12 2018 (274)

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО І ПРАВО

Щомісячний науково-практичний
юридичний журнал
видається з 1 січня 1996 р.

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА
ІМ. АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА НАПрН УКРАЇНИ

Головний редактор
Крупчан
Олександр
Дмитрович

Редакційна
колегія:

Беляневич О.А.
Бобрик В.І.
Бичкова С.С.
Вавженчук С.Я.
Галянтич М.К.
Долницький Б.
Дрозд О.Ю.
Коструба А.В.
Кубічек П.
Кузнєцова Н.С.
Луць В.В.
Майданик Р.А.
Махінчук В.М.
Мельник М.І.
Монаєнко А.О.
Торгашин О.М.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Наталія Блажівська
Мораторій на звернення стягнення на майно боржника
в законодавстві України та в практиці ЄСПЛ.....5

Владислав Васильєв
Диспозитивність норм цивільного права
з точки зору формально-догматичного підходу.....10

Віктор Калюжний
Цивільно-правовий захист при невиконанні договору найму житла.....15

Ірина Лукасевич-Крутник
Поняття та правова характеристика договорів із надання
транспортних послуг.....21

Ярослав Мельник
Категорія «ризик» у цивільному процесі:
сутність, момент виникнення та видова класифікація.....27

Надія Міловська
Правова природа договору особистого страхування.....43

Катерина Москаленко
Вибір статі майбутньої дитини за соціальними та медичними показаннями:
проблеми правового регулювання.....48

Юлія Навроцька
Роль обсягу арбітражного застереження (арбітрабельності)
для відкриття арбітражного провадження.....52

Наталія Процьків
Особливості практичного застосування медіації в спадкових спорах.....57

Галина Прусенко
Види процесуальних договорів у цивільному судочинстві.....61

Неля Савчин
Завдання цивільного судочинства крізь призму практики
Європейського суду з прав людини.....65

Володимир Скрипник
Житло як особливий об'єкт цивільних прав.....70

Олександр Соболєв
Любов як морально-правова категорія приватного права.....75

Владислав Ткаченко
Щодо особливостей виникнення права власності на об'єкти самочинного
будівництва.....80

Оксана Угриновська, Григорій Гембара
Спрощене позовне провадження: законодавча регламентація та проблеми
судової практики.....85

Георгій Харченко
Проблеми позовної давності під час витребування земельних ділянок за позовами в інтересах держави……90
Олеся Харченко
Невідповідність позначення публічному порядку, принципам гуманності й моралі як абсолютна підстава для відмови в наданні правової охорони знака…… 96
Еліза Шигапова
Аспекти відшкодування моральної шкоди в практиці Європейського суду з прав людини……104

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Олена Гончаренко
Актуальні питання правового статусу саморегулівних організацій в Україні……109
Марина Кузьміна
Проблеми створення об'єктів відновлюваної енергетики……115
Катерина Намака
Ризики сторін у договорі франчайзингу та правові способи їх мінімізації……119
Анастасія Токунова
Керівні принципи ООН у сфері бізнесу і прав людини як правовий інструмент забезпечення сталого розвитку країни……125

ТРУДОВЕ ПРАВО

Гасам Ахмедов, Ян Чуб
Право на страйк в українському законодавстві та у практиці ЄСПЛ……130
Сергій Константиновський
Правова природа юридичного явища «вимушений прогул»……134
Любов Красноруцька
Нетипова форма зайнятості в системі трансформації ринку праці України……139
Ірина Лагутіна
Припинення виконання роботи працівником у разі затримки виплати заробітної плати як неюрисдикційна форма захисту трудових прав працівників……143
Сергій Сільченко
Особливості розгляду трудових спорів з урахуванням змінених процесуальних норм……148

АГРАРНЕ ПРАВО

Тетяна Курман
Проблеми законодавчого забезпечення виробництва органічної продукції тваринництва……153

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Євген Бакутін
Сучасний стан нормативно-правового забезпечення використання технічних засобів фіксації правопорушень в Україні……158
Юрій Буглак
Види відносин та сфери, які зумовлюють розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування……166
Микола Васюк
Органи публічного управління як суб'єкти надання послуг у медичній галузі України……172
Олег Дубинський
Сутність і особливості державного контролю за додержанням законодавства на автомобільному транспорті……176
Сергій Жуков
Професійна етика суддів: правові аспекти……182
Володимир Перепелюк
Зміст обов'язку (повноваження) суб'єкта як критерій предметної юрисдикції……186
Юлія Склярова
Атестація поліцейських в Україні (історико-правовий аспект)……190
Володимир Столбовий
Мілітаризовані формування як особливі суб'єкти службових правовідносин у сфері національної безпеки України……195

Олександр Ткаченко
Нормативно-правове регулювання адміністративної відповідальності військовослужбовців Національної гвардії України..... **200**

Оксана Топчій
Адміністративно-правові аспекти захисту права неповнолітнього на безпечне інформаційне середовище..... **205**

Ольга Шайтуро
Органи місцевого самоврядування як суб'єкт протидії злочинності: правове регулювання..... **213**

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Михайло Баймуратов, Олена Гріненко, Олександр Биков, Анатолій Коструба
Представництво Президента України в Автономній Республіці Крим у сучасних правових механізмах..... **218**

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Артем Котенко, Олександра Паращенко
Зловживання органами Державної фіскальної служби України своїми повноваженнями під час проведення перевірок як принцип діяльності..... **225**

Христина Лугова
Удосконалення адміністрування податків в Україні з урахуванням європейського досвіду..... **230**

Наталія Похил
Шляхи модернізації загальнообов'язкового державного пенсійного страхування та недержавного пенсійного забезпечення в Україні..... **234**

Марина Садченко, Ігор Крикунов
Проблемні концепції правового регулювання індустріальних та технологічних парків..... **239**

Валерій Тацієнко
Актуальність дослідження питань протидії транснаціональній економічній злочинності..... **244**

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Юлія Богомол
Особливості реалізації функцій держави..... **249**

Олег Ганьба
Поняття, ознаки та особливості суб'єктів архаїчних правовідносин первісного родового суспільства..... **253**

Наталія Мазаракі
Щодо поняття медіабельності спору..... **258**

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Сергій Абламський
До питання класифікації учасників кримінального провадження, уповноважених на здійснення захисту..... **263**

Андрій Андрушко
Проблеми кримінально-правової охорони честі та гідності особи..... **268**

Ігор Готвянський
Відмежування шахрайства в господарській діяльності від інших складів злочину..... **273**

Микола Карпенко
Кваліфікації окремих військових злочинів, учинених за сукупністю злочинів..... **277**

Михайло Кондра
Правове значення ідентичності: аналіз крізь призму принципу рівності у кримінальному праві України..... **282**

Олена Олійник
Принцип гуманізму в кримінальному праві України..... **286**

Олександр Сачко
Проблеми кримінального провадження щодо осіб зі статусом недоторканності, адвокатів та інших посадових осіб, щодо яких передбачений підвищений ступінь захисту..... **290**

Богдан Телефанко
Пробація як захід кримінально-правового впливу на рецидивну злочинність..... **295**

На першій *сторінці обкладинки* – пам'ятник Магдебурзькому праву в м. Києві

КРИМІНОЛОГІЯ

Дмитро Беседа
Міграційна криза в ЄС та її вплив на безпекову ситуацію в Україні..... **299**

Володимир Женунтій, Поліна Зеленяк
Особливості кримінально-правової охорони здоров'я дітей на пострадянському просторі: порівняльно-правове дослідження..... **304**

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Марія Градовська
Актуальні питання протидії корупції у міграційній сфері у контексті забезпечення національної безпеки України..... **312**

Микита Карташов
Кримінальна процесуальна відповідальність..... **318**

КРИМІНАЛІСТИКА

Ірина Кравчук
Використання можливостей судових експертиз у межах розслідування кримінальних правопорушень проти довкілля..... **322**

Тетяна Орлова
Особливості початкового етапу розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із вибухами, загрозою вибухів або виявленням вибухових пристроїв..... **327**

Віталій Святченко
Аналіз сучасного стану досліджень проблем протидії підкупу особи, яка надає публічні послуги..... **332**

СУДОУСТРІЙ

Вікторія Левківська
Критерії оцінки доказів у цивільному судочинстві України..... **339**

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Оксана Волощук, Максим Гетманцев
Відвід арбітра в міжнародному комерційному арбітражі..... **344**

Мальвіна Грушко
Джерела міжнародного гуманітарного права та внутрішньодержавного права..... **351**

Кристина Кончина
Фрагментація в міжнародному праві: проблема чи неминучість?..... **355**

Аліна Лебедєва
Окремі правові аспекти відповідальності міжнародних організацій за порушення міжнародних зобов'язань..... **358**

Владислав Чігер
Сучасні міжнародно-правові проблеми правового регулювання арктичного регіону..... **363**

Співзасновники:
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, ТОВ «Гарантія», Адвокатське об'єднання «Gestors»
Видавець: ТОВ «Гарантія»
ISSN 2307-8049

Журнал є фаховим виданням з юридичних наук на підставі Наказу МОН України № 1328 від 21.12.2015 (додаток № 8).

Журнал включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus International (Республіка Польща)

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.
Журнал рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Протокол № 11 від 26.12.2018 р.)
Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 28.12.2018. Формат 70x108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 42.55. Обл.-вид. арк. 39,48.
Тираж – 255. Замовлення № 1218/191
Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»,
73034, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105.

© Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія», 2018.

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 15779-4251 ПР від 02.11.2009 р.
Поштова адреса редакції: 01032, м. Київ, вул. Назарівська, 7-Б, оф. 4.
Тел./факс (044) 513-33-16.

УДК 347.427

Наталія Блажівська,
канд. юрид. наук, докторант
Інституту законодавства Верховної Ради України

МОРАТОРІЙ НА ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА МАЙНО БОРЖНИКА В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ТА В ПРАКТИЦІ ЄСПЛ

Стаття присвячена дослідженню мораторію на звернення стягнення на майно боржника в законодавстві України та в практиці ЄСПЛ. Здійснено аналіз закріплених у законодавстві України мораторіїв на звернення стягнення на майно боржника щодо їх відповідності практиці ЄСПЛ.

Ключові слова: мораторій на звернення стягнення на майно боржника, практика ЄСПЛ, легітимна мета мораторію, пропорційність застосування мораторію.

Постановка проблеми. 15 травня 2018 року Верховна Рада України прийняла Закон «Про внесення змін до деяких законів України щодо заборони звернення стягнення та накладення арешту на кошти суб'єктів господарювання у сферах тепло-, водопостачання та водовідведення, отриманих від міжнародних фінансових організацій на реалізацію інвестиційних проектів (заходів) в Україні» [1]. Цим законом було встановлено заборону звернення стягнення та накладення арешту на кошти, що перебувають на спеціальних рахунках та на спеціальних рахунках для кредитних коштів, суб'єктів господарювання у сфері тепло-, водопостачання та водовідведення. Тобто наше законодавство поповнилось ще одним випадком мораторію на звернення стягнення на майно боржника, які натепер закріплені в цілій низці законів [2; 3; 4; 5; 6; 7; 8]. Як бачимо, кількість таких мораторіїв має тенденцію до збільшення, а сфера їх дії – до розширення. Це ставить перед вітчизняною правничою наукою питання про правову природу таких мораторіїв та їх відповідність міжнародним стандартам. Додатковим аргументом на користь актуальності дослідження цього питання стає практика Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), який неодноразово встановлював порушення Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод внаслідок тривалого невиконання судових рішень, зумовленого в тому числі застосуванням закріплених у законодавстві мораторіїв. Чи не найбільш резонансним у цьому аспекті є рішення у справі «Бурмич та інші проти України» [9], якому передувало пілотне рішенні у справі Юрія Миколайовича Іванова проти України [10]. В обох рішеннях ЄСПЛ визнав неспроможність домогтися вчасної виплати присудженого судом відшкодування через запровадження заборони на арешт і продаж майна, що належить підприємствам, які перебувають у державній власності або контролюються державою, несумісною з вимогами Конвенції практикою.

У межах цієї статті поставимо за завдання дослідити, чи відповідають закріплені в законодавстві України мораторії на звернення стягнення на майно боржника та їх застосування практиці ЄСПЛ. Актуальність такого дослідження пояснюється також тим, що за інформацією, наданою Державною виконавчою службою України, лише протягом 2011 року у зв'язку з дією мораторію, передбаченого Законом України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна», 77 079 виконавчих документів на суму 6 596 370 579 грн. виконано не було. З огляду на включення підприємства до Реєстру підприємств паливно-енергетичного комплексу, які беруть участь у процедурі погашення заборгованості відповідно до Закону України «Про заходи, спрямовані на забезпечення сталого функціонування підприємств паливно-енергетичного комплексу», станом на 31.12.2011 було зупинено виконання за 30 252 виконавчими документами на суму 16 601 462 635 грн [11].

Аналіз останніх досліджень. Натепер у вітчизняній юридичній літературі відсутнє комплексне дослідження мораторію на звернення стягнення на майно боржника та його місця в системі цивільного права. Натомість такий мораторій стає предметом аналізу у працях, присвячених питанням строків виконання судових рішень зокрема та здійснення правосуддя загалом, щодо їх відповідності практиці ЄСПЛ. Серед останніх варто вказати на доробки М.В. Буроменського, Н.С. Кузнєцової, В.В. Городовенка, П.М. Рабіновича, О.М. Толочка, І.Е. Беристової, П.Д. Гуйвана та інших.

© Н. Блажівська, 2018

Виклад основного матеріалу. Поняття вказаних мораторіїв недостатньою мірою закріплено на рівні цивільного законодавства. Так, ЦК України [12] розглядає мораторій на виконання зобов'язання на підставах, встановлених законом, як обставину, що зупиняє перебіг позовної давності (п. 2 ч. 1 ст. 263). А Закон України «Про виконавче провадження» [13] відносить зазначені мораторії до підстав для зупинення вчинення виконавчих дій (п. 7, 10, 11 ч. 1 ст. 34). По суті, кожен із таких мораторіїв є законодавчо передбаченим відстроченням виконання зобов'язання. Причому дія мораторію не залежить від того, чи настав строк виконання зобов'язання, чи пред'явив кредитор боржнику вимогу виконати зобов'язання, чи звернувся кредитор до суду з позовом про виконання зобов'язання, чи був задоволений такий позов рішенням суду, що набрало законної сили, чи звернувся кредитор до уповноважених органів щодо примусового виконання такого судового рішення.

З урахуванням предмета нашого дослідження важливим є такі дві характеристики мораторію на примусове стягнення на майно боржника відповідно до практики ЄСПЛ. По-перше, права вимоги, які підпадають під дію таких мораторіїв, зокрема, підтверджені остаточними судовими рішеннями, становить майно (possession) відповідно до змісту ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [14]. А невиконання рішень, винесених на користь заявників, може вважатись втручанням у право заявників на мирне володіння їхнім майном. По-друге, такі мораторії стають поширеною причиною тривалого невиконання судових рішень. А виконання судового рішення, як встановлено в рішенні ЄСПЛ у справі «Бурдов проти Росії» [15], має розглядатися як невід'ємна частина «судового процесу» для цілей ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Самі по собі ці права не є абсолютними та можуть підпадати під обмеження, встановлені законом. Власне, подібний підхід відстоює і Конституційний Суд України, який у рішенні по справі про мораторій на примусову реалізацію майна [16] визнав Закон України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» таким, що відповідає Конституції України (є конституційним). Ця правова позиція ґрунтується на тому, що встановлений на певний період мораторій на примусове відчуження майна підприємств, з одного боку, є встановленою в законі особливістю правового режиму відповідної форми власності, а з іншого, не скасовує рішення судів про примусове відчуження майна підприємств, вони залишаються в силі, а їх виконання призупиняється до вдосконалення механізму примусової реалізації майна. Це рішення наводиться як приклад розбіжності висновків Конституційного Суду України з практикою ЄСПЛ [17, с. 61] та є предметом наукової критики [18, с. 41]. Але вважаємо, що немає підстав бути настільки категоричним, оскільки потрібно враховувати і специфіку діяльності Конституційного Суду України та ЄСПЛ: якщо перший розглядає виключно питання права, то другий зв'язаний фактами конкретної справи [19, с. 229].

Отже, мораторії на звернення стягнення на майно боржника по суті є втручанням принаймні в два конвенційних права – права на справедливий суд та права на мирне володіння своїм майном. Отже, встановлення в законодавстві таких мораторіїв повинно відповідати таким умовам: мати законну мету та забезпечувати пропорційне співвідношення між використаними засобами та поставленою метою. Спробуємо дослідити ці умови детальніше.

Аналіз окресленого вище законодавства свідчить, що для кожного із встановлених мораторіїв принаймні декларується легітимна мета. Така легітимна мета може мати різне спрямування, яке умовно можна об'єднати в три групи: 1) захист інтересів держави та суспільства [2]; 2) подолання наслідків надзвичайних обставин [3]; 3) захист інтересів окремих суб'єктів [20]. Зазначені цілі встановлення мораторію, як правило, визнаються ЄСПЛ легітимними. Наприклад, у рішенні по справі «Михайленки та інші проти України» ЄСПЛ визнав, що заборона вивозу з Чорнобильської зони обов'язкового відселення забрудненого майна підприємства-боржника, безперечно, зачіпала законні суспільні інтереси [22]. Однак у літературі інколи стверджується, що закріплені мораторії не завжди досягають вказаних цілей. Прикладом може слугувати Закон України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна», який не дозволяє в цивілізований спосіб здійснювати продаж об'єктів державної власності для задоволення вимог кредиторів, тим самим відкриваючи шлях для застосування інших механізмів відчуження державного майна (наприклад, відчуження та списання основних фондів суб'єктів господарювання) [23, с. 174].

Засоби, які встановлюються для досягнення вказаних цілей, можуть бути різноманітні: 1) стосуватися майна боржника загалом; 2) охоплювати майно, яке знаходиться на окремій території; 3) поширювати дію лише на окремий вид майна. Однак кожен із зазначених засобів передбачає неможливість звернення стягнення на майно боржника. Мораторій на звернення стягнення на майно

створює дисбаланс між інтересами боржника та кредитора, а тому постає питання про забезпечення пропорційності між встановленими засобами та закріпленими цілями. Одним із перших критеріїв визначення пропорційності, які випливають із практики ЄСПЛ, є строк застосування мораторію. З цього приводу слушно зазначає П. Гуйван, що тривале невиконання судових рішень, що набрали законної сили, кваліфікується ЄСПЛ як порушення передбаченого ст. 6 Конвенції права на справедливий суд [24, с. 27]. Так, прецедентним у цьому аспекті можна назвати рішення у справі «Іммобільяре Саффі проти Італії», в якому ЄСПЛ вирішив, що система черговості виконання судових наказів про виселення, з огляду на те, що вона призвела до цілих шести років очікування у зв'язку із законодавчим відстроченням виконання таких наказів, поклала надмірний тягар на компанію-заявницю і, отже, порушила рівновагу, що мала бути забезпечена між захистом права власності і вимогами загальних інтересів [25]. На жаль, частина із досліджуваних мораторіїв взагалі не мають жодного строку дії, тобто є безстроковими. В окремих випадках це може бути обумовлено ціллю самого мораторію [3]. В інших випадках безстроковий характер мораторію, на наш погляд, нічим не обґрунтований [5]. Більшість мораторіїв мають невизначений строк дії, який, як правило, зумовлюється подією, яка має настати у майбутньому, але час настання якої невідомий [2; 6; 7]. Усі вказані події залежать від волі держави в особі органів виконавчої та законодавчої влади та, як правило, потребують ухвалення окремого закону про припинення мораторію. Лише для окремих мораторіїв встановлено конкретний строк їхньої дії: зокрема, процедура погашення заборгованості підприємствами паливно-енергетичного комплексу діяла до 1 вересня 2015 року [4].

Також слід враховувати, що гарантії виконання судових рішень, які набрали законної сили і таким чином набули статусу остаточних, охоплюються змістом принципу правової визначеності [24, с. 27]. Отже, застосування мораторіїв на стягнення майна боржника також повинно відповідати цьому принципу. Продемонструвати це можна на прикладі справи «Трихліб проти України» [26]. У цій справі ЄСПЛ встановив розбіжність інтерпретації правозастосовними органами законодавства про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом, яка спочатку дозволяла одночасно з провадженням у справі про банкрутство виконання рішень щодо виплати заробітної плати, а потім була змінена на заборону відчуження та примусову реалізацію майна підприємства. Попри те, що відповідно до практики ЄСПЛ проблема тлумачення національного законодавства покладається головним чином на національні суди, вони все ж таки мають вибрати таке рішення, яке б дозволило державі дотримуватись своїх зобов'язань, передбачених Конвенцією. Неоднакове застосування також мало місце щодо мораторію на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті, для усунення якої ВСУ прийняв дві правових позиції. По-перше, цей мораторій не передбачає втрату кредитором права на звернення стягнення на предмет іпотеки (застави) у разі невиконання боржником зобов'язань за договором, а лише тимчасово забороняє примусове стягнення на майно (відчуження без згоди власника). Тобто не може бути мотивом для відмови в позові, а є правовою підставою, що унеможливлює вжиття органами і посадовими особами, які здійснюють примусове виконання рішень про звернення стягнення на предмет іпотеки та провадять конкретні виконавчі дії, заходів, спрямованих на примусове виконання таких рішень [27]. По-друге, на час дії мораторію не підлягає виконанню й рішення в частині виселення з відповідного житла [28].

Наступний критерій пропорційності, який ставиться в практиці ЄСПЛ до мораторіїв, полягає у визначенні того, наскільки механізм застосування мораторію є гнучким. Наприклад, у справі «Іммобільяре Саффі проти Італії» [25] ЄСПЛ зазначає, що італійській системі шкодить певна негнучкість, оскільки вона надає пріоритет вимогам про виселення у справах, у яких чинність орендного договору вже закінчилася, а орендодавець негайно потребує повернення квартири для свого використання чи використання членами його сім'ї. Це автоматично ставить виконання наказів про виселення, не віднесених до пріоритетних, у залежність від існування клопотань, що містять підстави для їх пріоритетного вирішення. Отже, оскільки завжди існувала велика кількість невиконаних пріоритетних клопотань, непріоритетні накази фактично ніколи не виконувалися. Мораторії, встановлені в Україні, також не характеризуються гнучкістю. Це підтверджується практикою ЄСПЛ. Так, у рішенні у справі «Сокур проти України» [21] ЄСПЛ встановив, що законодавство України не надає ані кредитору, такому як заявник, ані державному виконавцю хоча б якоїсь можливості оскаржити зазначені законодавчі обмеження, наприклад, у разі несправедливого застосування обмеження судом, який слухає справу про банкрутство підприємства-боржника. Законодавству України відомі тільки окремі винятки із застосування мораторіїв, які, як правило, мають поодино-

кий характер та можуть виводити з-під дії мораторіїв: 1) окремі зобов'язання [2]; 2) окремих кредиторів [2]; 3) окремих боржників [5].

