини між Україною та Польщею.

VII Міжнародна науково-практична конференція «Проблеми кодифікації цивільного законодавства України та Угорщини» в м. Дебрецен (Угорщина)

3–4 червня 2016 р. студенти, аспіранти та викладачі Київського університету права НАН України на чолі з ректором Юрієм Бошицьким взяли участь у роботі VII Міжнародної науково-практичної конференції «Проблеми кодифікації цивільного законодавства України та Угорщини», що відбувалася у м. Дебрецен, Угорщина. Захід був проведений під егідою Київського університету права НАН України та Дебреценського університету.

Із привітальним словом до гостей та учасників звернулися ректор Київського університету права НАН України, професор Юрій Бошицький, директор інституту цивілістики Дебреценського університету, професор Чечі Ѓьорг та заступник декана юридичного факультету Дебреценського університету, професор Вероніка Сікора, наголосивши при цьому на важливості наукового дослідження та обґрунтування ключових проблемних аспектів кодифікації цивільного законодавства України та Угорщини.

У роботі форуму взяли участь почесні гості українсько-чеської делегації: Василь Абаїмов – виконавчий директор Львівського регіонального відділення Асоціації міст України, магістр державного управління, мер м. Добротвір Львівської області 3-х скликань; Валентина Кардаш – депутат Добровірської міської ради 3-х скликань; Руслан Будка – генеральний директор науково-дослідницького бізнес-центру «Європейська корпорація консалтинг ЛТД», Лондон – Велика Британія, представництво в Чеській Республіці в м. Прага; Василь Ільків – заступник голови асоціації роботодавців Львівської області, які привітали учасників науково-практичного заходу, висловили подяку Київському університету права НАН України за надану можливість бути присутнім на цьому важливому науково-практичному заході та побажали учасникам плідної роботи та конструктивної дискусії.

Делегацію від Київського університету права НАН України представляли окрім ректора, професорсько-викладацький склад та студенти: доцент кафедри кримінального права та процесу, к.ю.н. Олена Бісюк; доцент сектору права інтелектуальної власності та інноваційних технологій кафедри цивільного та трудового права, завідувач Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи, к.ю.н., доцент Уляна Андрусів; старший викладач кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства, к.ю.н. Оксана Мельниченко, аспіранти КУП НАНУ Віталій Коломієць, Микола Ореховський, Іван Сегеда та студентка факультету правознавства II курсу Єлизавета Головань.

У заході також взяли участь провідні представники наукової спільноти юридичного факультету Дебреценського університету.

Робота міжнародної конференції здійснювалася у формі пленарного засідання, яке пройшло на високому науково-теоретичному рівні.

У межах обраної для обговорення тематики учасники наукової дискусії зосередили увагу на різнопланових проблемних аспектах кодифікації цивільного законодавства України та Угорщини. Зокрема, науковці не обійшли своєю увагою такі актуальні питання, як становлення та кодифікація українського та угорського законодавства у сфері інтелектуальної власності; місце сімейно-правових норм у системі цивільного права України та Угорщини; проблеми кодифікації законодавства в галузі договорів про спільну діяльність, інституту довірчої власності в Україні та Угорщині; історичні аспекти розвитку цивільного законодавства та юридичної думки на теренах Західної України в період Австро-Угорської імперії та ін.

На урочистому закритті заходу учасників конференції було відзначено міжнародними європейськими сертифікатами.

Слід наголосити на важливості та значимості проведення таких спільних міжнародних наукових заходів, оскільки вони сприяють збагаченню новими ідеями, практичними порадами, а також налагодженню та розвитку тісних взаємин між Україною і Угорщиною.

Досвід наших сусідів може слугувати моделлю політичних і економічних посттоталітарних трансформацій України, а тісні взаємини та співробітництво в різних сферах суспільного життя сприятиме успішній інтеграції нашої країни в європейський простір.

У Київському університеті права НАН України уже стало доброю традицією в рамках університетського проекту «Пізнай свій край» відкривати світ разом, не обмежуючись теренами нашої держави.

Так і цього разу, після завершення плідної роботи, за сприяння ректора університету Юрія Бошицького, українська делегація отримала унікальну можливість ознайомитися із культурною спадщиною міста Дебрецена, Ніредьгаза та Токаю. Зокрема, учасники конференції мали можливість пройтися старовинними вуличками, насолодитися архітектурною та культурною спадщиною угорського народу.