Ще однією умовою пропорційності застосування мораторію на звернення стягнення на майно боржника ЄСПЛ визнає закріплення на національному рівні права кредиторів отримати компенсацію втрат, завданих внаслідок тривалого невиконання судового рішення про примусове виконання зобов'язання боржником [25]. Тривалий час українське законодавство не передбачало ніякої компенсації, який би із вказаних мораторіїв не застосовувався, що визнавалось однією з підстав визнання ЄСПЛ недотримання принципу пропорційності і, як наслідок, порушення конвенційних прав, як, наприклад, у справі «Sokur v. Ukraine» [21]. У зв'язку з цим та на виконання рішення у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України» [10] було прийнято Закон України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» [29]. Стаття 5 вказаного Закону передбачає відповідне право на компенсацію. Однак дієвість цього Закону ставиться під сумнів як у науковій літературі [30, с. 26], так і в практиці ЄСПЛ, зокрема в справі «Бурмич та інші проти України» [9]. Пояснюється це тим, що заходи, встановлені цим Законом, здійснюється за рахунок коштів, передбачених за бюджетною програмою для забезпечення виконання рішень суду, тобто їх ефективність залежить від Закону України про державний бюджет на відповідний рік.

Висновки

Таким чином, на основі проведеного дослідження доходимо таких висновків. По-перше, законодавство України передбачає численні випадки мораторіїв на звернення стягнення на майно боржника. А тому назріла потреба у моніторингу вказаних випадків на предмет відповідності задекларованим цілям їх встановлення з подальшим скасуванням, якщо така ціль не досягається або відпала. По-друге, закріплені в законодавстві України мораторії на звернення стягнення на майно боржника необхідно привести у відповідність до практики ЄСПЛ, забезпечивши їх пропорційність задекларованим цілям. Для цього доцільно: визначити строк дії кожного мораторію, якщо тільки інше не обумовлено ціллю його встановлення; по можливості запровадити гнучкий механізм застосування мораторію у вигляді альтернативних способів задоволення вимог кредитора та (або) можливості оспорити застосування мораторію в індивідуальному порядку; гарантувати кредиторам право на отримання компенсації втрат, завданих внаслідок застосування мораторію.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до деяких законів України щодо заборони звернення стягнення та накладення арешту на кошти суб'єктів господарювання у сферах тепло-, водопостачання та водовідведення, отриманих від міжнародних фінансових організацій на реалізацію інвестиційних проектів (заходів) в Україні: Закон України від 15 травня 2018 року № 2417-VIII. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2417-19 (дата звернення: 11.11.2018).

2. Про введення мораторію на примусову реалізацію майна: Закон України від 29 листопада 2001 року № 2864-III. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2864-14 (дата звернення: 11.11.2018).

3. Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи: Закон України від 27 лютого 1991 року № 791а-XII. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/791%D0%B0-12 (дата звернення: 11.11.2018).

4. Про заходи, спрямовані на забезпечення сталого функціонування підприємств паливно-енергетичного комплексу: Закон України від 23 червня 2005 року № 2711-IV. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2711-15 (дата звернення: 11.11.2018).

5. Про посилення захисту майна редакцій засобів масової інформації, видавництв, книгарень, підприємств книгорозповсюдження, творчих спілок: Закон України від 20 травня 2010 року № 2274-VI. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2274-17 (дата звернення: 11.11.2018).

6. Про особливості утворення акціонерного товариства залізничного транспорту загального користування: Закон України від 23 лютого 2012 року № 4442-VI. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4442-17 (дата звернення: 11.11.2018).

7. Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті: Закон України від 3 червня 2014 року № 1304-VII. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1304-18 (дата звернення: 11.11.2018).

8. Про встановлення додаткових гарантій щодо захисту прав громадян, які проживають на територіях проведення антитерористичної операції, та обмеження відповідальності підприємств – виконавців/виробників житлово-комунальних послуг у разі несвоєчасного здійснення платежів за спожиті енергетичні ресурси: Закон України від 13 січня 2015 року № 85-VIII. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/en/85-19 (дата звернення: 11.11.2018).

9. Burmych and others v. Ukraine: Court (Grand Chamber) Judgment. 12.10.2017. App. № 46852/13, 47786/13, 54125/13. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178082 (дата звернення: 11.11.2018).

10. Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine: Court (Fifth Section) Judgment. 15.10.2009. App. 40450/04. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95032 (дата звернення: 11.11.2018).

11. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів

України щодо виконання судових рішень». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=45896&pf35401=251776 (дата звернення: 11.11.2018).

12. Цивільний кодекс України 16 січня 2003 року № 435-IV. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 11.11.2018).

13. Про виконавче провадження: Закон України від 2 червня 2016 року № 1404-VIII. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1404-19 (дата звернення: 11.11.2018).

14. Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 20.03.1952. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_535 (дата звернення: 11.11.2018).

15. Burdov v. Russia: Court (First Section) Judgment. App. 59498/00. 07.05.2002. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94382 (дата звернення: 11.11.2018).

16. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» (справа про мораторій на примусову реалізацію майна) від 10 червня 2003 року № 1-11/2003. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-03 (дата звернення: 11.11.2018).

17. Гультай М. Роль європейських стандартів правозахисту у конституційному судочинстві України. Вісник Національної академії правових наук України. 2012. № 3. С. 54–66.

18. Добрянська Н. Л., Мелешевич А. А. Верховенство права та судова практика Європейського суду з прав людини стосовно України із забезпечення виконання судових рішень. Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. № 2008. № 77. С. 37–43.

19. Мазур М. В. Прецеденти Європейського суду з прав людини у системі джерел конституційного права України. Держава і право : зб. наук. пр. Юридичні і політичні науки. 2008. Вип. 39. С. 226–232.

20. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо заборони звернення стягнення та накладення арешту на кошти суб'єктів господарювання у сферах тепло-, водопостачання та водовідведення, отриманих від міжнародних фінансових організацій на реалізацію інвестиційних проектів (заходів) в Україні». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=62005&pf35401=426407 (дата звернення: 11.11.2018).

21. Sokur v. Ukraine: Court Judgment. App. № 29439/02. 26.04.2005. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68886 (дата звернення: 11.11.2018).

22. Mikha lenki and others v. Ukraine: Court (Second Section) Judgment. App. № 35091/02, 35196/02, 35201/02. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67580 (дата звернення: 11.11.2018).

23. Грабован Л. І. Погашення вимог кредиторів у процедурі банкрутства : дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2017. 247 с.

24. Гуйван П. Значення темпоральних чинників у практиці Європейського Суду з прав людини. Своєчасність виконання судового рішення – обов'язковий елемент правової ідеї щодо розумного строку розгляду справи (частина 5). Підприємництво, господарство і право. 2017. № 10. С. 26-31.

25. Immobiliare Saffi v. Italy: Court (Grand Chamber) Judgment. App. № 22774/93, 28.07.1999. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58292 (дата звернення: 11.11.2018).

26. Trykhlib v. Ukraine: Court (Second Section) Judgment. 20.09.2005. App. 58312/00. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70181 (дата звернення: 11.11.2018).

27. Постанова Верховного Суду України від 9 вересня 2015 року у справі № 6-483цс15. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/50239397 (дата звернення: 11.11.2018).

28. Постанова Верховного Суду України від 3 лютого 2016 року у справі № 6-2947цс15. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55609670 (дата звернення: 11.11.2018).

29. Про гарантії держави щодо виконання судових рішень: Закон України від 5 червня 2012 року № 4901-VI. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4901-17 (дата звернення: 11.11.2018).

30. Берестова И. Проблемы исполнения судебных решений, по которым предоставлена гарантия государства Украина. Legea si Viata. 2017. № 11/2. С. 24–28.

Статья посвящена исследованию моратория на обращение взыскания на имущество должника в законодательстве Украины и в практике ЕСПЧ. Осуществлен анализ закрепленных в законодательстве Украины мораториев на обращение взыскания на имущество должника относительно их соответствия практике ЕСПЧ.

Ключевые слова: мораторий на обращение взыскания на имущество должника, практика ЕСПЧ, легитимная цель моратория, пропорциональность применения моратория.

The article is devoted to the study of the moratorium on foreclosure of the property of the debtor in the legislation of Ukraine and in the practice of the ECHR. The analysis of the moratoriums enshrined in the legislation of Ukraine on foreclosure of the property of the debtor for their compliance with the practice of the ECHR was carried out.

Key words: moratorium on foreclosure on the debtor's property, practice of the ECHR, legitimate aim of the moratorium, proportionality of the moratorium.

УДК 347.152

Владислав Васильєв,
канд. юрид. наук, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки, докторант кафедри цивільного права № 2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ДИСПОЗИТИВНІСТЬ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА З ТОЧКИ ЗОРУ ФОРМАЛЬНО-ДОГМАТИЧНОГО ПІДХОДУ

Стаття присвячена розгляду сутності диспозитивних цивільно-правових норм. Аналізуються сучасні наукові підходи до визначення природи диспозитивності в цивільному праві та її проявів. Розглядається диспозитивність цивільно-правової норми та похідна від неї диспозитивність забезпечених нею правових можливостей. Висловлюється авторська позиція стосовно сутності диспозитивних цивільно-правових норм.

Ключові слова: диспозитивність, імперативність, диспозитивні норми, цивільно-правове регулювання.

Постановка проблеми та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Поділ усієї сукупності норм вітчизняного права на імперативні та диспозитивні в юриспруденції є аксіоматичним. У світлі аналізу сфери цивільно-правового регулювання він має не тільки суто теоретичне, але і практичне (прикладне) значення. Поєднання в межах нормативної основи механізму цивільно-правового регулювання цивільних відносин імперативних та диспозитивних приписів пов'язується із закріпленням у нормах права моделей поведінки, що є обов'язковими для дотримання суб'єктами цивільного права, або дозволяють відступити від них у визначеному обсязі чи змоделювати власні моделі поведінки в ході використання правових засобів саморегулювання. Саме тому виявлення чітких критеріїв для визначення диспозитивності норми має практичну цінність, оскільки дозволяє встановлювати наявність або відсутність можливості в учасників цивільних правовідносин відступити від закріпленої в ній моделі поведінки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із даної теми. Норми права, їх класифікація, сутність та інші аспекти правової характеристики ставали предметом наукових досліджень таких вчених-юристів, як С.С. Алексєєв, О.В. Грушевська, Е.О.Євстігнєєв, Н.С.Кузнєцова, О.Є.Кухарєв, Р.А. айданик, І.О. Маньковський, В.В. Надьон, Н.О. Невмежицька, О.О. Отраднова, С.О. Погрібний, Я.М. Романюк, І.В. Спасибо-Фатєєва, М. В. Старинський, Я.М. Шевченко, В.Л. Яроцький та ін.

Мета статті полягає у визначенні на підставі аналізу сучасних наукових здобутків правників та положень чинного цивільного законодавства України критеріїв для встановлення диспозитивності цивільно-правових норм у положеннях нормативно-правових актів.

Виклад основного матеріалу дослідження. Визначення сутності диспозитивних цивільно-правових норм не може здійснюватись абстраговано від дихотономічного поділу всіх норм на імперативні та диспозитивні. Такий поділ в аспекті структурного аналізу передбачає існування як родових ознак, що характерні для імперативних та диспозитивних норм, так і видових, що притаманні одному з окреслених видів. В останньому випадку ознаки, що є характерними для диспозитивних норм, суперечать природі імперативних і навпаки. У зв'язку з цим розгляд порушеного питання навіть з позицій диспозитивного підходу до регулювання цивільних відносин певною мірою зачіпає весь окреслений поділ цивільно-правових норм.

Загальновизнаним є той факт, що для цивільно-правового регулювання в цілому властиве наділення учасників правовідносин свободою вибору. Як зазначав О. А. Пушкін, для приватного права характерна правова децентралізація. Визначальними тут є, зокрема, приватні ініціативи, приватне самовизначення. Для приватного права характерні принципи свободи особи, недоторканності власності, свободи договорів та підприємництва, що їх держава не може ігнорувати [1, с. 26]. Однак в аспекті нашого розгляду цікаві саме ті прояви децентралізації свободи, що характеризують диспозитивність цивільно-право-

© В. Васильєв, 2018

вих норм. Тому визначення сутнісних ознак останніх передбачає вирішення питання про те, в чому взагалі полягає наведена диспозитивність. Відповідь на нього відкриває вирішення окресленого питання.

Положення чинного цивільного законодавства України не розкривають сутності категорії «диспозитивність». Крім того, відповідний термін не використовується в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України), у зв'язку з чим зміст відповідної категорії висвітлюється лише в науковому ключі.

У сучасній юридичній літературі термін «диспозитивність» (від пізньолат. dispono – мати у розпорядженні, мати в наявності) визначається як свобода, допущення вибору [2, с. 160]. Звернення до сучасних юридичних джерел дозволяє виокремити два основні підходи до розуміння проявів диспозитивності цивільно-правових норм.

Перший, що можна віднести до «класичного» розуміння диспозитивності, базується на можливості суб'єктів цивільного права не поширювати вплив певної цивільно-правової норми на відносини між ними і пов'язується з використанням саморегулювання у формуванні обов'язкових до виконання саме цими учасниками відповідних правовідносин правил поведінки.

Зокрема, С.С. Алексєєв зазначав, що диспозитивні норми характеризуються тим, що діють лише в силу того, що сторони своєю домовленістю не встановили інших умов своєї поведінки. Диспозитивні норми також називаються «заповнюючими»: вони заповнюють відсутнє погодження, функціонують лише тоді, коли сторони не домовились між собою з певного питання [3, с. 75]. Диспозитивні норми допускають регулювання відносин за згодою сторін, встановлюють правило лише на випадок відсутності такої згоди [4, с. 47]. У межах аналізованого підходу вчені визначають як ознаку правових норм диспозитивної конструкції їхню здатність забезпечувати самостійну діяльність суб'єктів цивільного права з моделювання цивільно-правових відносин [5, с. 74]. За допомогою таких норм держава вказує на варіант поведінки, але передбачає можливість учасників правовідносин урегулювати відносини по-іншому [6, с. 151].

В основу другого підходу покладається широке розуміння диспозитивності через свободу суб'єктів цивільного права у виборі варіантів поведінки, зокрема, і серед запропонованих цивільно-правовою нормою. Наприклад, О.Є. Кухарєв дотримується думки, що базовим для категорії «диспозитивність» є поняття правової свободи. Причому ключовою в змісті диспозитивності є не лише свобода, а свобода саме правова, під якою розуміється можливість учиняти дії, що породжують певні юридичні наслідки, а отже, вона надається суб'єктам з метою здійснення ними цивільних прав і виконання взятих на себе обов'язків. Зміст такої свободи, на переконання вченого, виражається в єдності двох її складників. По-перше, диспозитивність створює суб'єктам можливість вибору варіанта поведінки. По-друге, учасники правовідносин мають можливість на свій розсуд визначати зміст правовідносин, тобто свої права й обов'язки [7, с. 70].

Схожу позицію висловлює Я. М. Романюк. Відповідно до його наукового бачення диспозитивність є заснованою на нормах права правовою свободою суб'єктів цивільного права у виборі варіанта поведінки, тобто можливістю правомірно, у встановлених межах, набувати суб'єктивних цивільних прав і юридичних обов'язків, визначати (формулювати) структуру суб'єктивних цивільних прав, здійснювати суб'єктивні цивільні права, використовувати порядок і способи захисту порушених прав, а також вибирати розмір та форми цивільно-правової відповідальності. Водночас диспозитивну норму-припис вчений визначає все ж таки як передбачене державою правило поведінки, сформульоване таким чином, що може бути змінено за згодою сторін цивільно-правового відношення і в незмінному вигляді застосовується до його учасників тільки в тому разі, якщо вони не вибрали для себе інший варіант поведінки [8, с. 139–140, 142]. Цілком відповідає аналізованому підходу розгляд диспозитивної норми як юридичного встановлення державою міри можливої правомірної поведінки суб'єктів права у разі варіантного використання прав та свобод, а також застосування приписів правових норм стосовно конкретних життєвих випадків [9, с. 87].

З наведеного варто зробити висновок про те, що правники вбачають прояви диспозитивності і в можливості ухилення від застосування норми права, і в можливості вибору варіанту поведінки з-поміж визначених нормою права моделей. У першому випадку йдеться про саморегулювання, яке дозволяє сформувати альтернативне правило, а в другому випадку – про варіативність поведінки відповідних суб'єктів у межах встановленого правила. І якщо перший погляд на диспозитивність норми права можна назвати «класичним», то другий слід визнати відносно новою тенденцією в поглядах щодо розглядуваної проблематики.

Видається, що розширений підхід до розуміння диспозитивності в цивільному праві

в цілому і диспозитивності цивільно-правової норми зокрема є ефективним з тих позицій, що ним охоплюються практично всі можливі прояви диспозитивності, однак він пов'язується із занадто широким кваліфікаційним критерієм, в якості якого виступає свобода суб'єктів цивільного права, що практично розмиває чіткі межі між імперативними та диспозитивними нормами і робить весь цей поділ невиправданим і безпідставним. Відповідно до розширеного підходу будь-яка норма, що передбачає декілька варіантів поведінки, повинна визнаватись диспозитивною, так само як і будь-яка норма, що встановлює суб'єктивне цивільне право, повинна вважатись диспозитивною в силу наявності вибору здійснювати право або не здійснювати його, що випливає із самої природи суб'єктивного права.

В окресленому контексті необхідно розмежовувати диспозитивність у широкому розумінні і диспозитивність цивільно-правової норми як вузький її прояв. При цьому, на нашу думку, вирішення поставленої проблеми повинно базуватись на характерних ознаках норми.

Відповідно до загальнопоширеного в юридичній літературі підходу, норма права являє собою загальнообов'язкове, формально визначене правило поведінки, що встановлене або санкціоноване державою, дотримання якого забезпечується силою державного примусу [10, с. 35]. З огляду на це, може виникнути цілком логічне питання: якщо норма права є загальнообов'язковим правилом поведінки, то яким чином забезпечується можливість ухилення від її застосування в бік альтернативної правової моделі? Відповідь лежить у площині механізму цивільно-правового регулювання суспільних відносин.

Включення норми права в масив інструментів цивільно-правового регулювання суспільних відносин забезпечується наведеним механізмом, який водночас, використовуючи такий інструмент, як диспозитивність, дає змогу учасникам правовідносин приватної сфери сформувати альтернативне диспозитивній нормі правило поведінки. Поєднуючи регулювання та можливості саморегулювання суспільних відносин, законодавець створює нормативні моделі поведінки, одні з яких, маючи імперативний характер, не можуть бути ігноровані учасниками правовідносин, тоді як інші, будучи диспозитивними, вилучаються з «пулу» нормативного матеріалу, що поширюється на відносини між визначеними особами, у зв'язку з формулюваннями ними альтернативних правил поведінки або стають імперативними у зв'язку з відмовою таких осіб від здійснення свого права на саморегулювання визначених відносин.

У зв'язку з цим саме правові характеристики норми з точки зору наявності чи відсутності її категоричності, тобто можливості чи неможливості бути проігнорованою учасниками цивільних правовідносин, зумовлюють її імперативність або диспозитивність відповідно. Диспозитивність норми цивільного права полягає в можливості вибору варіанта правомірної поведінки (у встановлених законом випадках) учасниками цивільних правовідносин: включати у сферу джерел правового регулювання відносин відповідну норму або сформувати альтернативну їй правову конструкцію. Водночас імперативність являє собою феномен присутності в цивільному праві категоричних проявів (заборон та позитивних зобов'язань), втілених у нормах, зокрема в нормах-принципах, дефінітивних нормах та нормах, що встановлюють юридичні обов'язки та закріплюють основні юридичні права, як результат впливу імперативного методу правового регулювання на суспільні відносини шляхом встановлення юридичних (правових) обмежень у широкому розумінні [11, с. 7–8]. Імперативна норма є категоричною, вона не допускає відступлення від правила, передбаченого нею [4, с. 47].

Сучасними вченими виокремлюються три типи імперативних норм: 1) імперативні норми, застосування яких є обов'язковим для всіх учасників цивільних правовідносин незалежно від їхньої волі; 2) імперативні норми, що встановлюють різного роду заборони та обмеження в цивільних правах, і такі, що покладають обов'язки, які випливають із протиправної поведінки; 3) імперативні норми, спрямовані безпосередньо на захист прав та законних інтересів слабшої сторони цивільного правопорушення (зокрема, право на захист) [5, с. 77–82].

Як видається, спільною рисою окреслених видів імперативних норм є саме неможливість зміни їх змісту, обходу правила, закріпленого в імперативній нормі. Незважаючи на те, що імперативні норми можуть закріплювати права учасників цивільного правовідношення, імперативність проявляється не в обов'язковості реалізації цього права, інакше суб'єктивне право являло б собою обов'язок, а неможливість його ігнорування, нівелювання. Імперативна цивільно-правова норма наділяє суб'єкта правом безальтернативно, однак, чи реалізовувати таке право або ж ні, залежить від волі управненого суб'єкта. Те саме відбувається й із суб'єктивним цивільним обов'язком, відображеним в імперативній нормі. Імперативність останньої

позначає неможливість скасування покладення обов'язку на особу за умови існування обставин, визначених нормою, тоді як самого зобов'язаного суб'єкта об'єктивно неможливо позбавити вибору виконувати обов'язок або ж ні.

Як імперативні, так і диспозитивні норми закріплюють обов'язкові до виконання правила поведінки учасників цивільних правовідносин. Однак при цьому диспозитивність та імперативність стосуються необов'язковості або, навпаки, обов'язковості включення відповідної норми в масив джерел регулювання відповідних суспільних відносин, їх застосовність до визначених відносин, а тому і поширення на відповідних суб'єктів. Диспозитивність та імперативність проявляється лише в можливості або неможливості формування альтернативних правил поведінки, що робить відповідні норми необов'язковими або, навпаки, обов'язковими до застосування відповідно .

Більш доступно це проявляється на прикладі конкретної цивільно-правової норми. Як модельний випадок візьмемо положення ст. 708 ЦК України, якою визначаються права покупця у разі виявлення ним недоліків товару, не застережених продавцем, або у разі фальсифікації товару. Норма визначає чотири правові можливості, зокрема: вимагати усунення недоліків товару або відшкодування понесених покупцем витрат на усунення недоліків, вимагати заміни на аналогічний товар, вимагати зменшення ціни або відмовитись від договору і вимагати повернення товару [12]. П'ятий варіант поведінки визначається самою природою суб'єктивного цивільного права і передбачає повне ігнорування управненим суб'єктом визначених вказаною нормою відповідних правових можливостей.

З наведеного вбачається, що аналізоване положення хоча і надає покупцю певні варіанти поведінки, тим не менше ці варіанти є чітко визначеними, адже перелік правових можливостей в цьому випадку є вичерпним, а тому будь-якому розширенню він не підлягає. Поряд із цим відмовитись від прав, визначених наведеною статтею (однак не від їх нездійснення), покупець не може навіть за домовленістю з продавцем. Причиною цього є ч. 1 ст. 27 ЦК України, яка визначає, що правочин, який обмежує можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права та обов'язки, є нікчемним, а також спеціальна норма ч. 4 ст. 698 ЦК України, яка встановлює, що умови договору, що обмежують права покупця-фізичної особи порівняно з правами, встановленими цим Кодексом та законодавством про захист прав споживачів, є нікчемними [12].

Таким чином, диспозитивність цивільно-правової норми визначається диспозитивністю забезпечених нею окремих правових можливостей управленого суб'єкта. У контексті наведених положень зміст норми, закріпленої в ст. 708 ЦК України, можна вважати диспозитивним лише в розумінні наділення учасника правовідносин свободою вибору варіанту поведінки з-поміж запропонованих, у тому числі і відмови від реалізації відповідного права.

Висновки

Підсумовуючи викладене вище, необхідно резюмувати, що диспозитивність цивільно-правової норми повинна розглядатись виключно в контексті можливості відступлення від закріпленого в ній правила поведінки в бік альтернативної моделі або конкретизації наявного правила, що досягається шляхом саморегулювання. Наявність у нормі права правила поведінки, хоча б і варіативного, за відсутності можливості його конкретизації або формування альтернативної моделі не є проявом диспозитивності. Так само не є проявом диспозитивності можливість відмови від реалізації суб'єктивного цивільного права, оскільки ця можливість закладена в самій природі суб'єктивного цивільного права. Інакше всі норми права або відповідні їх частини, що визначають суб'єктивні цивільні права учасників цивільних правовідносин, варто було би вважати диспозитивними, а ті, що визначають суб'єктивні цивільні обов'язки, – імперативними. У такому разі критерій поділу норм цивільного права на два окреслені види вважався б необґрунтованим, оскільки з поля зору випадали б норми-дефініції, норми-принципи тощо, які чітко не визначають ані конкретних суб'єктивних цивільних прав, ані обов'язків.

З огляду на викладене вище, диспозитивна норма цивільного права з позицій позитивістського (формально-догматичного) підходу являє собою формально визначене правило поведінки, встановлене або санкціоноване державою, дотримання якого забезпечується силою державного примусу і поширення дії якого на учасників конкретного цивільного правовідношення може бути виключене повністю або частково шляхом формування ними відповідно альтернативного або конкретизованого правила поведінки, що набуває обов'язкового для таких учасників характеру і підлягає застосуванню замість або разом із відповідною нормою цивільного права.

Список використаних джерел:

1. Пушкин А. А. Избранные труды. Харьков: Эспада, 2007. 480 с.
2. Знак М. А. Теоретические проблемы диспозитивности договорной ответственности в гражданском праве. Право и демократия. Минск, 2008. Вып. 19. С. 159–170.
3. Алексеев С. С. Общая теория права: курс в 2-х т. Москва: Юрид. лит., 1982. Т. 2. 360 с.
4. Погрібний С. О. Імперативні та диспозитивні норми та їх роль в регулюванні цивільних відносин. Університетські наук. записки. 2010. № 2 (34). С. 46–54.
5. Маньковский И. А. Понятие, предназначение и классификация императивных норм гражданского права Республики Беларусь. Научный диалог. 2013. № 12 (24): Общественные науки. С. 72–85.
6. Невмержицька Н. О. До питань про класифікацію видів уніфікації. Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова. Серія 18 «Економіка і право». 2014. Вип. 25. С. 147–153.
7. Кухарєв О. Є. Диспозитивність як базова категорія приватного права. Право і суспільство. 2017. № 6. С. 67–73.
8. Романюк Я. М. Правова природа диспозитивних норм цивільного права України. Вісник Національної академії правових наук України. 2016. № 4 (87). С. 138–151.
9. Абакуменко Е. В. Вопросы реализации принципа диспозитивности в праве. Актуальні проблеми держави і права. Одеса, 2011. Вип. 57. С. 85–91.
10. Старинський М. В. Нейтралізація норм права. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2017. Вип. 45. Т. 1. С. 35–37.
11. Грушевская Е. В. Императивность в российском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2010. 24 с.
12. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Відоості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356 (зі змінами).

Статья посвящена рассмотрению сущности диспозитивных гражданско-правовых норм. Анализируются современные научные подходы к определению природы диспозитивности в гражданском праве и ее проявлений. Рассматриваются диспозитивность гражданско-правовой нормы и производная от нее диспозитивность обеспеченных нормой права правовых возможностей. Высказывается авторская позиция относительно сущности диспозитивных гражданско-правовых норм.

Ключевые слова: диспозитивность, императивность, диспозитивные нормы, гражданско-правовое регулирование.

The article is devoted to consideration a gist of discretionary civil legal norms. Modern scientific approaches for determination nature of discretion in civil law as well as its manifestation are analyzed. Discretion of civil legal norm and derivative of it discretion of legal possibility ensured by legal norm are contemplated. The author's point of view on a gist of discretionary civil legal norms is brought.

Key words: discretion, imperative, discretionary norms, civil legal regulation.

УДК 347.254

Віктор Калюжний,
аспірант кафедри цивільного права
Запорізького національного університету

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ ПРИ НЕВИКОНАННІ ДОГОВОРУ НАЙМУ ЖИТЛА

Стаття присвячена дослідженню типових та нетипових порушень житлових прав та інтересів наймачів, членів їхньої сім'ї, наймодавців за договором найму житла, наслідків таких порушень, форм та способів захисту порушених прав та інтересів. У статті автор особливу увагу звертає на спрощений підхід законодавця до питань захисту прав зазначених осіб, аналізує досвід окремих зарубіжних країн у вирішенні цих питань.

Ключові слова: житлові права та інтереси, захист житлових прав, усунення перешкод у користуванні житловим приміщенням, наймач, наймодавець.

Постановка проблеми. Необхідність дослідження питань захисту житлових прав учасників правовідносин за договором найму житла визріла давно. Звичайно, неналежне виконання умов цього договору сторонами було предметом дослідження окремих науковців. Водночас практика розгляду житлових спорів, застосування законодавства у сфері захисту житлових прав за договором найму житла виявила ряд чинників, передумов, розкрила нові горизонти. Якщо основна частина спорів була зумовлена здебільшого наявністю конфліктів між сторонами договору через різне усвідомлення ними змісту та обсягу своїх прав та обов'язків, то нині сутність таких спорів переміщується в площину свідомих порушень прав однієї зі сторін договору іншою. Інколи такою причиною є відсутність коштів у наймача на винаймання житла або небажання оплачувати вартість проживання чи комунальні послуги тощо. Проте інколи йдеться і про об'єктивні чинники, як-то зміни в законодавстві, зміна цін на ринку, коливання курсу валюти тощо.

Проблем додає і той факт, що правовий статус членів сім'ї наймача (один із подружжя, їхні батьки, діти і т. д.) є законодавчо не досить чітко визначеним. Прикладом слугує позиція наймодавця, який вимагає розірвання договору найму житлового приміщення внаслідок вселення наймачем в таке приміщення іншого з подружжя та дітей, посилаючись на зміст ст. 816 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, згідно з якою у договорі найму житла мають бути зазначені ті особи, які проживатимуть разом із наймачем. Чи може бути підставою для розірвання договору і виселення наймача із займаного житлового приміщення факт одруження наймача і заселення до приміщення іншого з подружжя, заселення дітей? Чи має законодавець вирішити це питання на той випадок, коли сторони самостійно його не вирішили?

Звичайно, йдеться про те, що на підставі принципу свободи договору сторони мали би обумовити подібні питання під час укладання договору. Але ж здебільшого такі питання не узгоджуються сторонами наперед і постають вже в процесі його виконання. Орієнтація на диспозитивний метод регулювання приватних відносин на основі диспозитивних норм не завжди забезпечує охорону житлових прав та інтересів учасників житлових правовідносин за договором найму житла, що потребує їх захисту. У разі відсутності нормативного та диспозитивного (договірного) вирішення окремих питань, в тому числі контролю за порядком використання житлового приміщення, виникають питання тлумачення змісту договірних умов, меж здійснення учасниками (сторонами) належних їм прав та інтересів, реагування на зловживання ними своїми правами. Погодимося, що гарантії захисту сторонами належних їм прав та інтересів мають бути достатніми.

Наявний механізм правового регулювання досліджуваних правовідносин не дозволяє стверджувати, що він містить усі необхідні передумови для захисту порушуваних прав як наймача, членів його сім'ї, так і наймодавця.

Автор не виключає закріплення гарантій дотримання прав сторін в окремому нормативно-правовому акті чи оновленому Житловому кодексі (далі – ЖК) України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. Дослідженню питань правового регулювання житлових правовідносин, захисту цивільних прав присвячені роботи більшості українських вчених-цивілістів, у тому числі О.В. Дзери, М.К. Галянтича, Н.С. Кузнєцової, Л.Г. Лічман, Є.О. Мічуріна,

© В. Калюжний, 2018

С.О. Сліпченка, М.С. Поліщук, І.В. Спасибо-Фатєєвої, З.В. Ромовської, Р.Б. Шишки, Я.М. Шевченко, Є.О. Харитонова, Р.В. Холод та ін.

Виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. Характер порушень житлових прав та інтересів сторін за договором настільки іноді поражає своєю зухвалістю, що наводить автора на думку про необхідність, окрім традиційних форм та способів захисту порушених цивільних прав, говорити про необхідність застосування негайних заходів протидії незаконним діям однієї зі сторін договору чи членів її сім'ї; вирішення питань щодо підстав, порядку та меж використання самозахисту як однієї із форм цивільно-правового захисту порушених житлових прав та інтересів; вирішення питання захисту житлових прав малолітніх та неповнолітніх дітей відповідно до законодавства про охорону дитинства тощо.

Гостро нині стоїть питання порушення житлових прав та інтересів вимушено переселених осіб [1]. Проблема криється в основному у недостатньо визначеному правовому статусі зазначених осіб, недостатності правових та державних гарантій у сприянні їм у реалізації ними права на житло в контексті ст. 47 Конституції. Проблем додають і недопустимі випадки дискримінації [2]: йдеться про відмови договори, де наймачем є вимушено переселена особа. Проте гарантією дотримання прав цієї категорії осіб є ст. 24 Конституції України, в якій йдеться про рівність усіх та про те, що «не може бути привілеїв чи обмежень за жодною ознакою)», заборона дискримінації (ст. 14 Конвенції «Про захист прав людини і основоположних свобод» 1950 р.) [3], право на захист від будь-якої дискримінації (ст. 7 Загальної Декларації прав людини 1948 р.) [4] та ін. Водночас наймодавець не може бути примушений до укладання договору на підставі принципу свободи договору [5, с. 5-6].

Мета статті. Автор має на меті з'ясувати типові та нетипові порушення житлових прав і інтересів учасників житлових правовідносин з договору найму житла, механізм цивільно-правового захисту порушених прав та інтересів осіб, особливості застосування окремих форм та способів захисту; на основі аналізу законодавства України та Великобританії, судової практики вирішення житлових спорів із досліджуваного договору внести пропозиції з удосконалення законодавства в зазначеній сфері.

Виклад основного матеріалу дослідження. Джерелами правового регулювання правовідносин з користування житлом є нормативно-правові акти та договори. Це дає підстави говорити про існування біполярної системи правового регулювання, яка забезпечує урегульованість житлових правовідносин. У спеціальній науковій літературі неодноразово зазначалося, що ця система функціонує у своїй єдності і слугує єдиній меті – створенню ідеальної моделі правовідносин через застосування важелів правового впливу (нормативне та диспозитивне їх регулювання). Це досягається через наявний інструментарій урівноваження правових статусів учасників правовідносин, оскільки в них здебільшого, правове положення може характеризуватися як «сильна» і «слабка» сторона, причому останньою є, як правило, кредитор за основним зобов'язанням, споживач у публічному договорі про приєднання і т. д.

На таку обставину свого часу звернув увагу М.Й. Брагінський [6, с. 797], який обґрунтовував необхідність такого механізму потребою захисту інтересів слабкої сторони в договорі, інтересів третіх осіб, чинного в країні правопорядку та інших цінностей. Такої позиції дотримується і В.Г. Швидка, яка зазначає, що вирішення питання захисту слабкої сторони в договірному зобов'язанні є однією з головних проблем цивільного права взагалі [7, с. 74].

Необхідність уніфікації окремих дефініцій, їх чіткість, яка б давала підстави для однакового їх наукового сприйняття та правозастосування, дозволяє нам виразити позицію, що на етапі нормативного регулювання, створення ідеальної моделі правовідношення, про захист прав і інтересів осіб не йдеться. Водночас визнаємо, що це питання є дискусійним, оскільки свого часу М.С. Малеїн під правовим захистом розумів систему юридичних норм, що спрямовані на недопущення правопорушення і ліквідацію його наслідків [8, с. 192].

Наразі ж категорія «захисту» використовується в контексті поновлення порушеного чи оспорюваного права, яке логічно за таких обставин має місце починаючи з моменту порушення права чи інтересу особи. На етапі ж чи стадії, яка передує порушенню, варто говорити про «охорону» права чи інтересу [9, с. 119].

Тим не менше концептуально з положеннями, на які звернули увагу вищезазначені науковці, ми абсолютно погоджуємося. Проте в межах даного дослідження виходимо з позиції сучасних підходів до розуміння значення категорії «захисту».

Через призму нашого дослідження – питань цивільно-правового захисту прав сторін за договором найму житла – варто говорити

і про те, що житлове законодавство, і зокрема ЖК УРСР 1983 р.[10], є здебільшого застарілим і не відповідає сучасним реаліям або зумовлює неоднозначне розуміння тих чи інших положень, складність правозастосування. Річ у тому, що в зазначеному кодексі йдеться про можливість користування чужим житловим приміщенням на підставі договору найму житлового приміщення. Так, ст. 61 ЖК УРСР передбачає можливість користування жилим приміщенням у будинках державного і громадського житлового фонду відповідно до договору найму жилого приміщення; ст. 158 ЖК УРСР – користування жилим приміщенням у будинку (квартирі), що належить громадянинові на праві приватної власності. Натомість ст. 810 ЦК України регулює правовідносини з найму житла.

Формально цілком зрозуміло, що йдеться про правовідношення, за яким одна сторона – власник житла (наймодавець) – передає або зобов'язується передати другій стороні (наймачеві) житло для проживання у ньому на певний строк за плату (формулювання ст. 810 ЦК України).

Однак окремими авторами таке положення речей сприймається як наявність відмінностей у правовому режимі «житла» і «житлового приміщення», яка базується на правовому режимі цього майна залежно від виду житлового фонду, яке є предметом досліджуваного договору, застосовуваного у нормативно-правових актах (державного житлового фонду – Глави 2 ЖК УРСР; приватного житлового фонду – Глави 6 ЖК УРСР та Глави 59 ЦК України) [11, с. 121]. Користування житлом житлового фонду соціального призначення пов'язане з укладанням договору найму соціального житла і регулюється відповідним Законом України «Про житловий фонд соціального призначення» [12].

Погоджуємося з позицією Я.В. Гуляк у тому, що, попри використання різних визначень «житло» та «житлове приміщення», йдеться про один і той же об'єкт цивільних правовідносин [13, с. 9], тобто про ідентичність, синонімічність зазначених понять. Поза межами цих відмінностей підтримуємо позицію М.К. Галянтича та Л.А. Литовченко, а саме: залежно від приналежності до того чи іншого фонду йдеться про різні договори найму, для яких характерні особливості, які різняться межами нормативно-правового регулювання, суб'єктним складом, строками, змістом, особливостями зміни чи/та припинення договору, особливостями захисту прав та інтересів сторін [14, с. 282; 11, с. 121].

Водночас висловлюємо власну позицію, що в даному контексті йдеться про різний правовий режим житла (житлового приміщення), який залежно від приналежності до певного виду житлового фонду (державного, комунального, приватного) зумовлює особливості правового статусу його учасників (сторін), зміст договірних умов та особливостей захисту прав сторін за договором.

У контексті нашого дослідження зосереджуємо свою увагу саме на захисті прав сторін (учасників) житлових правовідносин договору найму житла (приватного житлового фонду) саме за укладеним договором. До моменту укладення договору може йтися лише про оферента і акцептанта, тобто про суб'єктів житлових правовідносин, які мають намір укласти договір на визначених умовах, та про їхні охоронювані законом житлові інтереси, які перетворюються на суб'єктивне житлове право наймача з моменту досягнення цими учасниками домовленості з усіх істотних умов договору.

Саме з цього моменту має місце договірне правовідношення з договору найму житла. Саме в цьому договірному правовідношенні реалізовуються передбачені законодавцем додаткові гарантії здійснення належних сторонам договору суб'єктивних прав. Ці гарантії мають відповідний прояв і в особливостях механізму правового захисту суб'єктивних житлових прав і інтересів сторін (учасників) досліджуваного договору.

Особливістю даного договору є відмінність в особливостях та передумовах реалізації права сторони на захист свого порушеного права. Як вже зазначалося, в договорі найму житла законодавець став на позицію закріплення додаткових гарантій для сторони, яка, на його переконання, є слабкою стороною, – на сторону наймача. Та більш того – осіб, які разом із ним мешкають. Так, згідно з положеннями ч. 1 ст. 825 ЦК України на вимогу наймача договір найму житла може бути розірвано лише за згодою інших осіб, які постійно проживають разом із ним. Водночас закон не забороняє наймачеві добровільно виселитися з займаного житла, при цьому договір найму житла зберігає чинність по відношенню до членів сім'ї наймача (чи інших осіб, які постійно проживають разом із ним) (ч. 2. ст. 824 ЦК України).

В.Г. Швидка визначила, що додатковими гарантіями дотримання прав наймача є: надання наймачеві виключного права в односторонньому порядку та в будь-який час відмовитися від договору [7, с. 74]. Щоправда, на нього покладено обов'язок письмово попередити про це наймодавця за три місяці. Інакше він зобов'язаний відшкодувати наймодавцеві вартість винайняття за ці три місяці (ч. 1 ст. 825 ЦК України). Натомість

наймодавець не має такої можливості. Для нього передбачено судовий порядок розірвання договору, і лише у випадках, передбачених ч. 2, 3, 4 ст. 825 ЦК України.

Водночас у дисертаційному дослідженні В.Г. Швидкою було доведено, що суди не завжди дотримуються вимог матеріального права і надають інколи перевагу наймодавцям. Вона навела приклад Рішення Київського районного суду м. Одеси від 16 січня 2014 р. у цивільній справі № 520/10892/13-ц [15]. Згідно з матеріалами справи наймодавець вже через десять днів після укладення договору заявив про його розірвання на підставах, не передбачених умовами договору, – необхідності продажу квартири. Потім наймодавець почав порушувати умови договору: вимагати виселення позивачки з членами її сім'ї з орендованої квартири, звертатися до відповідних органів для переривання постачання електричної енергії до квартири, відмовився отримувати частину залогової суми, постійними телефонними дзвінками та конфліктними діями змусив наймача покинути квартиру і винайняти іншу квартиру зі значно гіршими умовами оренди.

Суд, приймаючи рішення, керувався тим, що 01 жовтня 2013 року наймач та члени його сім'ї покинули орендовану квартиру та отримали від наймодавця 1400 гривень сплаченої раніше залогової суми. З цієї підстави суд зробив висновок, що договір оренди, укладений 01 червня 2013 року, був фактично і юридично розірваний сторонами, тому правових підстав вважати його дійсним немає (авт. – розуміємо так, що суд мав на увазі «чинним»). Тим самим суд визнав «добровільність» розірвання договору наймачем, не врахувавши того, що наймодавець фактично створив несприятливі для проживання умови наймачеві. Суд також не врахував тієї обставини, що ст. 825 ЦК України серед підстав розірвання договору найму житла не містить продажу об'єкта нерухомості. Більш того, згідно зі ст. 170 ЖК УРСР, у разі переходу права власності на жилий будинок (частину будинку, квартиру), в якому знаходиться здане в найм жиле приміщення, до іншої особи договір найму зберігає силу до закінчення зазначеного в ньому строку.

На відміну від законодавства України, у Великобританії ще в 1977 році було прийнято The Protection from Eviction Act 1977 (Закон «Про захист від незаконного виселення») [16]. Дії наймодавця, описані в цивільній справі № 520/10892/13-ц, відповідно до британського Закону можуть кваліфікуватися як злочин, внаслідок чого за подібні дії наймодавець у Великобританії може бути взагалі притягнутий до кримінальної відповідальності.

Свого часу закон приймався у зв'язку з тим, що в 60-70-х роках був високий рівень інфляції, внаслідок чого наймодавці зрозуміли, що вони можуть отримувати значно більші кошти, адже ціни істотно зросли з часів укладання контракту.

Тому поширилася практика наймодавців виселяти своїх орендарів шляхом насильства або антисоціальної поведінки, яка була розрахована на те, щоб орендар звільнив свою окупацію «добровільно». Наймодавці вдавалися до прямого залякування, вимикання електрики, зміни замків на майно, знесення сходів до квартир на верхніх поверхах об'єктів нерухомості, руйнування через поштову скриньку тощо.

Саме тому в ст.1 зазначеного закону йдеться про те, що незаконними є будь-які дії, які вчиняються наймодавцями і перешкоджають нормальному користуванню житлом, комфорту наймача чи членів його сім'ї в тому числі шляхом вилучення чи приховування послуг, розумно необхідних для зайняття приміщення як місця проживання.

Особа звільняється від відповідальності, якщо доведе, що вірила і мала підстави для віри, що житлові мешканці перестали жити в приміщенні.

До речі, це питання є також доволі складним: йдеться про доступ наймача до здаваного у найм житла. З одного боку, сам же законодавець у ч. 2 ст. 825 ЦК України серед підстав розірвання договору найму житла на вимогу наймодавця передбачає не внесення плати за користування житлом за шість місяців, а у разі короткострокового найму – понад два рази (при цьому законодавець не передбачає у якості підстав для розірвання договору наявність заборгованості з оплати за споживані комунальні послуги, які не є платою за житло, тобто за користування житлом); руйнування або псування житла наймачем або іншими особами, за дії яких він відповідає. За рішенням суду наймачеві може бути наданий строк не більше одного року для відновлення житла.

Відкритим залишається питання дотримання права особи на недоторканість житла (ст. 30 Конституції України), права на повагу до приватного та сімейного життя (ст. 8 Конвенції «Про захист прав людини і основоположних свобод» [3] в зміст означеного права включає право на повагу до житла особи).

Яким чином наймач має можливість пересвідчитися в збереженості належного йому майна (житла), цільового його використання, інакше, аніж шляхом проникнення до нього? Подібне питання може виникнути й у зв'язку з необхідністю входження наймодавця до житлового приміщення

(житла) для відновлення чи припинення газо-, водо-, електро-, тепло- постачання тощо, в тому числі при аваріях, за яких співмешканцям багатоквартирного будинку може бути завдано шкоди.