Візит представників Угорської Академії наук до Київського університету права НАН України

22 червня 2016 р. Київський університет права НАН України відвідала делегація з Угорщини, а саме: професор Ондраш Йокоб, директор Інституту права Угорської Академії наук та пані Чіллі Фединець, старший науковий співробітник Інституту досліджень меншин Угорської академії наук.

Метою зустрічі було проведення переговорів щодо налагодження тристоронньої співпраці між Київським університетом права НАН України, Інститутом права Угорської Академії наук та Інститутом досліджень меншин Угорської академії наук. Обговорювались питання щодо започаткування спільних наукових програм, проведення спільних конференцій, семінарів, симпозіумів тощо.

На переговорах, окрім керівництва та професорсько-викладацького складу університету, також був присутній і Постійний представник Верховної Ради України у Конституційному Суді України, завідувач відділу зв'язків з органами правосуддя Апарату Верховної Ради України Анатолій Селіванов.

Зустріч проходила в теплій, доброзичливій обстановці. Керівники домовилися про подальше поглиблення співпраці між установами.

РЕДАКЦІЙНІ ПОВІДОМЛЕННЯ

До відома авторів

Просимо вас дотримуватися правил підготовки, комплектації та оформлення рукописів для «Часопису Київського університету права». Авторські рукописи мають бути оформленими відповідно до державних стандартів і відповідати вимогам Постанови ВАК України №7-05/1 від 15.01.2003 р.: «...*приймати до друку... лише наукові статті, які мають такі необхідні елементи: постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями; аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор; виділення невиділених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; формулювання цілей статті (постановка завдання); виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі*» (Бюлетень ВАК України, № 1, 2003).

1. Редакція приймає до друку статті українською або російською, або англійською мовами.

Файл з текстом наукової статті має містити:

– відомості про автора (ім'я, по батькові повністю, прізвище, вчений ступінь, вчене звання, посада, місце роботи, службовий і мобільний телефони, E-mail);

– розширене УДК статті;

– назва статті, резюме (800–1000 знаків) та ключові слова (5–7 слів або словосполучень) українською, російською та англійською мовами);

– окремим файлом надається розширена (1,5–2 сторінки: шрифт – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5) анотація англійською мовою.

До тексту додається рецензія-рекомендація.

2. Вимоги до оформлення тексту рукопису.

2.1. Папір формату А4; параметри сторінки: верхній і нижній береги – 20 мм, лівий – 30 мм, правий – 15 мм; шрифт Times New Roman – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5.

2.2. Посилання на джерела оформлюються як прикінцеві виноска – індексом (арабськими цифрами).

2.3. Бібліографічні описи джерел мають обов'язково містити прізвище та ініціали авторів, назви їхніх праць, місто та рік видання, видавництво, загальну кількість сторінок тощо.

2.4. Авторські примітки оформлюються наприкінці сторінок з використанням символу * як знаку виноска.

3. Обсяг авторських рукописів. Обсяг статті – до 0,5 обл. вид. арк. (до 20 тис. зн. з пробілами); наукових повідомлень, рецензій тощо – до 0,25 обл. вид. арк.

Рукописи, що не відповідають вимогам, зазначеним у п. 1–3, редакція не реєструє й не розглядає з метою публікації.

Рукописи і рецензії редакція не повертає.

Автори частково оплачують публікацію.

«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань за спеціальністю «Юридичні науки» (постанова Президії ВАК України № 1-05/6 від 12.06.2002 р.; постанова Президії ВАК України № 1-05/3 від 14.04.2010 р.; наказ Міністерства освіти і науки України № 528 від 12.05.2015 р.).

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

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

Приймання рукописів, квитанції на оплату:

Київський університет права НАН України
вул. Терещенківська, 2. **Тетяна Володимирівна**, тел.: 235-63-24.
E-mail: chasprava@ukr.net

Нагадуємо:

відповідальність за достовірність інформації, що міститься в статтях і повідомленнях часопису, лежить на їхніх авторах; у статтях і повідомленнях часопису висловлені погляди їхніх авторів, які не завжди збігаються з поглядами редакції; листування з читачами тільки на сторінках часопису; рукописи і рецензії авторам не повертаємо.

Редакція часопису