За відсутності адекватного нормативного регулювання цього питання виникає ряд питань, які зумовлюють потребу у тому, щоб розширено тлумачити обсяг належних сторонам досліджуваного договору прав, а вже потім вирішувати питання наявності чи відсутності порушення прав сторони договору (її співмешканців, які набувають самостійного житлового права в силу спільного проживання з наймачем за договором).

Водночас не є порушенням виселення наймача для здійснення капітального ремонту приміщення (ст. 165 ЖК УРСР).

Формально має йтися про вирішення питань захисту прав та інтересів сторін договору найму житлового приміщення щодо закріплених, визначених (отже, охоронюваних) прав та інтересів осіб. Тому чітке їх визначення дозволяє говорити про можливість (забезпечення) їх захисту, або ж реалізації права особи на захист житлового права та інтересу за договором найму житла.

Висновки

Оскільки правовідносини за договором найму житла мають цивільно-правовий характер, то для захисту прав сторін зазначеного договору можливо використовувати форми та способи захисту цивільних прав. Водночас специфіка договору може обмежувати можливість застосування всіх передбачених ст. 16 ЦК України способів захисту прав сторін договору та самозахист (ст. 19 ЦК України). Втім, зазначені обмеження визначаються не законом, а лише можливістю досягнення мети – захисту порушеного права. Використання способу, який не дозволяє досягнути зазначеної мети за конкретного виду порушення, немає сенсу. Тож ідеться, скоріше, не про обмеження, а про проблему вибору постраждалою особою способу захисту, який би був здатен задовольнити потребу зазначеної особи в захисті.

Стосовно ж можливості використання самозахисту доходимо висновку, що наразі, окрім можливості одностороннього розірвання договору найму житла чи відмови від цього договору, про інші способи не йдеться. На наше переконання, підстави та межі застосування окремих способів самозахисту житлових прав за договором найму житла мають бути нормативно визначеними, як мають бути чітко нормативно визначеними підстави та особливості застосування негайних заходів протидії незаконним діям однієї зі сторін договору чи членів її сім'ї, які можуть істотно негативно вплинути на зміст та обсяг прав особи. Це потребує подальших наукових розвідок щодо визначених питань.

Список використаних джерел:

1. Тука Г. Більшість проблем переселенців досі не вирішені. Веб сайт Укрінформ. (04.05.2018, 16:23). URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-society/2454134-bilsist-problem-pereselenciv-dosi-ne-viriseni-tuka.html (дата звернення 11.11.2018).

2. Гайворонська О. Переселенцям з Донбасу прохання не турбувати. Українська правда. (05.11.2015, 16:16). URL: https://www.pravda.com.ua/articles/2015/11/5/7087666/ (дата звернення 11.11.2018).

3. Про захист прав людини і основоположних свобод: Конвенція / Рада Європи. 1950 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004

4. Загальна Декларація прав людини / ООН. 10.12.1948. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015

5. Луць А.В. Свобода договору в цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2001. 18 с.

6. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 2-е изд. Москва: Статут, 2007. 847 с.

7. Швидка В.Г. Проблемні питання захисту цивільних прав наймача у відносинах приватного найму житла. Часопис цивілістики. 2017. Вип. 22. С. 73-77.

8. Малеин Н.С. Гражданский закон и права личности в СССР. Москва: Юрид. лит, 1981. 216 с.

9. Цивільне право України : підручник: у 2-х ч. 2-е вид., перероб. і доп. / за ред. проф. Р.Б. Шишки (кер. авт. кол.). Ч. 1. Загальна. Київ: Видавництво Ліра-К, 2018. 736 с.

10. Житловий кодекс Української РСР від 30.06.1983. Відомості Верховної Ради. 1983. Додаток до № 28. Ст.573.

11. Литовченко Л.А. Договір найму жилого приміщення: особливості правового регулювання. Право і суспільство. 2012. № 1. С. 120-125.

12. Про житловий фонд соціального призначення: Закон України від 12.01.2006. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 19-20. Ст. 159.

13. Гуляк Я.В. Договір найму (оренди) житла за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса: Одеська національна юридична академія, 2005. 26 с.

14. Галянтич М.К. Житлове право України: навч. посіб. / ред.: В.В. Луць, О.В. Скрипнюк, О.Д. Крупчан. К., 2008.

15. Рішення Київського районного суду м. Одеси від 16.01.2014. URL: http//reyestr. court.gov.ua/Review/36747175

16. The Protection from Eviction Act [29th July 1977]. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/43

Статья посвящена исследованию типичных и нетипичных нарушений жилищных прав и интересов нанимателей, членов их семей, наймодателей по договору найма жилья, последствий таких нарушений, форм и способов защиты нарушенных прав и интересов. В статье автор особое внимание обращает на упрощенный подход законодателя к вопросам защиты прав указанных лиц, анализирует опыт отдельных зарубежных стран в решении этих вопросов.

Ключевые слова: жилищные права и интересы, защита жилищных прав, устранение препятствий в пользовании жилым помещением, наниматель, наймодатель.

The article is devoted to the study of typical and atypical violations of housing rights and interests of tenants, members of their families, tenants under a contract of hiring, consequences of such violations, forms and methods of protection of violated rights and interests. In the article, the author pays particular attention to the simplified approach of the legislator to the protection of the rights of these persons, analyzes the experience of individual foreign countries in solving these issues.

Key words: housing rights and interests, protection of housing rights, removal of obstacles in the use of residential premises, tenant of housing, landlord.

УДК 347.763

Ірина Лукасевич-Крутник,
канд. юрид. наук, доцент,
докторант відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і
підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВОРІВ ІЗ НАДАННЯ ТРАНСПОРТНИХ ПОСЛУГ

Стаття присвячена дослідженню понять та правовій характеристиці різних видів договорів із надання транспортних послуг, закріплених у Цивільному кодексі та інших актах законодавства України. У ній також наведено дефініції договору перевезення в кодифікованих актах цивільного законодавства окремих європейських країн. Акцентовано увагу на спільних рисах договорів із надання транспортних послуг. На підставі проведеного дослідження сформульовано поняття договорів із надання транспортних послуг.

Ключові слова: договір із надання транспортних послуг, договір перевезення, договір чартеру (фрахтування), договір транспортного експедирування, договір буксирування.

Постановка проблеми. Ураховуючи євпорейськоінтеграційний вектор нашої держави, законодавство України, в тому числі у сфері договірного регулювання надання транспортних послуг, повинно пройти шлях максимального наближення до європейських стандартів. У цьому контексті варто звернути увагу на Міжінституційну угоду між Європейським парламентом, Радою ЄС та Комісією ЄС щодо загальних настанов, спрямованих на забезпечення якості проектування законодавства Співтовариства від 22 грудня 1998 р. (1999/С 73/01), у преамбулі якої зазначено, що ясне, просте й чітке проектування законодавчих актів учасниками Співтовариства є необхідним, оскільки такі акти мають бути прозорими та зрозумілими для громадськості й учасників економічних відносин; поняття чи термінологія, специфічні для будь-якої національної правової системи, мають застосовуватись обережно. Важливо, щоб використана термінологія була стійкою, єдиною як у межах такого акта, так і в усьому масиві вже чинних актів, зокрема тих, що стосуються однієї сфери регулювання. Ідентичні поняття мають бути виражені однаковими термінами, наскільки це можливо, без відхилення від їх значення у звичайній, юридичній чи технічній мові. З огляду на вказане актуального значення набуває аналіз понятійного апарату, який використовується в законодавстві України під час регулювання договірних відносин із надання транспортних послуг, крізь призму встановлених вимог.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Договірні конструкції, які опосередковують зобов'язання з надання транспортних послуг, неодноразово вивчались у працях українських та зарубіжних цивілістів, серед яких: І.О. Безлюдько, І.В. Булгакова, М.І. Брагінський, В.В. Вітрянський, Т.В. Гриняк, С.Д. Гринько (Русу), Е.М. Деркач, І.А. Діковська, Я.О. Добідовська, О.В. Клепікова, Т.О. Колянковська, В.В. Луць, С.Ю. Морозов, О.М. Нечипуренко, Н.С. Нечипоренко, Г.В. Самойленко, Л.Я. Свистун, Є.Д. Стрельцова, Р.І. Таш'ян, М.Л. Шелухін, Р.Б. Шишка та багато інших. Проте поза увагою науковців залишилось висвітлення питання поняття договорів із надання транспортних послуг.

Метою статті є дослідження поняття різних договірних конструкцій, які опосередковують зобов'язання з надання транспортних послуг у цивільному праві України та формулювання поняття договору з надання транспортних послуг.

Виклад основного матеріалу. Під час дослідження будь-якої договірної конструкції важливим питанням є з'ясування її поняття та правових характеристик. Сформульоване в римському приватному праві в Дигестах Юстиніана положення, відповідно до якого «право може і повинно бути визначеним», відповідає найважливішим вимогам сучасності. Зрозумілість, точність та однозначність застосовуваних у праві понять у значній мірі забезпечується завдяки визначенням (дефініціям).

© І. Лукасевич-Крутник, 2018

Відповідно до великого тлумачного словника сучасної української мови дефініція – це стисле логічне визначення, яке містить у собі найістотніші ознаки визначуваного поняття [1, с. 290]. Термін «дефініція» належить до слів іншомовного походження (англійське definition, латинське definition) і етимологічно означає «встановлення меж». У логіці операція, що розкриває зміст поняття, називається визначенням. При цьому результатом такої логічної операції є судження, що розкриває зміст поняття, або дефініція.

У праві розрізняють дефініції, закріплені в нормах законодавства, та авторські дефініції, розроблені науковцями, як правило, у випадку відсутності легальних визначень. Із приводу останнього доречною є думка С.І. Шимон стосовно того, що поняття може існувати й до його законодавчого оформлення, проте в такому разі воно має не офіційне, а суто наукове значення [2, с. 68].

Специфіка використання законодавчих дефініцій зумовлюється загальними питаннями законотворення, правовими традиціями, підходами до їх тлумачення [3, с. 153]. На думку Т.С. Подорожної, законодавчі дефініції – це вихідні (основоположні), самостійні та специфічні державно-владні приписи, що є короткими визначеннями понять, які використовуються в законодавстві [4, с. 26]. Як зазначає З.В. Ромовська, у правових дефініціях міститься концентрований виклад змісту певного правового явища, і без них не обійтись [5, с. 108]. Не обходиться без законодавчих дефініцій правове регулювання договірних відносин із надання транспортних послуг.

Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. (далі – ЦК України), регулюючи договірні відносини з надання транспортних послуг, закріплює у Главі 64 «Перевезення» та Главі 65 «Транспортне експедирування» велику кількість дефініцій, що свідчить про високий рівень законодавчої техніки. При цьому продемонстровано різні логічні способи формулювання визначень, зокрема номінальний та реальний. Номінальним (від латинського nomen – ім'я) називають визначення, за допомогою якого замість опису якогось предмета вводиться новий термін (ім'я). Наприклад, перевезення вантажу, пасажирів, багажу, пошти може здійснюватися кількома видами транспорту за єдиним транспортним документом (пряме змішане сполучення) (ч. 1 ст. 913). Реальним (від латинського res – річ) називається визначення, що розкриває суттєві ознаки предмета, в даному випадку – договору. Суттєвими ознаками договору є його предмет, особливості суб'єктного складу, їх права та обов'язки. Більшість законодавчих визначень договорів, що опосередковують зобов'язання з надання транспортних послуг, є реальними (ч. 1 ст. 909, ч. 1 ст. 910, ч. 1 ст. 912, ч. 2 ст. 914, ч. 1 ст. 929).

Попри те, що договорам перевезення присвячена окрема глава в кодифікованому акті цивільного законодавства, загального поняття договору перевезення в ньому не закріплено. Цивільний кодекс України не є винятком, адже відсутність загального визначення поняття договорів перевезення характерне для цивільних кодексів багатьох європейських країн: Цивільного кодексу Чеської Республіки від 03 лютого 2012 р., Цивільного кодексу Латвійської республіки від 23 травня 1993 року, Цивільного кодексу Литовської Республіки від 18 липня 2000 року та ін.

У цивільних кодексах окремих європейських країн загальне поняття договору перевезення закріплюється. Наприклад, Цивільний кодекс Республіки Польща від 23 квітня 1964 року регулює договір перевезення в Титулі XXV, який складається з трьох розділів: загальні положення, перевезення осіб та перевезення речей, що охоплюють статті 774–493. Згідно зі статтею 774 за договором перевезення перевізник зобов'язується (у сфері своєї справи) перевозити людей або товари за винагороду. Норми Цивільного кодексу Республіки Польща застосовуються до перевезення окремих видів транспорту тільки в тому разі, якщо такі перевезення не регулюється окремими правилами.

У Цивільному кодексі Республіки Молдова від 6 червня 2002 року відносини перевезення регулюються Главою XII «Перевезення», яка складається з трьох частин. Частина 1 присвячена загальним положенням про перевезення, частина 2 – перевезенню пасажирів, частина 3 – перевезенню речей. Разом три частини об'єднують норми статей 980–1029. У Цивільному кодексі Республіки Молдова теж закріплене загальне визначення поняття договору перевезення. Згідно з договором перевезення одна сторона (перевізник) зобов'язується перед іншою стороною (пасажиром або відправником) перевезти пасажира і багаж або вантаж до пункту призначення замість домовленої плати, щодо якої зобов'язується інша сторона. Безкоштовні перевезення осіб або речей, за винятком перевезення в рамках підприємницької діяльності, що здійснюється особою, яка публічно надає транспортні послуги, не регулюються положеннями ЦК Республіки Молдова, при цьому на перевізника покладається тільки обов'язок обачності і старанності.

Серед дефінітивних норм Глави 64 ЦК України передусім варто звернути увагу на за-

кріплене поняття договору перевезення вантажу. Так, за договором перевезення вантажу одна сторона (перевізник) зобов'язується доставити довірений їй другою стороною (відправником) вантаж до пункту призначення та видати його особі, яка має право на одержання вантажу (одержувачеві), а відправник зобов'язується сплатити за перевезення вантажу встановлену плату (ч. 1 ст. 909). Із визначення договору випливають такі його правові характеристики, як двосторонність, оплатність. Норма ч. 3 ст. 909 ЦК України також свідчить, що договір є реальним.

Проте в законодавстві України закріплено й інші визначення поняття цього договору. Відповідно до ч. 1 ст. 307 Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р. (далі – ГК України) за договором перевезення вантажу одна сторона (перевізник) зобов'язується доставити ввірений їй другою стороною (вантажовідправником) вантаж до пункту призначення в установлений законодавством чи договором строк та видати його уповноваженій на одержання вантажу особі (вантажоодержувачу), а вантажовідправник зобов'язується сплатити за перевезення вантажу встановлену плату. У даному визначенні вводяться дещо інші назви учасників цивільних відносин: вантажовідправник, вантажоодержувач, які найчастіше вживаються в чинних досі актах законодавства радянського періоду; закріплюється строк як істотна умова договору.

Наявність двох різних дефініцій одного і того ж поняття договору перевезення вантажу на практиці призводить до того, що за наявності спірних питань суд в обґрунтуванні свого рішення посилається одночасно і на норми ЦК України, і на норми ГК України [6].

Ураховуючи рекомендації Міжінституційної угоди між Європейським парламентом, Радою ЄС та Комісією ЄС щодо загальних настанов, спрямованих на забезпечення якості проектування законодавства Співтовариства від 22 грудня 1998 р. (1999/С 73/01), встановлено: «Важливо, щоб використана термінологія була стійкою, єдиною як у межах такого акта, так і в усьому масиві вже чинних актів, зокрема тих, що стосуються однієї сфери регулювання. Ідентичні поняття мають бути виражені однаковими термінами», така відмінність у дефініціях одного і того ж поняття повинна бути усунена.

Відповідно до ч. 2 ст. 9 ЦК України особливості (курсив автора) регулювання майнових відносин у сфері господарювання можуть бути передбачені законом. Оскільки в понятті договору перевезення вантажу, закріпленому ГК України, не закріплюються особливості регулювання, пропонуємо внести зміни до законодавства України, і положення норми ч. 1 ст. 307 ГК України привести у відповідність до норми ч. 1 ст. 909 ЦК України.

Як влучно зазначає О.Ф. Скакун, прийняті закони повинні термінологічно стикуватися між собою і містити бездоганні дефініції, єдині, наскрізні для всієї галузі законодавства. Понятійний апарат усіх галузей права повинен мати «модельні» терміни і визначення, що виражають найзагальніші і водночас найістотніші ознаки предмета або явища. Поняття можуть набувати подальшого розвитку в галузевих нормативних актах, однак уточнене визначення все одно має спиратися на основну (базову) дефініцію [7, с. 511]. Прикладом останнього є поняття договору морського перевезення вантажу (ст. 133 Кодексу торгівельного мореплавства України – далі КТМ України), яке відображає базове поняття договору перевезення вантажу за ЦК України і вводить нову термінологію, що акцентує увагу на особливостях сфери застосування, з паралельним зазначенням базової термінології.

Норма-дефініція закріплює поняття договору перевезення пасажира та багажу в ч. 1 ст. 910 ЦК України, згідно з якою за договором перевезення пасажира одна сторона (перевізник) зобов'язується перевезти другу сторону (пасажира) до пункту призначення, а в разі здавання багажу – також доставити багаж до пункту призначення та видати його особі, яка має право на одержання багажу, а пасажир зобов'язується сплатити встановлену плату за проїзд, а в разі здавання багажу – також за його провезення.

Включення в єдине поняття договору перевезення як пасажира, так і багажу не дає підстав для висновку про правову єдність цих двох договорів. Крім того, юридичні їх ознаки різні: договір перевезення пасажира є консенсуальним, а договір перевезення багажу – реальним. Письмове оформлення цих договорів також різне: укладення договору перевезення пасажира підтверджується проїзним документом (квитком), а здавання пасажирами багажу, вантажобагажу – відповідно, багажними, вантажобагажними квитанціями [8, с. 529]. Обидва договори є двосторонніми, оплатними.

Певні зауваження викликає легальне визначення договору перевезення пасажира та багажу морським транспортом. Відповідно до ст. 184 КТМ України за договором морського перевезення пасажира перевізник зобов'язується перевезти пасажира і його каютний багаж у пункт призначення, а в разі здачі пасажиром багажу – також доставити

багаж у пункт призначення і видати його уповноваженій на отримання багажу особі; пасажир повинен сплатити встановлену плату за проїзд, а під час здачі багажу – і плату за провезення багажу. По-перше, назва договору та відповідної статті вказує лише на договір морського перевезення пасажира, тоді як зі змісту випливає, що мова йде про поняття договору перевезення пасажира та багажу. По-друге, у змісті поняття додатково закріплюється одне з прав пасажира перевозити із собою безоплатно ручну поклажу в межах норм, встановлених транспортними кодексами (статутами) (п. 4 ч. 1 ст. 911 ЦК України). У розрізі сказаного варто погодитись із позицією Н.В. Федорченко, яка в узагальненому вигляді під визначенням поняття будь-якого цивільно-правового договору пропонує розуміти встановлення, розпізнання за певними ознаками та закріплення суттєвих властивостей договору [9, с. 100]. Тому вважаємо закріплення в дефініції перевезення пасажира та багажу одного з прав пасажирів недоречним, воно не відображає суттєві властивості договору. Таким чином, і назва, і законодавче визначення договору морського перевезення пасажира повинні бути приведені у відповідність до модельної дефініції, закріпленої ст. 910 ЦК України.

Близький до договору морського перевезення пасажира є договір морського круїзу [10, с. 485], легальне поняття якого міститься в ст. 195 КТМ України: згідно з договором морського круїзу одна сторона, організатор круїзу, зобов'язується здійснити колективну морську подорож (круїз) за певною програмою і надати учасникові круїзу всі пов'язані із цим послуги (морське перевезення, харчування, побутове та екскурсійне обслуговування тощо), а інша сторона, учасник круїзу, зобов'язується сплатити за це встановлену плату. Договір морського круїзу є консенсуальним, оплатним, двостороннім.

Згідно із загальними положеннями про перевезення, визначеними ЦК України, за договором перевезення здійснюється перевезення вантажу, пасажирів, багажу, пошти. Проте ЦК України визначення поняття договору перевезення пошти не закріплює. Якщо закріплюється поняття договору перевезення трьох із названих у ч. 1 ст. 908 Цивільного кодексу України об'єктів, було б логічним закріпити в нормах цього кодифікованого акту також визначення поняття договору перевезення пошти.

Аналіз законодавства України свідчить, що дефініція договору перевезення пошти відсутня і в інших нормативно-правових актах, а правове регулювання здійснення перевезення пошти різними видами транспорту містить значну кількість прогалин або взагалі відсутнє.

Якщо поняття договору перевезення пошти відсутнє, то поняття договору чартеру (фрахтування) неодноразово закріплено в законодавстві України. Так, відповідно до ст. 912 ЦК України за договором чартеру (фрахтування) одна сторона (фрахтівник) зобов'язується надати другій стороні (фрахтувальникові) за плату всю або частину місткості в одному чи кількох транспортних засобах на один або кілька рейсів для перевезення вантажу, пасажирів, багажу, пошти або з іншою метою, якщо це не суперечить закону та іншим нормативно-правовим актам. За правовими характеристиками договір чартеру (фрахтування) є консенсуальним, двостороннім та відплатним.

Оскільки зазначений договір поширений на трьох видах транспорту – морському, внутрішньому водному та повітряному, – законодавчі визначення закріплені у відповідних кодифікованих актах: КТМ України від 23.05.1995 р. та Повітряному кодексі України від 19.05. 2011 р. (далі – ПК України). Натомість Статут внутрішнього водного транспорту СРСР 1955 р., який залишається чинним та території України, не містить норм, присвячених правовому регулюванню відносини за договором чартеру (фрахтування) та в значній мірі не відповідає сучасній динаміці регулювання договірних відносин.

КТМ України прийнятий ще до прийняття кодифікованого акта цивільного законодавства України, і закріплена в ньому дефінітивна норма щодо договору чартеру (фрахтування) суден (ст. 203) хоча загалом окреслює суть цього поняття відповідно ЦК України, проте містить ряд неузгоджених положень. Зокрема, у визначенні не зазначається, що за договором можна надати «всю або частину місткості в одному чи кількох транспортних засобах на один або кілька рейсів». А «неточність у застосуванні терміна може спричинити неправильне розуміння правової норми» [7, с. 511]. Разом із тим у дефініції акцентується увага на сфері застосування, що проявляється в закріпленні термінів «судновласник», «судно», «цілей торгівельного мореплавства».

Натомість у Правилах повітряних перевезень пасажирів і багажу, затверджених наказом Міністерства інфраструктури України 30.11.2012 р. № 735, договір чартеру (фрахтування) повітряних суден сформульований у повній відповідності до духу і букви ст. 912 кодифікованого акту цивільного законодавства.

Легальне поняття договору чартеру (фрахтування) закріплено також у ПК України в

понятті чартерного повітряного перевезення в ст. 1, відповідно до якого це нерегулярне повітряне перевезення, що здійснюється на підставі договору чартеру (фрахтування), за яким авіаперевізник надає фрахтівнику або фрахтівникам за плату визначену кількість місць або всю місткість повітряного судна на один або декілька рейсів для перевезення пасажирів, багажу, вантажу або пошти, що зазначені фрахтівником. На перший погляд, у даному визначенні закріплена термінологічна підміна. Адже авіаперевізник зазвичай сам виступає фрахтівником. Проте дане визначення варто сприймати в контексті норм про фактичного перевізника, коли фрахтівник укладає договір чартеру (фрахтування), але згідно зі ст. 902 ЦК України покладає його виконання на іншу особу, в даному випадку – авіаперевізника, залишаючись відповідальним у повному обсязі перед замовником за порушення договору. Такі домовленості між перевізниками відомі як договори про «спільне використання кодів» (codesharing), перевезення за угодою «інтерлайн» (interline).

Окремо від договорів перевезення в ч. 1 ст. 929 Глави 65 ЦК України закріплено визначення поняття ще одного договору з надання транспортних послуг, відповідно до якого за договором транспортного експедирування одна сторона (експедитор) зобов'язується за плату і за рахунок другої сторони (клієнта) виконати або організувати виконання визначених договором послуг, пов'язаних із перевезенням вантажу. За правовими характеристиками цей договір є двостороннім, оплатним, консенсуальним.

Закріплення поняття договору транспортного експедирування в інших нормативно-правових актах, зокрема в ч. 1 ст. 9 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність» від 01.07.2004 р., є прикладом стійкості використання єдиної термінології в усьому масиві чинних актів, оскільки воно повністю відповідає нормі ст. 929 ЦК України.

Законодавство України містить дефініції інших договорів із надання транспортних послуг, зокрема договору перевезення в прямому змішаному сполученні (ст. 913 ЦК України), довгострокового договору (ст. 914 ЦК України, ч. 3 ст. 307 ГК України), договору морського буксирування (ст. 222 КТМ України), договору портового буксирування (ст. 229 КТМ України), договору міжпортового буксирування (ст. 232 КТМ України) та ін.

Закріплені законодавством поняття окремих видів договорів із надання транспортних послуг аж ніяк не обмежують можливості учасників цивільних відносин, керуючись принципом свободи договору, укладати інші непоіменовані договори з надання транспортних послуг, які не мають легальних дефініції.

Виходячи з аналізу визначення понять та правових характеристик різних видів договорів із надання транспортних послуг, спробуємо сформулювати поняття договору з надання транспортних послуг, спираючись на спільні істотні ознаки цих договорів. Як слушно зазначає А.В. Хворостянкіна, сукупність таких істотних ознак має бути достатньою для виконання двох пізнавальних (гносеологічних) завдань, що виконує визначення: з'ясування властивостей визначуваного предмета та відмежування його від інших суміжних предметів чи явищ [11].

Договори з надання транспортних послуг належать до групи договорів із надання послуг. Істотною ознакою, яка відрізняє досліджувані договори від інших договорів із надання послуг і одночасно поєднує їх в одну спільну групу, є їх цільове спрямування, або мета – переміщення фізичних осіб та предметів матеріального світу за допомогою механічних транспортних засобів. Правова характеристика всіх договорів із надання послуг свідчить про те, що спільною рисою для них є двосторонність та оплатність.

Висновки

Вищенаведене дослідження поняття різних договірних конструкцій, які опосередковують зобов'язання з надання транспортних послуг, дозволяє сформулювати поняття договорів із надання транспортних послуг. Договорами з надання послуг пропонуємо розуміти групу як поіменованих, так і непоіменованих договірних конструкцій, метою яких є здійснення діяльності щодо перевезення фізичних осіб та предметів матеріального світу. Договори з надання транспортних послуг є двосторонніми, оплатними, залежно від різновиду конкретного договору можуть бути і консенсуальними, і реальними.

Список використаних джерел:

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. К., ВТФ «Перун», 2007. 1736 с.

2. Шимон С.І. Правочин як цивільно-правовий термін: юридичне нововведення чи лінгвістичне уточнення? Юридична Україна. 2009. № 7. С. 68–72.

3. Хворостянкіна А. Законодавчі дефініції у правовій теорії та законодавчій практиці: досвід Німеччини та можливості його використання. Право України. 2010. № 1. С. 148–153.

4. Подорожна Т.С. Законодавчі дефініції: поняття, структура, функції: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2009. 31 с.

5. Ромовська З.В. Українське цивільне право: загальна частина. Академічний курс: підруч. Київ: Атіка, 2005. 560 с.

6. Постанова Харківського апеляційного господарського суду від 17 липня 2017 р. у справі № 917/400/17 / Єдиний державний реєстр судових рішень. ULR: http://reyestr.court.gov.ua/review/67960495 (дата звернення: 01.12.2018).

7. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. Харків: Консум, 2001. 656 с.

8. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. 2-е вид., перероб. і доп. / За ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2006. Т. 2. 1088 с.

9. Федорченко Н.В. Поняття та ознаки договору про надання послуг. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2014. № 12. С. 98–104.

10. Луць В.В. Загальні положення про транспортні договори // Договірне право України. Особлива частина: навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.: за ред. О.В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 2009. 1200 с.

11. Хворостянкіна А.В. Дефініції в законодавчих текстах: питання теорії / Міністерство юстиції. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_6669 (дата звернення: 10.10.2018).

Статья посвящена исследованию понятий и правовой характеристике различных видов договоров по предоставлению транспортных услуг, закрепленных в Гражданском кодексе и других актах законодательства Украины. Также в ней приведены дефиниции договора перевозки в кодифицированных актах гражданского законодательства отдельных европейских стран. Акцентировано внимание на общих чертах договоров по предоставлению транспортных услуг. На основании проведенного исследования сформулировано понятие договоров по предоставлению транспортных услуг.

Ключевые слова: договор по предоставлению транспортных услуг, договор перевозки, договор чартера (фрахтования), договор транспортного экспедирования, договор буксировки.

The article is devoted to the study of the concepts and legal characteristics of various types of contracts for the provision of transport services, enshrined in the Civil Code and other legislative acts of Ukraine. It contains the definitions of the contract of carriage in the codified acts of the civil law of individual European countries. The emphasis is on the common features of transport services contracts. On the basis of the study, the concept of contracts for the provision of transport services is formulated.

Key words: contract on rendering transport services, contract of carriage, charter agreement (chartering), contract of forwarding of freight, contract of towing.

УДК 347

Ярослав Мельник,
канд. юрид. наук, докторант
Інституту законодавства Верховної Ради України

КАТЕГОРІЯ «РИЗИК» У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: СУТНІСТЬ, МОМЕНТ ВИНИКНЕННЯ ТА ВИДОВА КЛАСИФІКАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню категорії «ризик» у цивільному процесі. У ході дослідження доводиться її широке та вузьке значення, що займає особливе місце в системі цивільного процесуального права. Обґрунтовуються фактори ризику, класифікаційні ознаки, їх особливості та правова природа. Наводиться класифікація ризиків у цивільному процесі за різними критеріями. Доводиться тісний зв'язок категорії «ризик» із феноменом безпеки.

Ключові слова: ризик, класифікація ризику, цивільний процес, змагальність, безпека, ускладнення цивільного процесу, конфлікт у цивільному процесі.

Постановка проблеми. Сучасна концепція праворозуміння у своїх ідеях і завданнях цивільного судочинства все частіше схиляє правозастосовувача до приділення уваги та пошуку нагальних потреб саме *уникнення* тих ситуацій під час здійснення судочинства, які б під час розгляду й вирішення цивільної справи могли *нівелювати захист* у судовій формі матеріальних і процесуальних прав, свобод чи інтересів або ж будь-яким чином *закладали несприятливі умови* для цивільної процесуальної форми чи то породжували *ускладнення* цивільного процесу.

За таких обставин у праві цілком виправдано прийнято розглядати цю проблематику в аспекті *правових ризиків* (або ж ризиків у праві). Обставини та причини їх виникнення можуть характеризуватися за різними критеріями: від непередбачуваності настання наслідків унаслідок нереалізації цивільного процесуального права чи виконання цивільного процесуального обов'язку (наприклад, щодо неподання доказів, щодо неповідомлення суду про ті чи інші обставини неявки в судове засідання тощо) до фактично системного рівня – відсутності врахування можливостей і обставин для виконання рішення суду, його неповноти, нечіткості судових процедур тощо. Усе це й зумовлює актуальність піднятої проблематики, що й спонукає нас до потреби проведення відповідного аналізу чинного цивільного процесуального законодавства та доктрини на предмет ризику в цивільному процесі.

Проблема дослідження ризиків у праві не є новою. Традиційно погляди дослідників фокусуються не локально на проблемі, а комплексно, спільно з тими чи іншими категоріями та феноменами в праві, наприклад, із феноменом «безпеки», «загрозами» чи то «аномаліями» та «дисфункціями», «протиправною поведінкою» та навіть колізіями в тій чи іншій галузевій приналежності. Це вказує на широкий і вузький рівень і особливості властивостей тих чи інших ризиків.

Так, серед таких наукових доробків можна виділити працю Л. Шипілової («До проблеми визначення основних понять та методології оцінки ризиків і загроз національній безпеці», наукова стаття, 2005 р.).

У сучасній цивілістичній доктрині в аспекті досліджень ризику можна виділити працю Р. Майданика і колективну працю дослідників («Аномалії в цивільному праві», 2010 р., навчально-практичний посібник), низку праць М. Велікановї («Оцінка ризику: формування правової стратегії управління ризиком»; «Загальна характеристика цивільно-правових способів впливу на ризик»; «Розподіл ризику витрати та пошкодження майна у речових правовідносинах» тощо, 2018 р., наукові статті) тощо.

Так, для нашого дослідження є цікавою доктринальна позиція Р. Майданика, який розглядає категорію «ризик» із погляду спершу «загальнотеоретичного розуміння», переходячи до «філософсько-логічного аспекту», та «інституту соціального ризику», «ризику як конструкції цивільного права», вирізняючи «елементи юридичного ризику» та «професійного ризику» й завершуючи концептом «джерел підвищеної небезпеки» та «відповідальності за ризик» (усе це з огляду на загальнотеоретичну частину дослідження – *Я. М.*) [2, с. 51, 58, 65, 76, 87, 89, 190, 197, 201]. Такий методологічний підхід дав можливість виробити чіткі критерії для особливої (спеціальної) частини дослідження,

© Я. Мельник, 2018

де категорія «ризик» чітко «вмонтувалася» у речові, зобов'язальні чи позадоговірні правовідносини.

Очевидно, що для цивільного процесуального права також повинен бути характерним такий підхід, адже правовідношення, яке виникає між судом та учасником справи з приводу розгляду й вирішення цивільної справи або щодо вчинення/невчинення окремих процесуальних дій учасниками цивільного процесу (у вузькому сенсі), має тісний зв'язок із матеріальним цивільним правом, як і з іншими галузями – сімейним, трудовим, земельним правом тощо. Тому сегмент специфіки «ризику» суттєво зміщується в бік верифікації процесуальності категорії ризику, що може впливати на стан судового контролю забезпечення захисту прав, свобод та інтересів учасників справи судом у цивільній процесуальній формі.

Аналізуючи цільне процесуальне законодавство, важливо звернути увагу на те, що законодавець у новоприйнятому ЦПК України в редакції 2017 р. в одних випадках також уживає термін «ризик», який має спільне значення в таких інститутах, як «змагальність», «доказування», «обов'язки» тощо; в інших характер ризику по своїй суті випливає із цивільної процесуальної норми чи фактичних обставин цивільної справи. Так, у ч. 4 ст. 12 ЦПК України визначено, що «... кожна сторона несе *ризик* настання наслідків, пов'язаних із вчиненням чи не вчиненням нею процесуальних дій... (курсив наш – *Я. М.*)»; стосовно непрямого відображення варто звернути увагу на п. 7 ч. 2 ст. 468 ЦПК України, відповідно до якої підставою для відмови в задоволенні клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду є та обставина, коли «...виконання рішення *загрожувало* б інтересам України... (курсив наш – *Я. М.*)». Таким чином, ураховуючи концепт і юридичну конструкцію змагального процесу і його місце в системі цивільного процесу, слід констатувати можливу широку та вузьку інтерпретацію терміна «ризик» у цивільному процесі, який потребує належного дослідження.

У юридичній енциклопедії категорія «ризик у праві» позначається як небезпечність виникнення непередбачуваного очікуваного прибутку, доходу, майна, коштів у зв'язку з випадковою зміною умов економічної діяльності, несприятливими обставинами чи дією непереборної сили; ступінь імовірності певної негативної події, яка може відбуватися в певний час або за певних обставин, тобто можлива подія, поява якої має ймовірний і випадковий характер і зумовлює небажані наслідки для учасника відповідних правовідносин, а особливості змісту й межі ризику визначаються в окремих галузях права та сферах суспільних відносин [31, с. 317], проте в процесуальному праві енциклопедичний інструментарій цей аспект не розглядає.

Щоб мати можливість більш повного наукового обґрунтування в цивільному процесуальному праві категорій «ризик», «небезпека» тощо, необхідно констатувати відсутність чітких і комплексних наукових напрацювань. Думається, це може бути пов'язано насамперед із тим, що така категорія не була притаманна ані ЦПК України 1963 р., ані ЦПК України 2004 р., хоча значна частина цивільних процесуальних норм як сучасного (редакції 2017 р.) так і попередніх кодифікованих актів згаданих років так чи інакше передбачала врахування та «роботу» правозастосовувача із цієї категорії по своїй суті (за змістом та ідеєю). Тому логічним є запитання: як тоді пояснити появу, суть і роль гарантій у праві? Для чого вони встановлювалися, спрямовувалися? Адже очевидно, що саме їх мета, яка проявлена в цьому інституті, є не чим іншим, як інструментом із подолання ризиків, загроз, невизначеності й т. д. Одним словом, у такий спосіб законодавець урахував природу матеріального права та її тісний зв'язок із процесуальним. Інакше й бути не може (унаслідок забезпечуваності норм процесуального права на реалізацію норм матеріального права). Проте факт відсутності належних і комплексних наукових робіт усе ж таки спонукає нас до проведення відповідного дослідження.

Отже, **метою статті** є з'ясування сутності, моменту виникнення та видової класифікації категорії «ризик» у цивільному процесі. Отриманий результат повинен дати можливість визначити фундаментальну правову конструкцію в дії суду із забезпечення умов для належного правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин і уникнути негативних наслідків під час розгляду й вирішення цивільної справи.

Виклад основного матеріалу. Досліджуючи проблематику юридичного ризику в цивільному процесі, насамперед варто звернути увагу на етимологію цього слова.

Так, в енциклопедичному словнику слово «ризик» бере свій початок із латинської мови, де воно визначалося як «recesco». Під ним наводиться декілька смислових визначень: «...обрезать, жать, убирать, унимать, сдерживать, ограничивать далеко идущие ожидания... (російською мовою, мовою оригіналу – *Я. М.*)» [9, с. 874]. У вільній Інтернет-енциклопедії («Вікіпедії») ризик позначається через грецьку мову – «ῥιζικόν», «опасность», що означає *стан імовірності* на-

стання *негативних наслідків*. Також ризиком часто називають безпосередньо уявні обставини, що здані призвести до втрат чи збитків [23]. Також ця категорія сприймається через характеристику *невизначеності* в отриманні кінцевого результату, а у вузькому сенсі – як *кількісна* характеристика *небезпек*; як невизначена подія чи умова; як можливість небажаних утрат, *імовірність* виходу *небезпечного фактора* з-під контролю [23]. Виділяють і функції ризику: захисну, аналітичну, регулятивну, інноваційну [10; 23].

Отже, із наведеного стає очевидним, що категорія «ризик» може стосуватися як певних подій, так і факторів, які засновані на неминучих, очевидних обставинах, властивостях певних речей; можливості настання небажаного стану тощо. Такі кореляти дають можливість одночасно вказати й на те, що категорія ризику є дотичною до правових станів, факторів, подій тощо через виникнення та пов'язаність із суспільними відносинами, на яких засновані правові, а також процесуальні правовідносини, адже такі випливають одні з інших.

Тому очевидно, що в юридичній енциклопедії під «ризиками в праві» розуміють також певну небезпечність непередбачених втрат очікуваного прибутку, доходу, майна, коштів у зв'язку з випадковою зміною економічної діяльності, несприятливими обставинами чи дією непереборних сил; ступінь імовірності певної негативної події, яка може відбутися в певний час або за певних обставин, отже, можлива подія, поява якої має ймовірний і випадковий характер і зумовлює небажані наслідки для учасника відповідних правовідносин. *У цивільному праві* – це загальне правило, за яким збитки за відсутності вини покладаються на набувача речі одночасно з виникненням у нього права власності; у *банківському праві* – небезпека можливих утрат унаслідок специфіки банківських операцій; у *страхуванні* – імовірна подія чи сукупність подій, на випадок яких проводиться спадкування; у кримінальному праві – свідоме порушення особою можливості настання суспільно небезпечних наслідків у результаті її діяльності, спрямованої на досягнення суспільно корисної мети (ст. 42 КК України) [31, с. 317, 318]. Отже, ризик у праві є інтелігібельною (пізнавальною) категорією.

У словнику термінів із кібербезпеки термін «ризик» тлумачиться на підставі Постанови Правління Національного банку України від 10.12.2004 р. № 620 «Про затвердження Правил Національної системи масових електронних платежів» як «*...можливість виникнення певної події*, настання якої *призводить до* фінансових чи іншого виду *втрат* членів та/або учасників платіжної системи... (курсив наш – *Я. М.*)» [24, с. 162]. І хоча ця Постанова втратила чинність, у Правилах, прийнятих Постановою Національного банку № 93 від 21.09.2017 р., продубльований аналогічний зміст поняття «ризик»[1]. Цей аспект дає підстави аналізувати й безпекове законодавство. Зокрема, у чинному Законі України «Про національну безпеку» від 21.06.2018 р. № 2469-VIII (далі – Закон від 21.06.2018 р. № 2469-VIII) визначено, що *загрозами* національній безпеці України є «*...явища, тенденції* й *чинники*, що унеможливлюють чи ускладнюють або можуть унеможливити чи ускладнити реалізацію національних інтересів і збереження національних цінностей України (курсив наш – *Я. М.*)». Також Закон від 21.06.2018 р. № 2469-VIII з-поміж інших органів державної влади за судом закріплюється цивільний контроль як різновид демократичного контролю, що покликаний нейтралізувати загрози за принципом верховенства права, законності, підзвітності, прозорості, ефективності та результативності (ст. 4). Натомість поняття «ризик» у Законі від 21.06.2018 р. № 2469-VIII не закріплюється, хоча, очевидно, регулюється за своєю суттю апріорі.

У Законі України «Про основи національної безпеки» від 19.06.2003 р. № 964-IV (який утратив чинність в 2018 р.) поняття «загрози» та «ризик» також не визначалися, однак ставився акцент на основних напрямах державної політики з питань національної безпеки, якими безпосередньо визначалися такі чинники, як сприяння усуненню конфліктів, адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу, посилення контролю (ст. 8 Закону) у тих чи інших сферах (науково-технічній, економічній, соціальній тощо).

Таким чином, можна відстежити ту обставину, що ризики стосуються процесуального законодавства щодо правосуддя в цивільних справах, ураховуючи норми та вимоги ЄС товариства, ЄСПЛ, а також Законів про нацбезпеку.

У той же час варто мати на увазі, що процесуальне право – це підсистема права, яку становлять норми й принципи, що визначають порядок встановлення і/або реалізації норм права [5, с. 647]; а цивільне процесуальне право – це система цивільних процесуальних норм, які регулюють суспільні відносини між судом і учасниками процесу у сфері здійснення судочинства в цивільних справах шляхом розгляду й вирішення цивільних справ у суді першої інстанції, а також у порядку перегляду судових рішень у вищесто-

[1] Див.: [18].

ящих судових інстанціях, перегляду рішень третейських судів і видачі виконавчих листів на примусове виконання їхніх рішень; відносини, пов'язані з виконанням судових рішень і визнанням і виконанням рішень іноземних судів в Україні [26, с. 20].

Тому, говорячи про «ризики у праві», необхідно звернути увагу на позиції тих дослідників, які переймалися проблемами насамперед правового простору. Адже юридизація ризику в правовому просторі є безумовною, а тому посідає важливе значення як точка початку потреби саме нормативно-правового врегулювання в правовий спосіб кризових явищ щодо ризику.

Так, Н. Оніщенко, розкриваючи питання правового простору, констатує, що реальне життя права в просторі залежить від багатьох факторів. До таких факторів дослідниця відносить «стани», «якості», «режими», «кризові ситуації», «явища до здатності долання», «організації до здатності безпечної життєдіяльності громадян» (тобто процеси, механізми – *Я. М.*), що пов'язані з економікою, політикою, законодавством, суспільством (громадянами) [5, с. 530]. У той же час правовий простір входить до пріоритетів забезпечення національних інтересів під час забезпечення національної безпеки України [14-а]. Отже, такі обставини дають можливість пов'язувати ризики в цивільному судочинстві з кризовими *станами* дії системи цивільного процесу, із процесуальним *режимом* і цивільною *процесуальною формою* як із необхідністю *вираження інших факторів*, що стосуються *потреби забезпечення дії системи*, *факторів забезпечення прав*, свобод та інтересів учасників процесу. Виходячи із суті ідеї правового простору, стає очевидною обставина, що це зумовлюється позитивними та негативними факторами, завдяки чому чи то на противагу чому правовий простір існує.

Юридичні ризики в цивільному процесі можна розглянути й у дещо узагальненому вигляді, а саме з погляду приналежності ймовірності та невизначеності до такої загальнотеоретичної категорії, як *«юридична закономірність»*. У юридичній енциклопедії відмічається цікава характеристика цієї концепції, яка полягає в тому, що юридична закономірність визначається як необхідний, постійний, суттєвий зв'язок юридичних явищ і процесів між собою та з іншими явищами й процесами. Наголошується на тому, що цією категорією охоплюються всі закономірності виникнення, розвитку й функціонування правової системи, які можуть бути об'єктом науки [5, с. 865]. Щодо «ризику» та «безпеки», слід указати на те, що юридичні закономірності завжди мають імовірний характер. Вони не можуть бути виражені в абсолютно точних якісних і кількісних показниках. Як правило, показовими в цьому сенсі є індекси (індикатори, показники), якими вимірюються демократії, верховенство права, захист прав людини, що спираються як на певні кількісні та якісні показники, так і на експертні думки із цього приводу [5, с. 866].

Як зазначає Д. Вовк, відмова від пошуків зв'язків між різними юридичними явищами збіднює можливості юридичної науки, перетворює їх на довідник емпіричних даних. Розвиток правової системи, на думку вченого, супроводжується виникненням і зникненням певних тенденцій і випадковостей (що також є закономірністю) [5, с. 867]. Наприклад, юридична тенденція теж відображає зв'язки, що виникають між різними юридичними явищами. Проте від закономірності тенденція відрізняється тим, що вона має не настільки стійкий характер і часто є тимчасовою [5, с. 867]. Такі обставини, як видається, є доволі характерними для низки цивільних процесуальних правовідносин, що випливають з активності учасників процесу щодо змагального процесу чи то навпаки, її відсутності (це щодо вузького розуміння), щодо широкого розуміння, то ці питання найкраще уявляються з огляду на фактори, які випливають із системи цивільного процесуального права, стану судової практики, тенденції до задоволення чи відхилення певної групи позовів, реалізації певного процесуального механізму тощо.

Зрештою, у юридичній енциклопедії відмічається, що юридичні закономірності та тенденції не існують окремо. Натомість випадковості, за умови їх повторення, можуть набувати характеру тенденції, що здатні трансформуватися в закономірності [5, с. 868]. Однак так чи інакше і юридичні закономірності (у негативному сенсі), і юридичні тенденції та випадковості є дотичними та невід'ємними атрибутами категорії ризику, завдяки чому займають відповідне місце в цивільному процесі. Отже, закономірності, випадковості та тенденції тут постають як елементи ризику, а тому входять у систему правової безпеки і стають її об'єктами (об'єктами безпеки).

У дослідженні категорії «ризик» слушно звертається увага на аспект її аналізу та видової класифікації. А. Биков та Б. Портфірьєв [4] доволі цікаво віднаходять методологічну схему аналізу й управління ризиком. Так, в алгоритмічній послідовності (задля того, щоб уникнути схематичних зображень у статті) вона виводиться певними блоками: *а)* ризик – імовірність – наслідок – подія; *б)* рівень ризику – джерело ризику – небезпека;

в) оцінка ризику – ідентифікація ризику – аналіз ризику – оцінка важливості ризику; *г)* оптимізація ризику – комунікація ризику; *ґ)* критерії ризику – доступність ризику – безпека; *д)* опрацювання ризику – прийняття ризику – уникнення ризику – перенос ризику – збереження ризику тощо [4].

Отже, резюмуючи загальнотеоретичний і етимологічний зміст категорії «ризик», доцільно виділити його ознаки, якими, з одного боку, є *фактори* непередбачуваності, ймовірності, невизначеності, випадковості тощо, які опосередковуються певними станами, режимами, ситуаціями. Самостійно такі фактори існувати не можуть, а завжди мають свій антипод, закономірність із певною статикою процесів, механізмів, систем, власне тих об'єктів, яким повинен загрожувати певний стан, обставини, події, факти. Усе це й зумовлюється категорією безпеки в праві, правової безпеки, а в контексті цивільного процесу – цивільної процесуальної безпеки, потреба в дотриманні якої є радше правилом, ніж виключенням, задля нівелювання ризиків на догоду забезпечення юридичних гарантій під час здійснення цивільного судочинства.

Повертаючись до специфіки галузевого доктринального підходу в дослідженні категорії «ризик», цікавою видається позиція Р. Майданика в тому, що ризик, як і інші аномалії, з погляду цивільного права відображає внутрішню суперечливість правових конструкцій як детермінованих явищ [2, с. 29]. Із цим варто погодитися, адже дійсно, у філософському словнику ідея детермінізму зводиться до того, що «...відповідає на питання, *чому виникає річ*, *чим вона породжена*, чим *визначається її існування* й чому вона *змінюється й зникає*, у що *перетворюється*...» (курсив наш – *Я. М.*) [25, с. 152], та полягає в тому, що будь-яка річ є будь-яким результатом зміни речей [25, с. 152]. Цікавим є те, що «...у процесі детермінації детермінуючий чинник визначає природу продукованих ним явищ: речові, енергетичні й інформаційні зміни відбуваються *не довільно, а згідно з характерними для кожного випадку* цілком *певними закономірними відношеннями*. Це дозволяє говорити про незнищенність, постійне відтворення процесу детермінації (курсив наш – *Я. М.*)» [25, с.153].

Отже, як бачимо, категорія «ризик», якщо фактично не заснована на природі детермінізму, то принаймні має з ним тісне зв'язок і дає можливість скласти уявлення про ґенезу та правову природу й конструкцію, як і механізм феномена ризику в праві, а саме – моменту та причин (умов) його виникнення й усунення. Також категорія «ризик» тісно пов'язана з категорією безпеки як потребою досягти бажаного стану шляхом усунення та нейтралізації ризику, зберегти право чи обов'язок у можливості реалізації учасником цивільного процесу (як приклад).

У правовому регулюванні цивільних процесуальних правовідносин аналіз ч. 4 ст. 12 ЦПК України дає можливість вести дискусію про те, що законодавець, визначаючи основну концепцію принципу змагальності, моделює її не тільки з такою категорією, як «ризик», але й «доказування», «несприятливі наслідки», «небажаний результат», «невизначеність» тощо. Так, ч. 4 ст. 12 ЦПК України визначено, що «кожна сторона несе *ризик* настання наслідків, пов'язаних з *учиненням* чи *невчиненням* нею *процесуальних дій*...». Дії/бездіяльність, їх активність чи пасивність, як правило, пов'язуються в цивільному судочинстві з реалізацією суб'єктивного права чи обов'язку [23], адже зміст суб'єктивного права – це «можливість поведінки», можливість утримання від неї тощо, а зміст суб'єктивного обов'язку (зокрема процесуального – *Я. М.*) збігається з «необхідністю вчинення певної поведінки», яка регламентована імперативно законом чи надана диспозитивним правом і зумовлена інтересом (як необхідністю, що зводиться в ранг обов'язку) або ж перетерпінням (зазнанням незручностей)[2].

Тут варто додати, що цивільні процесуальні правовідносини виникають за певних передумов. Традиційно в науці цивільного процесуального права до таких відносять *норми* цивільного процесуального права; цивільну процесуальну *правоздатність* учасників процесу (деякі вчені говорять про правосуб'єктність[3]); *процесуальні юридичні факти* [29, с. 45-46].

Як правило, ***норми*** *процесуального права* поділяють на ті, що регламентують процедуру нормотворчості, тобто встановлюють послідовність дій, які необхідно виконати суб'єкту в цьому процесі за реалізації повноважень; норми, що регламентують процедуру правозастосування, тобто послідовність тих дій, які необхідно виконати суб'єкту для прийняття індивідуально-владного рішення в конкретній справі; норми, що регулюють процедуру здійснення дій інших правових форм діяльності (інтерпретаційної, контрольно-наглядової); норми, що визначають процедуру безпосередньої реалізації права [5, с. 650–651]. У той же час в енциклопедичній літературі відмічається, що можлива

[2] Для довідки: питання змісту цивільного процесуального обов'язку (форм вираження, тощо) та в співвідношенні з процесуальним правом висвітлені в окремих працях. Див. [22, с. 131–168].

[3] Див. [30, с. 46; 11, с. 50 та ін.].

ситуація, коли є матеріальна норма, що уповноважує суб'єкта владних повноважень на вчинення певних дій, проте відсутня необхідна процедура їх реалізації, що призводить до невизначеності правового становища фізичної особи (тобто йдеться про виникнення «ризику в процесуальному праві» – *Я. М.*), і тоді суб'єкт владних повноважень має відмовитися від їх реалізації до встановлення відповідної процедури [5, с. 651]. Ураховуючи таку позицію, важко погодитися з механізмом правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин і забезпечення завдань і мети здійснення цивільного судочинства з огляду на зміст ч. 6 ст. 10 ЦПК України. У статі йдеться про те, що «...якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як норми прямої дії ... У такому випадку суд після ухвалення рішення у справі звертається до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, вирішення питання про конституційність якого належить до юрисдикції Конституційного Суду України...». Проте із теоретичних напрацювань, хрестоматійно наведених О. Уваровою, якраз і випливає прояв не чого іншого, як «факторів ризику в процесуальному праві», процесуальній системі, які пов'язані з нормами процесуального права, і їх класифікацією, адже за останньої «ризик» стає очевидним у нормах, «що регламентують нормотворчість», у нормах, «що регламентують процедуру правозастосування» чи то в нормах, «що регламентують процедуру здійснення інших правових форм діяльності» та «процедуру реалізації права».

Стосовно юридичних фактів, то такі в межах цивілістики (матеріального права) прийнято поділяти на дії та події, які теж поділяються на такі: щодо подій – абсолютні (не залежать у виникненні від волі людини та зумовлені силами природи) і відносні (виникають унаслідок дії людини, але розвиваються поза її волею); щодо юридичних дій – неправомірні (суперечать вимогам законодавства – правопорушення) і правомірні (відповідають вимогам законодавства – юридичні вчинки, юридичні акти; як юридичні акти підрозділяються на адміністративні акти та правочини). Виділяють і більш складну конструкцію юридичних фактів, тобто їх сукупність як юридичний склад, що підрозділяються на простий (довільна послідовність накопичення) і складний (чітка послідовність) [12, с. 22].

Деякі дослідники акцентують увагу на таких фактах-станах, що спричиняють відповідне правове навантаження на потребу правового регулювання. Зокрема, В. Ісаков, позицію якого обговорює І. Веліканова, вважає, що «...у деяких випадках факт-стан – це триваюча соціальна обставина (наприклад, стан здоров'я)...» [11-а, с. 35; 7, с. 114]. Очевидно, що така обставина, незважаючи на цивільний процесуальний статус учасника цивільного процесу, буде мати значення для виникнення, зміни чи припинення цивільного процесуального правовідношення, або ж, скоріше за все, – характеру цивільного процесуального правовідношення в контексті змісту (повноти) прав і обов'язків учасників процесу тощо.

І. Веліканова, досліджуючи питання видів юридичних фактів станів, також звертає увагу на можливість їх поділу та співвідношення за суб'єктивним критерієм [7, с. 114]. Більше того, вона схиляється у своєму дослідженні до того, що за складом (структурою) юридичні факти-стани слід поділяти на прості та складні. Прості, на її думку, – це «...юридичні факти-стани, що складаються з одного факту, якого досить для настання юридичних наслідків...»; а складні, на її думку, – це «...певна сукупність елементів одного юридичного факту-стану, необхідного для настання юридичних наслідків. Вони містять декілька юридично значущих ознак. Зокрема, факт дієздатності громадянина містить у собі як суб'єктивний елемент – здатність своїми діями здобувати й реалізовувати права й виконувати обов'язки, так і об'єктивний елемент – вік...» [7, с. 117].

Також дослідниця приходить до висновку, що слід поділяти факти й стани за часовим еквівалентом, де однією з ознак юридичних фактів-станів є саме «тривалість у часі» як обставина, що може бути критерієм їх класифікації на безстрокові та строкові (строки). Отже, до безстрокових юридичних фактів-станів слід відносити ті, які породжують юридичні наслідки на невизначений строк, тобто не вказується момент, із якого вони втрачають дію (шлюб, усиновлення, громадянство, членство в релігійній організації, власність тощо); натомість ті юридичні факти-стани, у яких настання юридичних наслідків зумовлене конкретним моментом чи періодом у часі (наприклад, оренда, аліментні правовідносини, домашній арешт), дослідниця пропонує називати «строки – юридичні факти-стани» (або ж «строкові юридичні факти-стани» – *Я. М.)* [7, с. 117].

О. Явор, досліджуючи юридичні факти в сімейному праві України, характеризує факти-стани через систему таких ознак: вони є

конкретними життєвими обставинами; здатні породжувати юридичні наслідки; тривалі за часом; певний стан може відігравати роль юридичного факту неодноразово; виникають унаслідок інших юридичних фактів (дій або подій) [32, с. 17].

Вважаємо, що такі факти-стани як «за суб'єктивним складом», так і за «часовим еквівалентом (темпоральним)», мають для цивільного судочинства своєрідне правове значення, адже спроможні спричиняти відповідне процесуально-правове навантаження на правове регулювання цивільних процесуальних правовідносин. У той же час категорії «ризик» «факт-стан» можна сприймати як окреме й ціле, адже вони є парними категоріями й такими, що впливатимуть на можливість чи придатність до реалізації процесуального права чи обов'язку учасником процесу, повноважень судом.

В. Фенич та Ю. Білоусов, досліджуючи доказові презумпції в цивільному судочинстві, відмічають, що доказова діяльність підпорядковується багатьом факторам, одними із яких є доказова презумпція, що впливає на поведінку суду та сторін під час установлення обставин цивільної справи й в кінцевому підсумку – на її вирішення по суті [3, с. 3]. На їхню думку, правова презумпція являє собою припущення про існування одного юридичного факту (презумованого факту) без доведення під час доведення інших юридичних фактів (фактів-підстав дії презумпції), що перебувають в об'єктивному взаємозв'язку з фактом, який припускається [3, с. 45]. Ознаками правової презумпції, на думку вчених-дослідників, є те, що вони закріплені в нормі права; у доказовій діяльності вони застосовуються незалежно від волі та бажання учасників процесу; презюмоване значення в конструкції доказової презумпції надається юридичним фактам матеріально-правового характеру; доказові презумпції закріплюються в нормах права, які є синтезуючими за своїм характером; у той же час доказові презумпції можуть бути спростовані за своїм характером у цивільному процесі; також їх ознакою є те, що вони (доказові презумпції) використовуються в рамках юрисдикційної діяльності [3, с. 46–67].

На їхнє переконання, дуже рідко узагальнююче судження для формування презюмованого висновку проводиться з урахуванням поведінки суб'єктів як учасників процесів, а ще рідше йому надається значення презумпції [3, с. 156].

Отже, різновиди юридичних фактів зумовлюють можливу ідентифікацію факторів ризику в цивільному процесі (потенційного).

В. Ярков у дослідженні юридичних фактів у цивільному процесі слушно звертає більш предметну увагу на такі важливі деталі, якими є ті чи інші *фактори, що впливають на реалізацію норм права*. Так, учений відмічає, що можна говорити про різноманіття факторів, які можуть впливати як на діяльність окремих суб'єктів цивільно-процесуальних правовідносин загалом, так і на окремі етапи цивільного процесу – від порушення справи до реалізації судового рішення, адже процес реалізації права, на його думку, виражається в діях людини, а в поведінці адресатів норм паралельно настають наслідки від впливових факторів (економічні, політичні, організаційні, інформаційні, психологічні, моралісні пріоритети, набуті звички, стереотипи мислення, традиції поведінки в певній соціальній групі та спільності людей, в яких люди діють, професіональний і життєвий досвід, особистісні цілі, рівень правової підготовки й освіченості, власне, як і заінтересованість чи мотивація правозастосувача) [33, с. 111–112].

Цікавим є те, що В. Ярков звертає увагу на фактори, які стосуються впливу на діяльність (ефективність) судді. Такі фактори є об'єктивними. Учений відмічає, що саме по собі покладення на суддів конкретних обов'язків і представлення нових повноважень навряд чи спроможне створити відповідний процес для належного здійснення судочинства, адже подекуди достатньо просто змінити в тексті закону слова «має право» на «зобов'язаний», і виникає ймовірність того, що саме цим буде досягнутий відповідний результат. Натомість, на думку вченого, заради того, щоб уникнути відсутності результату попри змінену норму (як невдалий чинник удосконалення правового регулювання законодавцем – *Я. М.*), нову норму, як саджанець потрібно висаджувати вже в заготовлений ґрунт для її сприйняття. В іншому разі таку норму відторгає сама реальність (дійсність), що може потягнути за собою доволі розповсюджену думку про те, що закон і реальність знаходяться в різних площинах і не перетинаються між собою [33, с. 113]. Наступним фактором учений вважає психологічну неготовність багатьох суддів усвідомити себе в ролі носія судової влади [33, с. 114] тощо.

Таким чином, позицію В. Яркова можна віднести до такої, яка стосується антропологічного дискурсу (антропологічного підходу), унаслідок націленості на правову природу поведінки учасників процесу.

Отже, ураховуючи вищезазначене, ми вважаємо, що матеріальні цивілістичні факти (факти, сукупність фактів (факти-стани), правові презумпції тощо), як і процесуальні,

мають зв'язок із категорією «ризик», адже їх наявність як реальних дій чи подій може бути ознакою (ідентифікацією) ризику для виникнення небажаних правовідносин.

З'ясувавши суть семантичного значення терміна «ризик», стає очевидним і те, що ч. 4 ст. 12 ЦПК України повинна розглядатися предметно до предмета та методу, а головне – суті (ідеї) цивільного процесуального права, правового регулювання та змісту того чи іншого цивільного процесуального інституту, як і норми.

Аналізуючи ч. 4 ст. 12 ЦПК України, важливо й звернути увагу на немов застережний характер цієї норми, адже її зміст викладений законодавцем так, що динаміка правовідносин може призводити до *настання* процесуальних *наслідків* для сторін унаслідок розпорядження своїми диспозитивними правами в змагальному доказовому процесі або ж ні. Це означає, що законодавець не впевнений в обов'язковості настання наслідків, тому зміст норми має непередбачений характер, а власне – дійсно ризиковий. І таке пояснюється аксіоматично тим, що подання чи неподання доказів для суду не має наперед жодного значення (ч. 2 ст. 89 ЦПК України). У той же час доказування не може ґрунтуватися на припущеннях (ч. 5 ст. 81 ЦПК України).

Очевидним є й те, що «ризик» і «наслідки» тісно пов'язані за логікою законодавця між собою. До того ж «ризикові наслідки» поєднуються з процесуальною діяльністю сторін (їх діями), а саме предметно до вчинення чи не вчинення стороною процесуальних дій. Варто мати на увазі, що дії виражаються в певній формі – активної/пасивної поведінки, що характеризує зміст цивільного процесуального правовідношення, тобто у формі процесуального права, представленого в активній/пасивній формі, і обов'язку, представленого в активній/пасивній формі/перетерпінні.

Отже, виходячи з ч. 4 ст. 12 ЦПК України, насамперед можна констатувати, що категорія «ризик» може проявлятися в силу дій – активних чи пасивних, перетерпіння (зазнання незручностей), бездіяльності; зумовлена імперативними нормами процесуального закону та наданих диспозитивним правом і викликаних інтересом як необхідністю. Такі обставини дають можливість ідентифікувати ризик за відповідним типом класифікації. Але якщо за таких обставин ми можемо говорити про можливості настання наслідків чи їх ненастання, то очевидним є й питання про передбачуваність наслідків і непередбачуваність. І хоча сутність поняття «ризик» законодавцем не розкривається, проте його «вживлення» в цивільну процесуальну конструкцію змагальності є очевидним, доречним і прийнятним. Слідуючи логіці його закріплення в конкретному інституті, а саме змагальності (ст. 12 ЦПК України), ми можемо констатувати його дію стосовно й інших стадій і проваджень у силу того, що норма є загальною щодо більш вужчих правовідносин, які із цього приводу можуть виникати в цивільному процесі (стадіях, провадженнях, етапах тощо), у змагальному процесі, організованому між сторонами.

У той же час, на нашу думку, ідея втілення категорії «ризик» у цивільну процесуальну форму, у цивільний процес повинна осягатися та сприйматися значно ширше, ніж визначатися межами змагальності, та ще й до того ж тільки стосовно сторін як учасників справи.

Аналізуючи суть семантичного навантаження категорії «ризик» і деякі цивільні процесуальні інститути, можна угледіти зв'язок із суттю «застережливих дій», «можливих утрат», «небажаних наслідків», «можливості виникнення певної події», «настання несприятливих наслідків», «виникнення небезпек» тощо там, де й виокремлюється ідея категорії «ризик». А це означає, що процесуально-правова природа ризику є можливою для ширшого розуміння, ніж розуміння в контексті меж інституту доказування та доказів у цивільному процесуальному праві стосовно сторін.

Як думається, насамперед це пов'язано з ідеєю деяких цивільних процесуальних норм, що мають охоронний і регулятивний характер. Отже, досліджуючи категорію «ризик» відносно ідеї, суті та мети закріплення в цивільній процесуальній формі тих чи інших процесуально-правових конструкцій, інститутів, слід зупинитися детальніше на огляді концепту «ідеї права».

Так, концепція «ідеї права» (правові ідеї) у правовій доктрині, на думку С. Алєксєєва, полягає в тому, що першочергово міститься (перебуває) у правовій матерії, яка випливає із законів, судових рішень та інших юридичних реалій. Саме там, на думку вченого, безпосередньо в правовій матерії, вони немов «розчинені», «приховані» і в зв'язку із цим є невід'ємними органічними елементами матерії права. Незалежно від того, зрозумілі вони практикам чи науковцям, виокремлюються вони в якості відомих духовних, інтелектуальних начал, закріплені в текстах законів у вигляді норм-принципів. Вони є немов стрижнем юридичної конструкції, «родзинкою» норми [1, с. 217]. Тому безпроблемність правопорядку в цілому характеризується якраз тим, що «тіло» чинного права утворює не тільки самі по собі конкретизуючі юри-

дичні норми, але й лежить в основі «пронизуючої» правової ідеї [1, с. 217].

Отже, із цією позицію слід погодитися, а також важливо звернути увагу на зміст цивільних процесуальних норм, які закріплюють підстави для відводу (самовідводу) судді, секретаря судового засідання, експерта, спеціаліста, перекладача (ст. ст. 36, 37, 38 ЦПК України). Так, ч. 2 ст. 38 ЦПК України визначає, що «експерт або спеціаліст не може брати участь у розгляді справи, якщо він перебував або перебуває в службовій або іншій залежності від учасників справи; з'ясування обставин, які мають значення, виходить за межі сфери його спеціальних знань...». Отже, із двох позицій застережливості (обачності) законодавця останнім покладається вимога про певну заборону участі експерта та перекладача з метою уникнення небажаних наслідків для встановлення об'єктивності в розгляді цивільної справи, а саме для виключення будь-яких можливостей впливу на процес доказування та належність і допустимість доказів. Тому правова ідея суті норми так чи інакше зумовлена не чим іншим у процесуальному сенсі, як усуненням «ризиків» щодо небажаної поведінки таких учасників. Ризикованість пояснюється тим, що достеменно не відомо, чи дійсно є реальна можливість впливу в професійному сенсі, чи є сама «службова залежність» або ж чи немає додаткового правового механізму правообмеження експерта та спеціаліста.

За відсутності врахування концепції ризику щодо інституту відводу правовідносини з такими учасниками призводять до перетворювальних характеристик цивільного процесуального статусу спеціаліста й експерта, послаблюють і підміняють їх ідею та призначення у справі, безсторонність тощо. Це й здатне (ризикове «здатне») призвести до наслідків, які є непередбачуваними та непрогнозованими, а отже, небезпечними. Тому *категорія ризику в цивільному процесі постає як безпековий феномен*. Іншими словами, обставини, які за своєю суттю викладені у ст. ст. 36, 37, 38 ЦПК України, можна пояснити з погляду доказових презумпцій. Зокрема, В. Фенич і Ю. Білоусов вважають, що якщо норма закону, що регулює цивільні процесуальні правовідносини між сторонами процесу, не вимагає встановлення недобросовісного здійснення особою свого права чи нерозумної поведінки суб'єкта (а в нашому випадку навпаки – вимагає – *Я. М.*), то суд не повинен вимагати від сторони встановлення цих фактів і не повинен ставити їх в обґрунтування судового рішення, інакше це призвело б до затягування розгляду цивільної справи та створило б умови для її необґрунтованого рішення [3, с. 156]. Отже, вимога закону про підтвердження наявності чи відсутності підстав для відводу регламентується іншою нормою (ст. 220 ЦПК України «Оголошення складу суду і роз'яснення права відводу»).

Детальніше аналізуючи зміст норм ЦПК України, ми з очевидністю можемо вказати й на інші інститути, норми тощо, які містять ідею потреби в передбачуваності та спонукають до необхідності вжиття відповідних заходів, а по суті – узагальнення концепції уникнення/нівелювання процесуального ризику, як і самої категорії ризику.

Так, ч. 3 ст. 81 ЦПК України визначено, що «...у справах щодо застосування керівником або роботодавцем чи створення ним *загрози* застосування *негативних наслідків впливу* на позивача (звільнення, примушування до звільнення, притягнення до дисциплінарної відповідальності, переведення, атестація, зміна умов праці, відмова в призначенні на вищу посаду), скорочення заборгованості плати тощо» у зв'язку з виконанням ним або членом його сім'ї на порушення вимог Закону України «Про запобігання корупції» іншою особою обов'язок доказування правомірності прийняття при цьому рішень, учинення дій покладається на відповідача...» (курсив наш – *Я. М.*). Отже, як бачимо, категорія «ризик» і низка ризикових обставин, що зазначені в цій статті (тобто умов звільнення, переведення, відповідальності тощо), законодавцем ідейно визначаються як тісно пов'язані та взаємозалежні. До того ж останні визначаються як саме можливості впливу в позасудовий спосіб на особу (сторону у справі) унаслідок використання адміністративних повноважень у негативному сенсі. Безумовно, логіка таких негативних обставин указує на можливість певного впливу на хід розгляду справи (втручання у процес здійснення судочинства), а по суті – тиск. ЦК України забороняє будь-які форми фізичного чи психологічного тиску на особу як порушення абсолютного та невід'ємного немайнового права на свободу (ст. 288 ЦК України).

Наступними нормами, які закладають і висвітлюють *ідею факторів ризику в інституті доказів і доказування,* є низка таких норм: ч. 3 ст. 98 ЦПК України, у якій ідеться про те, що суд повинен ужити заходів для збереження речових доказів у незмінному стані; ч. 2 ст. 99 ЦПК України, за диспозицією якої речові докази, що є об'єктами, що вилучені із цивільного обороту (а такими є ті, які визначені Постановою Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17.06.1992 р. № 2471-XII (Додаток № 1, Додаток № 2 (Перелік видів

майна, що не може перебувати у власності громадян, громадських об'єднань, міжнародних організацій та юридичних осіб інших держав на території України; ст. 178 ЦК України)) – *Я. М.*) [17], або обмежено оборотоздатні, передаються відповідним підприємствам, установам або організаціям; суд не може повернути оригінал електронного доказу на матеріальному носії особі, якщо «... це можливо без шкоди для розгляду справи, а після набрання судовим рішенням законної сили...». Отже, в останньому випадку наявний факт-стан, який указує на презумпцію ризику втрати доказу як матеріального носія в постановленні рішення. В інших випадках також ідеться про презумпцію ймовірності настання негативних наслідків (а по суті, факторів), викликаних ризиком, що походять від властивостей об'єктів, які стали предметом доказування. У той же час «юридичні презумпції» та «факти-стани» тісно пов'язані та справляють значення факторів ризику, що вказує на утворення елемента безпеки процесуального характеру в правовому регулюванні цивільних процесуальних правовідносин.

Подібні умови закріплені й у диспозиціях інших норм, наприклад, в інституті забезпечення доказів, а саме в ч. 1 ст. 116 ЦПК України, в якій закріплене положення про те, що «...суд за заявою учасника справи або особи, яка може набути статусу позивача, має забезпечити докази, якщо *є підстави припустити*, що *засіб доказування може бути втрачений* або *збирання чи подання* відповідних доказів *стане згодом неможливим або утрудненим...*» (курсив наш – *Я. М.*). Отже, як бачимо, факторами ризику в цьому разі є певні умови (факти-стани) і припущення (презумпція).

Наступним фактором, що може впливати на процесуальну форму та є ризиковим по своїй суті або ж небажаним для реалізації судом своїх повноважень щодо відправлення правосуддя у цивільних справах, є ідея інституту «заходів процесуального примусу», адже цей інститут націлений не на «покарання», не на «штраф», як і не на «позбавлення особи права бути присутньою під час судового засідання», а націлений на те, щоб «спонукати» до виконання обов'язків, а також «...*запобігти* створенню протиправних *перешкод*...» (курсив наш – *Я. М.*) (ч. 1 ст. 143 ЦПК України). Такі умови й виділяють фактори ризику під час здійснення цивільного судочинства та реалізації прав і обов'язків учасниками процесу.

Зрештою, ідея фактора ризику відстежується з інституту забезпечення позову. *Наприклад*, ч. 2 ст. 149 ЦПК України визначає її наявність з огляду на ту обставину, що суд повинен допустити забезпечення позову, коли невжиття таких заходів може істотно ускладнити чи унеможливити виконання рішення суду, ефективний захист або поновлення порушених чи оскарження прав або інтересів позивача, за захистом яких він звернувся або має намір звернутися до суду.

На додаток до реалізації цієї статті слід додати низку інших статей, які вказують на необхідність убезпечення витоку певної інформації, що стає відомою суду в процесі розгляду й вирішення цивільної справи. Це може мати місце з огляду на принцип гласності (ст. 7 ЦПК України), ідею відкритості (закритості) інформації щодо справи (ст. 8 ЦПК України) тощо.

Із проаналізованого вище також очевидним є й те, що категорія «ризик» співвідноситься з такою категорією, як «конфлікт» (щодо правового регулювання судом цивільних процесуальних правовідносин) і «обмеження» (щодо наданих законом прав і обов'язків), адже в такому разі їх поєднання посилює ризиковий стан невизначеності, непередбачуваності під час розгляду та вирішення судом цивільної справи. Суд, замість того, щоб вирішувати справу по суті, розпорошується увагою та процесуальним інструментарієм на той сегмент, процес оцінки доказування якого втягується в русло, мало пов'язане з предметом спору. Як наслідок, розгляд цивільної справи затягується, і настає стан процесуального ускладнення розгляду справи, спричинений «процесуальними диверсіями». Тому й ризик полягає за таких обставин у тому, що очевидна певна непередбачуваність поведінки учасників конфлікту, а отже, і процесуальна форма як сталий інституційний інструментарій цивільного процесу набуватиме ознак не стільки невизначеності, скільки розширення в бік процесуальних засобів урегулювання конфлікту, а не вирішення цивільного спору по суті.

У той же час важливо звернути увагу на те, що в ч. 5 ст. 12 ЦПК України в межах змагальності законодавець покладає на суд низку доволі широких повноважень (а по суті, обов'язків), які полягають у необхідності забезпечити збереження об'єктивності та неупередженості під час реалізації сторонами принципу змагальності через *керування* ходом судового процесу; *сприяння врегулюванню спору* шляхом досягнення угоди між сторонами; *роз'яснення* в разі необхідності учасникам судового процесу їхніх процесуальних прав і обов'язків, наслідків учинення або невчинення процесуальних дій; *сприяння* учасникам судового процесу в реалізації ними прав, передбачених цим Кодексом; *за-*

побігання зловживанню учасниками судового процесу їхніми правами та вжиття заходів для виконання ними їхніх обов'язків. Звідси виникають такі елементи, як «керування», «сприяння», «роз'яснення», «запобігання», що є не тільки ознакою реалізації повноважень суду в змагальному процесі, але й заходами процесуальної діяльності суду, що повинні нівелювати процесуальний конфлікт, забезпечити стабільність і послідовність здійснення судових процедур, а по суті – забезпечити реалізацію правової безпеки в процесуальному сенсі.

Розглянутий зв'язок «ризиковості», який випливає з ідеї норми цивільного процесуального права, дає можливість зрозуміти не тільки ту обставину, що ч. 4 ст. 12 ЦПК України є єдиним локальним «вживленням» терміна «ризик» у систему цивільного процесу, але й ширше – стосовно усього змагального механізму правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин. Тому такий термін-категорія, очевидно, стосується інших інститутів цивільного процесуального права *за аналогією*. Це пояснюється тим, що на інших стадіях і провадженнях також є обставини схильності до «невизначеності», «небезпечності» тощо, адже норма цивільного процесуального права в силу такої її характеристики (функції), як «охоронна», деталізує суть ідеї «ризиковості» в ході вчинення чи не вчинення, виконання чи не виконання, реалізації чи не реалізації права чи обов'язку суб'єктами цивільного процесу, тобто стосовно правомірності їх поведінки.

Отже, категорія «ризик» характеризується відсутністю повноцінного передбачення певних правових наслідків. До того ж деякі цивільні процесуальні норми регламентують суть небажаних наслідків, а правовідносини – як ризикові, на що законодавцем виставляється, як правило, «заборона» певної поведінки. По суті, у такому разі «ризик» трансформується в категорію «загроза»,[4] що є радше юридичною закономірністю, пов'язаною з тенденціями та випадковостями.

Звісно, за таких обставин проявлення невизначеного (непрогнозованого) стану втрачається можливість чіткої процесуальної діяльності в реалізації сторонами в справі чи судом своїх прав і обов'язків, повноважень. Це й й може бути причиною конфліктів, помилок, дихотомії судової практики тощо. Так, в однотипній цивільній справі, результат якої повинен призводити до конкретних передбачених процесуально-правових наслідків (розірвання шлюбу; стягнення аліментів у конкретній сумі; реальний розподіл майна тощо), справу може бути відкладено, може бути оголошена перерва для примирення сторін, для укладення мирової угоди тощо; або ж унаслідок процесуальних дій, що блокують рух справи, унаслідок зловживань процесуальним правами виникне ймовірність затягування процесуального часу розгляду цивільної справи тощо.

Неможливо залишити без уваги положення ст. 2 Порядку здійснення контролю за дотриманням законодавства щодо конфлікту інтересів у діяльності суддів та інших представників судової системи та його врегулювання, затвердженого Радою суддів України 04.02.2016 р. № 2, де дається визначення потенційного та реального конфлікту [16]. Зокрема, під **«потенційним конфліктом інтересів»** розуміють «*...наявність у особи приватного інтересу* у сфері, в якій вона виконує свої службові чи представницькі повноваження, що *може вплинути на об'єктивність чи неупередженість прийняття нею рішень*, або *на вчинення чи невчинення дій* під час виконання зазначених повноважень...» (курсив наш – *Я. М.*). **«Реальний конфлікт інтересів»** представляється як «...суперечність між приватним інтересом особи та її службовими чи представницькими повноваженнями, що впливає на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень...» [16]. Цей Порядок визначає основні *способи та форми здійснення контролю за додержанням вимог законодавства щодо врегулювання конфлікту* інтересів *у діяльності суддів та інших представників судової системи,* зміст і порядок застосування превентивних механізмів щодо виникнення конфлікту інтересів, а також основні заходи з урегулювання конфлікту інтересів у діяльності зазначених осіб (у разі, *якщо такий конфлікт не може бути врегульований у порядку, визначеному процесуальним законом*), правила та способи усунення наслідків порушень законодавства про конфлікт інтересів (курсив наш – *Я. М.*) [16].

Звідси стає очевидною та обставина, що конфлікт заснований на певній імовірності вчинення дій (передбачуваності законодавцем певної небажаної моделі поведінки), а

[4] Термін«загроза» у тлумачному словнику подається як «...можливість або неминучість виникнення чогось небезпечного, прикрого, тяжкого для когось, чого-небудь ...», а «загрожувати» тлумачиться як «...містити, таїти в собі якусь загрозу, небезпеку для когось, чого-небудь...» [6, с.195] Як бачимо, суть «загрози» є невизначеним, потенційним станом і явищем, яке залежить від певних факторів (фактів). Тут можна говорити про певну статику станів, явищ з об'єктивного погляду, тобто такі, що існують об'єктивно. Натомість «загрожувати» є динамічною, але також нестійкою категорією, хоча визначеною одночасно.

також визначається як потенційний і реальний в активній формі поведінки та пасивній. Сам конфлікт зумовлений, на нашу думку, не чим іншим, як факторами ризику, що виникають унаслідок процесуальної діяльності чи заради реалізації службових повноважень під час здійснення судочинства. Тому це й дає підстави виокремити саме процесуальні фактори, що здатні впливати й усувати контроль суду з урегулювання процесуальних конфліктів у законний спосіб. Тому з огляду на зазначене фактори ризику також характеризуватимуться ознакою реальності (реальні фактори ризику) і потенційності (потенційні фактори ризику); а також тими ознаками, які можуть бути засновані на активних діях («активно-реальні фактори») і таких, що зумовлюються пасивним поведінковим станом, потенційним («пасивно-потенційні фактори»); ознаки, що випливають об'єктивно з колізій і прогалин цивільного процесуального законодавства.

Отже, слід задатися цілком логічним запитанням про систематизацію факторів, моментів виникнення ризику настання тих чи інших наслідків чи самого «ризикового стану» (стану невизначеності, імовірних утрат процесуального характеру чи пов'язаного з процесуальною діяльністю тощо).

Тому, на нашу думку, слід піти шляхом згрупування за певними об'єктивними та суб'єктивними критеріями, ураховуючи алгоритм «***фактор – умова – ризик*** і його ***наслідки»***.

Отже, до об'єктивних слід віднести **фактори (обставини), які ускладнюють розгляд справи з об'єктивних критеріїв** (із моменту зупинення, відкладення й оголошення перерви у справі). *Умовою* є виникнення обставин, унаслідок яких суд не спроможний вирішити справу по суті, не може рухати провадження. *Ризик* (тут і далі щодо наслідків; у контексті наслідків – *Я. М.*) полягає в дотриманні вимог процесуального закону по своєчасному й ефективному розгляду й вирішенню цивільної справи судом (ч. 1 ст. 2 ЦПК України); **наявність оціночних понять у правозастосуванні,** які містяться в процесуальній чи матеріальній нормі права (із часу, коли виникла потреба застосувати цю норму права як обов'язкове правило поведінки; сконцентрувати увагу на певному факторі). *Умовою* є виникнення особливих правовідносин, де потреба правового регулювання охоплюється одночасно й певним оціночним благом (категорія «любов» у справах про розлучення[5], *Ризик* полягає у ймовірності настання дихотомії тлумачення судом оціночного поняття, а отже, неправильного застосування норм матеріального чи процесуального права, породження неординарної судової практики; **фактори недосконалості судової (процесуальної) процедури та механізму нормативно-правового регулювання** цивільних процесуальних правовідносин; виникає з моменту виникнення правовідносин, подальше правове регулювання яких виписане неоднозначно чи наявний пробіл (прогалина) у праві. *Умовою* є прогалини законодавства. *Ризик* полягає в неможливості своєчасно захистити право, інтерес чи виконати обов'язок; а також ризик полягає в порушенні основоположних прав на судовий захист і справедливий суд (ст. 6 ЄКПЛ); ризик також полягає й у породженні неоднозначної судової практики; **фактори, які потребують відповідного тлумачення й оцінки закону, який застосовує суд КС України** (ч. 6 ст. 10 ЦПК України), – із моменту виникнення правовідносин, які потребують застосування судом закону чи іншого правового акта, щодо конституційності яких суд доходить висновку про їх невідповідність Конституції України. *Умовою* є законодавчі колізії. *Ризик* полягає в тому, що через правову невизначеність, неврегульованість невідомо, спиратиметься суд на закон чи на інший нормативно-правовий акт, що відповідає Конституції України; **фактори, що унеможливлюють здійснення судового контролю за виконанням рішення суду.** Виникають із моменту настання факту втрати контролю над забезпечуваністю та керованістю і впливом на процес виконання рішення суду. *Умовою* є помилки в судовому рішенні, наявність описок, його неповнота тощо; наявність обставин, що пов'язані з блокуванням, перешкоджанням чи зволіканням у процесі виконання рішення суду. *Ризик* полягає у втраті можливості захистити права, свободи й інтереси учасників процесу, адже захищене право вважається реалізованим у зв'язку з виконаним рішенням, а не постановленим судом (ст. 6 ЄКПЛ); **технічні фактори**, що здатні вплинути на перебіг судового процесу; *момент виникнення* може бути пов'язаний із відсутністю контролю за станом технічного приладу, на який здійснюється відео- чи звукозапис судового засідання секретарем судового засідання. *Умовою* є неналежне зберігання копій компакт-дисків,

[5] Як випливає з деяких досліджень, «...сімейно-правова оціночна категорія «любов» належить до немайнових благ, чим зводиться в ранг об'єктів сімейних правовідносин і є елементом змісту деяких сімейних прав і обов'язків; аналізуючи судову практику, принаймні в таких категоріях справ, як розірвання шлюбу, можна вказати на те, що застосування термінології «любов» правозастосовувачем хоча подекуди й використовується, проте без належного юридичного обґрунтування...». Див. [13 , с. 69, 70].

дотримання стану експлуатації комп'ютерної техніки тощо. *Ризик* полягає в утраті інформаційних даних ведення судового засідання, розгляду справи; **атрибутивно-семіотичні фактори[6], які пов'язані з атрибутикою ідентифікації судової влади, особливостей здійснення судочинства й ідентифікації соціального статусу учасника процесу** (одного зі сторін, свідків і т. д.) тощо. Отже, ідеться про певні семіотичні знаки (символічне мовлення, геральдика тощо) – *момент виникнення* нечіткості або відсутності знаків і атрибутів судової влади, коли неможливо розпізнати, де в судовому засіданні суддя, прокурор (без мантії, без форми); відсутність у залі державних символів (прапор, герб), позначок для учасників справи про те, що сторони чи інші учасники є глухонімими, тощо. *Умовою* є відсутність передбачених законом та іншими нормативно-правовими актами атрибутики для здійснення судової влади чи вчасної ідентифікації учасників процесу про їх соціальний статус. *Ризик* полягає в тому, що суд, виявивши під час розгляду справи учасника процесу з особливим статусом, може бути змушений витрачати зайвий процесуальний час та інструментарій на відкладення справи, оголошення перерви задля залучення перекладача, вручення відповідних документів; а для учасників справи, коли відсутні атрибутивно-семіотичні елементи суду, може виникати сумнів щодо неупередженості, об'єктивності тощо. Для суду відсутність атрибутивно-семіотичних умов є ризиком відсутності належної поваги до суду з боку учасників справи, адже виникатиме ілюзія не суду, а зборів з урегулювання конфлікту, що послаблюватиме належне ставлення до суду як до судової влади.

До суб'єктивних факторів належать такі: **фактори, пов'язані з поведінкою учасників справи** (як правило, об'єктивно-протиправною, правопорушеннями чи зловживанням правом), – із моменту настання фактичного складу чи факту – посилення конфлікту (спору, суперечки тощо); **фактори, поєднані зі станом здоров'я сторони (учасника) у справі;** із моменту настання факту появи хворого під час розгляду справи процес розвитку хвороби чи поведінку внаслідок хвороби передбачити неможливо, або ж навпаки, імовірно спрогнозувати в певному сенсі. *Умовою* є наявність хвороби й участь у судовому засіданні. *Ризик* полягає в можливості зараження інших учасників справи, ускладненні розгляду справи, установленні неточних даних або неможливості з'ясування обставин справи, погіршення стану здоров'я хворого тощо; **поведінка судді, учасників справи, представників, що виражається в нездатності їх до активних дій щодо впливу на правопорядок, змагальний процес під час розгляду й вирішення цивільної справи**; із моменту появи такої поведінки чи відсутності вчинення в момент потреби. *Умовою* є протиправна бездіяльність або зловживання правом. *Наслідки* – затягування процесу розгляду справи, порушення прав, свобод та інтересів учасників справи; **інформаційні фактори**; *момент виникнення* полягає в отриманні (неотриманні)/поширенні інформації, що становить суть закритого судового засідання. *Умовою* є службова недбалість, що виражається у відсутності оцінки потреби забезпечити закритий розгляд справи, або ж розголошення учасниками справи. *Ризик* полягає в можливості завдання шкоди майновим і немайновим правам, свободам та інтересам (честі, гідності, діловій репутації; секретним даним) тощо.

Для ***системи*** цивільного судочинства та цивільної процесуальної ***форми характерною є низка*** таких ***ознак (рис) ризику в цивільному процесі:*** нестабільність цивільної процесуальної форми; деструктивна поведінка учасників цивільного процесу (зловживання правом, обов'язками); непередбачуваність судової процедури (у випадках із медіацією; укладенням мирової угоди); деякі категорії справ (груповий позов; категорія справ про відібрання дитини; усиновлення; справи про поміщення особи до протитуберкульозного закладу, психіатричного закладу тощо); застосування заходів забезпечення доказів (їх утрата чи пошкодження; передчасний витік інформації про арешт майна, про заборону вчинення певних дій тощо.

Для забезпечення ***реалізації судом*** **своїх** ***повноважень*** *ознаки ризику можуть характеризуватися* розглядом справи поза межами зали судового засідання, у рамках виїзного судового засідання, адже забезпечити контроль у процесуальний спосіб у нетипових умовах суду буде складно (відсутність зв'язку з інформаційними системами; відсутність належних засобів реагування на процесуальні правопорушення; витік інформації, що здо-

[6] Роль семіотики в праві привернула нещодавно увагу вчених. Дослідники відмічають, що під семіотикою слід розуміти категорію загальної теорії права, яка випливає з теорії мови та теорії мислення, що відображає типологію правового розуміння, як і рівень правової культури конкретного суспільства (засновану на науці про різні знаки й системи знаків (мовні й немовні), що їх використовують у людському суспільстві для передачі інформації). Натомість, на жаль, стосовно цивільного процесуального права такі категорії вченими не досліджуються, проте вони є очевидними й випливають із практичного сенсу. Проте відсутність семіотичних умов може вказувати на фактор ризику.

бута в закритому судовому засіданні; тощо); відсутність долання шуму в судовому засіданні (акції протесту під стінами суду; кількість присутніх у залі судового засідання) тощо.

Для **забезпечення захисту й охорони прав**, *свобод та інтересів* ***учасників справи*** *є такі ознаки ризику в цивільному процесі*: технологія (методика й тактика) відібрання пояснень між сторонами; технологія (методика й тактика) допуску й участі у справі осіб, яким надані права захищати права та свободи інших осіб у справі; технологія (методика і тактика) допиту свідків; відібрання в них пояснень тощо.

Для ***забезпечення захисту й охорони*** прав, свобод та інтересів ***осіб, які не є учасниками справи, але долучені до її розгляду чи присутні в залі судового засідання,*** *є такі ознаки ризику в цивільному процесі*: нівелювання (незабезпечення) гарантій на охорону прав у суді шляхом перевантаження судового засідання присутніми в залі судового засідання під час розгляду справи; відсутність належних механізмів доступу до суду людей із особливими потребами (інвалідів); відсутність семіотичних знаків (про заборону користування мобільним телефоном тощо); не ознайомлення з правилами присутності в залі судового засідання тощо.

У той же час на підставі викладеного можна **класифікувати ризики в цивільному процесі за такими критеріями:** ***за характером складності:*** на типові та нетипові; локальні й асиметричні (поєднані у два чи більше критеріїв невизначеності – «стадії – благо – механізм правового регулювання»; «провадження – стадія»; «норма – наявність права – конфлікт» тощо); ***за типом ускладнення розгляду справи:*** відкладення справи, перерва у справі на невизначений строк, зупинення справи, закриття справи без оголошення рішення; ***за типом нестабільності процесуально-правової ситуації:*** відносно ризикові й асиметричні (небезпечні); ***за впливом на процесуальну форму*** як процедуру – відносно прогнозовані та непрогнозовані; ***за ступенем нівелювання контролю режиму правового регулювання:*** контрольовані та неконтрольовані; ***за зв'язком з учасниками справи та впливу на їх поведінку*** (ті, які в зоні впливу, й ті, які поза зоною впливу (при заочному розгляді справи; розшук відповідача; неявка у судове засідання)); ***за критерієм передбачуваності судом розвитку ризику*** – ті, які піддаються процесуальній оцінці та прогнозуванню, і ті, які не піддаються; ***за критерієм перманентності конфлікту між сторонами (стадійністю):*** зростаючий, триваючий, такий, що йде на спад (нівелюючий); ***за критерієм місця поширення конфлікту:*** судове засідання, поза межами судового засідання тощо.

Висновки

На підставі викладеного можна дійти висновку, що під поняттям ***«цивільний процесуальний ризик»*** слід розуміти наявність факторів (обставин, умов, процесів і станів), які зумовлюються проявом правової невизначеності процесуальної форми в змагальному доказовому й інших процесах юрисдикційної форми, юридичними колізіями цивільної процесуальної системи, неповнотою процесуально-правового регулювання, відсутністю передбачуваності правомірної поведінки учасників справи та виконуваності рішення суду, тому всі такі фактори здатні призводити до несприятливих наслідків, що виражаються в різного роду процесуальних ускладненнях розгляду справи, блокуванні реалізації цивільних процесуальних прав і обов'язків учасниками справи або ж виражаються в закладенні фундаменту для формування небезпечних тенденцій у ході розгляду й вирішення цивільної справи щодо затягування строків розгляду справи, прояву процесуальних диверсій, формування дихотомічної судової практики, послаблення дії цивільної процесуальної форми в цілому або ж нівелюванні процесуального режиму здійснення судом правосуддя в цивільних справах.

Такі фактори можуть мати характер юридично закономірних чи навпаки, випливати із системи юридичних (процесуальних) фактів, тенденцій і випадковостей. Отже, юридичні ризики в цивільному процесі є тими факторами та юридичними закономірностями, поява яких можлива унаслідок взаємодії об'єктивних і суб'єктивних факторів. Проте й ті, й інші характеризуються юридичною (процесуальною) умовністю, а подекуди – невизначеністю, що виявляє суть ризикового характеру. Самі ж фактори ризику можуть характеризуватися не інтелігібельним станом, що вказує на межу між імовірно (потенційно) визначеними факторами та реально визначеними (передбачуваними) тощо.

Через те, що цивільні процесуальні правовідносини можуть виражатися в широкому та вузькому розумінні, ризики в цивільному судочинстві також можуть засновуватися на широкому та вузькому підході до розуміння. Зокрема, у *широкому* розумінні вони можуть сприйматися як певні умови, які можуть впливати на якість процесуальної форми захисту цивільних прав, її ефективність, або ж стан режиму здійснення цивільного судочинства під час реалізації судом своїх повноважень; на ефективність цивільної процесуальної форми; на систему цивільного судочинства чи то довіри до суду. У *вузько-*

му значенні ризики можуть виявлятися в несприятливих факторах реалізації правовідносин із доказування стосовно розгляду судом позовних вимог, окремих клопотань і подачі заяв, учиненням чи не вчиненням процесуально значимої поведінки тощо.

Цивільний процесуальний ризик може бути чи, як правило, є підставою для обмеження реалізації учасниками справи своїх прав і обов'язків унаслідок обмеження судових гарантів, які є не обов'язковими (за С. Головатим).

Моментом виникнення факторів ризику в цивільному процесі є наявність або сукупність юридичних фактів, фактичних станів (дій чи подій, які можуть вплинути на цивільну процесуальну форму, дестабілізуючи її, або ж на поведінку учасників процесу, посилюючи конфлікт (цивільно-правовий спір у широкому розумінні або ж унаслідок протиправної поведінки чи аномалій або дефектів цивільної процесуальної форми, здатні нівелювати сенс судочинства чи проведеної судом, учасником справи процесуальної дії або наявність презумпцій у процесуальній нормі.

Роль ризику в цивільному процесі дає можливість у своїй гносеологічній інтерпретації можливість передбачення та прогнозування початку та кінця правовідносин, їх якості й ефективності в правотворчому та правореалізаційному процесах під час розгляду й вирішення цивільної справи судом, а тому стає очевидним елементом безпеки в процесуальному значенні.

Список використаних джерел:

1. Алексеев С. Собрание починений. В 10 т.[+ Справочный том]. Том 6: Восхождение к праву. М.: Статут, 2010. 558 с.

2. Аномалії в цивільному праві України: навч.-практ.посібник / за заг.ред. Р. Майданика. К.: Юстініан, 2010. 1008 с.

3. Білоусов Ю., Фенич В. Доказові презумпції у цивільному судочинстві: монографія. Х.: Харків юридичний, 2012. 280 с.

4. Быков А., Порфирьев Б. Об анализе риска, концепциях и классификации рисков. URL: http://www.dex.ru/riskjournal/2006/2006_3_4/319-337.pdf.

5. Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Х.: Право, 2016. Т.3: Загальна теорія права / редкол.: О. Петришин (голова) та ін.; Нац. акад.прав.наук України; Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. 2017. 952 с.

6. Великий тлумачний словник української мови / упоряд. Т. Ковальова. Харків; Фоліо, 2005. 767 с.

7. Веліканова І. Види юридичних фактів-станів. Підприємництво, господарство і право. № 1. 2018. С. 114–118.

8. Головатий С. Про людські права. Лекції. К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2016. i-xxiv, 760 с.

9. Дворецкий И. Латино-русский словарь. Около 50 000 слов. изд. 2-е, перераб. и доп. М., «Русский язык», 1976.1096 с.

10. Глущенко В. Управление рисками. Страхование. Железнодорожный, МО.: ООО НПЦ Крылья, 1999. 336 с.

11. Гражданский процесс. Учебник. Издание третье, переработанное и дополненное / под ред В. Мусина, Н. Чечиной, Д. Чечота. М., ПБОЮЛ Гриженко, 2001. 544 с.

11-а. Исаков В. Юридические факты в советском праве. Москва: Юрид. лит., 1984. 144 с.

12. Матвєєв П., Бірюков В. Цивільне право (в схемах): навч. посіб. К.: Алерта, 256 с.

13. Мельник Я., Мельник Ю., Мельник М. Дефініційні особливості оціночної категорії «любов» та її місце в системі сімейного права. Jurnalul juridic national: teorie şi practică. № 4 (14). 2015. С. 66–71.

14. Мінченко О. Роль семіотики в процесах утворення та реалізації права. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. № 3. 2018. С. 32–35.

14-а. Національна безпека держави. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Національна_безпека_України.

15. Павлишин О. Правова реальність як знакова система. Монографія: Харків. 2017. 336 с.

16. Порядок здійснення контролю за дотриманням законодавства щодо конфлікту інтересів в діяльності суддів та інших представників судової системи та його врегулювання: Рішення Ради суддів України від 04.02.2016 р. № 2. URL: https://court.gov.ua/userfiles/k_i.pdf.

17. Про право власності на окремі види майна: Постанова Верховної Ради України від 17.06.1992 р. № 2471-XII. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2471-12.

18. Про затвердження Правил Національної системи масових електронних платежів: Постанова Національного банку № 93 від 21.09.2017 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0025-05.

19. Про національну безпеку України: Закон України від 21.06.2018 р. № 2469-VIII. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19#n355.

20. Про основи національної безпеки України: Закон України від 19.06.2003 р. № 964-IV. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/964-15.

21. Про затвердження Правил Національної системи масових електронних платежів: Постанова Національного банку № 93 від 21.09.2017 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0025-05.

22. Мельник М., Мельник Я., Ясинок М. Особливості дії цивільних процесуальних обов'язків в Цивільному процесуальному праві України: монографія. К.: Алерта, 2014. 336 с.

23. Риск. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A0%D0%B8%D1%81%D0%BA.

24. Словник термінів з кібербезпеки / За заг .ред. О. Копана, Є. Скулиша. К.: ВБ «Авантпост-Прим». 2012. 214 с.

25. Філософський енциклопедичний словник / В. Шинкарук та ін.; НАНУ, Ін-т філософії ім. Г.С. Сковороди. К.: Абрис, 2002. 742 с.

26. Цивільне процесуальне право України: підручник / М. Ясинок, М. Курило, О. Кіріяк, О. Кармаза, С. Запара та ін.; за заг. ред. д. ю. н., професора М. Ясинка. К.: Алерта, 2016. 576 с.

27. Цивільний процесуальний кодекс України: Верховна Рада України; Кодекс України, Кодекс, Закон в редакції від 24.02.2018 р. № 1618-15. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15.

28. Цивільний процесуальний кодекс України: Верховна Рада України; Кодекс України, Кодекс, Закон від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1501-06.

29. Чорнооченко С. Цивільний процес: вид 2-ге, перероб. та доп.: навчальний посібник. Київ: Центр навчальної літератури, 2005. 472 с.

30. Андрушко А., Білоусов Ю., Стефанчук Р., Угриновська О. та ін. Цивільний процес: навч. посіб. / за ред. Ю. Білоусова. К.: Прецедент, 2006. 293 с.

31. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К.: «Укр. енцикл.», 1998 . Т.: П – С. 2003. 736 с.

32. Явор О. Юридичні факти в сімейному праві України: автореферат дис. на здоб. наук. ступ. докт. юрид. наук: 12.00.03; Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. К., 2018. 32 с.

33. Ярков В. Юридические факты в цивилистическом процессе. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 608 с.

Статья посвящена исследованию категории «риск» в гражданском процессе. В ходе исследования приводится ее широкое и узкое значение, ее особое место в системе гражданского процессуального права. Обосновываются факторы риска, классификационные признаки, их особенности и правовая природа. Приводится классификация рисков в гражданском процессе по различным критериям. Приводится тесная связь категории «риск» с феноменом безопасности.

Ключевые слова: риск, классификация риска, гражданский процесс, состязательность, безопасность, осложнения гражданского процесса, конфликт в гражданском процессе.

The article is devoted to the study of the category of risk in the civil process. In the course of the study, its wide and narrow significance, which occupies a special place in the system of civil procedural law, has its widespread significance. The factors of risk, classification marks, their features and legal nature are grounded. The classification of risks in the civil process according to different criteria is given. There is a close relationship between the risk category and the security phenomenon.

Key words: risk, risk classification, civil process, competition, security, complication of the civil process, conflict in the civil process.

УДК 347.764 (440)

Надія Міловська,
канд. юрид. наук, доцент,
науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і
підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ОСОБИСТОГО СТРАХУВАННЯ

У науковій статті на основі аналізу наукових поглядів і норм чинного законодавства України, які регулюють договірні зобов'язання у сфері страхування, визначено поняття, правову природу договору особистого страхування, його види та місце в системі цивільно-правових договорів. Здійснено правову характеристику суб'єктного складу договірних зобов'язань з особистого страхування, а також сформульовано наукові висновки й пропозиції щодо вдосконалення законодавчого врегулювання відносин за договором особистого страхування.

Ключові слова: договір особистого страхування, правова природа договору, страховик, страхувальник, страховий інтерес, предмет договору, страховий ризик.

Постановка проблеми. Важливим інструментом забезпечення реалізації прав та інтересів фізичних осіб у разі понесення ними непередбачуваних втрат унаслідок настання несприятливих подій, пов'язаних із їхнім життям, здоров'ям і працездатністю, є особисте страхування, яке, як зазначає Т. Блащук, є доповненням інституту соціального страхування й інституту делікту [1, с. 3]. Дійсно, нині в межах державного соціального страхування й забезпечення виплачується допомога, розмір якої не покриває повністю потреби фізичних осіб, що створює об'єктивні умови для організації додаткового страхового захисту. Не забезпечує повне та своєчасне відшкодування шкоди, пов'язаної з утратою здоров'я чи працездатності фізичних осіб, і інститут деліктної відповідальності, положення якого можуть бути застосовані лише за певних умов (за наявності в заподіювача шкоди коштів для її відшкодування тощо). У зв'язку із цим саме за допомогою особистого страхування в договірному порядку передбачається можливість здійснення страховиком страхової виплати страхувальнику в разі настання страхового випадку, пов'язаного із заподіянням шкоди життю та здоров'ю фізичної особи, або настанням певної події, обумовленої договором.

Нині в науці цивільного права питання договірних відносин у сфері особистого страхування досліджені в недостатній мірі. Частково договір особистого страхування розглядався лише в рамках дослідження загального інституту страхування в працях Є. Білоусова, В. Богдан, Н. Горбань, В. Луця, Н. Пацурії, Н. Федорченко, В. Янишена й інших. Спеціальні дослідження, присвячені безпосередньо договору особистого страхування, були здійснені на рівні дисертаційних досліджень Н. Лещенко ще в 1953 р. і Т. Блащук – у 2003 р. У зв'язку із цим подальше наукове опрацювання загальнотеоретичних проблем договірних відносин особистого страхування є необхідною умовою вдосконалення їх правового регулювання.

Метою статті є визначення поняття, правової природи договору особистого страхування, його видів і місця в системі цивільно-правових договорів.

Виклад основного матеріалу. Як випливає зі змісту ст. 980 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [2] і ст. 4 Закону України «Про страхування» [3], особисте страхування являє собою страхування майнових інтересів, що не суперечать законодавству України й пов'язані із життям, здоров'ям, працездатністю та додатковим пенсійним забезпеченням страхувальника або застрахованої особи.

Процес надання страхових послуг у сфері особистого страхування оформлюється відповідними договорами особистого страхування. Договір страхування особи – це договір, за яким одна сторона (страхувальник) передає за плату й на певний строк іншій особі (страховику) ризик матеріальних утрат, пов'язаних з обставинами, що можуть статися в житті страхувальника чи іншої особи (застрахованого) і пов'язані з їхнім життям, здоров'ям і працездатністю, а страховик зобов'язується сплатити страхувальнику страхову суму в разі настання передбачених договором обставин [1, с. 7].

© Н. Міловська, 2018

Характерною особливістю договору особистого страхування є віднесення його до групи договорів про надання послуг, що зумовлено притаманною йому специфікою предмета й об'єкта, характером зустрічного надання й визначеного статусу страховика – послугонадавача. Так, предметом договору особистого страхування є надання страховиком страхової послуги страхувальникові щодо захисту його майнових інтересів шляхом здійснення страхової виплати в разі настання певної події (страхового випадку), пов'язаної із життям, здоров'ям, працездатністю чи додатковим пенсійним забезпеченням страхувальника чи застрахованої особи.

Укладення договорів особистого страхування з метою надання страхових послуг становить безпосередньо предмет діяльності спеціально вповноважених учасників цивільних відносин – страхових організацій (страховиків), серед яких виділяють страхові організації, які здійснюють страхування життя, і страхові організації, які здійснюють загальне страхування. Варто зазначити, що такий поділ страхових організацій відповідає міжнародному досвіду й свідчить про їх чітку спеціалізацію з виділенням страховиків «Life assurance» і «Non-life» або «General insurance» [4, с. 30–31]. У будь-якому разі страхування має здійснюватися виключно фінансовими установами, передбаченими ст. 2 Закону України «Про страхування», які отримали ліцензію на право здійснення страхової діяльності.

Замовником страхової послуги (страхувальником) за договором особистого страхування може бути будь-яка дієздатна фізична чи юридична особа. Однак якщо страхувальником за договором особистого страхування виступає юридична особа, то застрахований інтерес у цьому разі повинен бути пов'язаний із конкретною фізичною особою.

Крім цього, договір особистого страхування може бути укладений на користь третьої особи, визначеної страхувальником, для одержання страхової виплати в разі досягнення нею певного віку чи настання іншого страхового випадку (ст. 985 ЦК України). Відповідно до ст. 3 Закону України «Про страхування» страхувальники можуть укладати зі страховиками договори про страхування третіх осіб (застрахованих) і призначати громадян або юридичних осіб для одержання страхових сум або страхового відшкодування (вигодонабувачів), а також змінювати їх до настання страхового випадку.

У разі смерті застрахованої особи за відсутності вказівки в договорі на іншого вигодонабувача вигодонабувачами визнаються спадкоємці застрахованої особи. Так, відповідно до ст. 994 ЦК України, у разі смерті страхувальника, який уклав договір особистого страхування на користь третіх осіб, його права й обов'язки можуть перейти як до цих осіб, так і до осіб, на яких відповідно до чинного законодавства покладені обов'язки щодо охорони прав і законних інтересів застрахованих осіб.

Об'єктом особистого страхування є страховий інтерес конкретної особи, який полягає в її прагненні одержати майнове забезпечення, пов'язане із життям (точніше, зі смертю, тобто втратою годувальника чи зумовленими смертю витратами на поховання померлого), утратою здоров'я, утратою працездатності, виходом на пенсію (у результаті настання непрацездатності за віком або за станом здоров'я). Особисті немайнові блага, які виступають об'єктом страхування, не мають вартісної оцінки, оскільки стосуються безпосередньо фізичної особи, а не її майна. Тому вважається, що за договором особистого страхування в разі настання страхового випадку не відбувається компенсація матеріальної шкоди (збитків), а мають місце виплати страховика на користь страхувальника чи його родини, які мають характер фінансової допомоги [5, с. 78].

На відміну від майнового страхування, у якому страховик відшкодовує завдані збитки, тобто розмір виплати визначається на момент настання страхового випадку, в особистому страхуванні, як зазначає Ю. Фогельсон, навпаки, розмір виплати ніяк не залежить від збитків, завданих страховим випадком, він визначається безпосередньо під час укладення договору страхування й дорівнює страховій сумі [6, с. 53]. При цьому страхова сума може визначати одноразовий розмір виплати, а може встановлювати розмір суми, що підлягає періодичній виплаті.

Н. Горбань указує на те, що для людини збереження життя й здоров'я тісно пов'язане з наявністю певних майнових інтересів [7, с. 151]. Страхування майна, як зазначають Л. Клоченко й К. Пилов, завжди ґрунтується на наявності збитків, тоді як страхування особи – тільки на можливості таких збитків [8, с. 43]. В особистому страхуванні збитки в принципі існують, але підрахувати їх практично неможливо, тому законодавець допускає при особистому страхуванні виплату заздалегідь узгодженої суми без доведення факту заподіяння збитків та їх розрахунку [9, с. 46], оскільки наслідки порушення особистого немайнового блага можуть бути як майновими, так і немайновими [10, с. 94].

Таким чином, особисте страхування ототожнюється не зі страхуванням збитків, а зі страхуванням сум. Однак в особистому стра-

хуванні виняток із цього правила становить, зокрема, медичне страхування. По-перше, медичне страхування є особистим за класифікацією ст. 6 Закону України «Про страхування». По-друге, медичне страхування може мати місце на випадок хвороби, тобто заподіяння шкоди здоров'ю, і тому є особистим в силу п. 1 ст. 980 ЦК України. Проте, незважаючи на все це, у медичному страхуванні відшкодовуються витрати на лікування, тобто прямі збитки, спричинені хворобою. Іншими словами, медичне страхування є прикладом особистого страхування, при якому страховий захист надається шляхом відшкодування збитків.

Оскільки при особистому страхуванні виконання страхового зобов'язання пов'язане з особистістю чи з обставинами життя застрахованої особи, то ступінь і умови виконання цього зобов'язання в окремих видах особистого страхування залежать від віку, стану здоров'я, професії застрахованої особи, а також від обставин її життя.

Як зазначають Т. Говорушко та В. Стецюк, у складі особистого страхування функціонує три підгалузі: страхування життя, страхування від нещасних випадків і медичне страхування. Таким розподілом автори вказують на те, що особисте страхування здійснюється лише на випадок смерті страхувальника чи застрахованої особи, тимчасової чи постійної втрати ними працездатності, покриття витрат на медичне лікування [4, с. 96]. Проте слід зазначити, що цими випадками призначення особистого страхування не обмежується, оскільки в його складі є й види, які дозволяють накопичити необхідні суми до узгодженого в договорі страхування моменту шляхом сплати регулярних внесків (договір страхування додаткового пенсійного забезпечення). Отже, за допомогою особистого страхування можуть бути реалізовані й накопичувальні інтереси фізичних осіб.

За договором накопичувального страхування страхувальник протягом тривалого періоду регулярно сплачує страховику визначені договором суми (накопичує страхові резерви для виплат), а страховик приймає на себе зобов'язання після досягнення застрахованою особою визначеного в договорі віку здійснювати їй регулярні виплати, як правило, із нарахуванням на накопичену суму обумовлених договором відсотків. Усі інші види договорів особистого страхування, як зазначає Ю. Фогельсон, називаються ризиковими [6, с. 58]. На наявність ризикових і не ризикових видів договору особистого страхування вказує й Т. Блащук [1, с. 5]. Однак, на нашу думку, говорити про відсутність ризикового характеру в договорах накопичувального страхування не можна, оскільки наявність страхового ризику є тією необхідною ознакою страхових відносин, без якої страхування за своєю природою взагалі неможливе.

Страховий ризик у договорах накопичувального страхування для страхувальника полягає в можливості настання смерті застрахованої особи до закінчення строку дії договору страхування чи до визначеної в договорі страхування події, наприклад, до досягнення особою обумовленого договором віку. У цьому разі, як правило, виплачується сума, яка значно відрізняється від накопиченої. Для страховика страховий ризик полягає в невизначеності строку, протягом якого він буде здійснювати страхові виплати.

Таким чином, особисте страхування як вид страхування, на відміну від майнового страхування та страхування цивільної відповідальності, являє собою поєднання ризикових і накопичувальних інтересів учасників відповідних страхових відносин.

Договір особистого страхування є безпосередньою підставою для виникнення зобов'язань як із добровільного, так і обов'язкового страхування. Отже, залежно від конкретної форми страхування (ст. 5 Закону України «Про страхування») розрізняють договори добровільного особистого страхування та договори обов'язкового особистого страхування.

Якщо надання страховиком страхової послуги щодо захисту майнових інтересів фізичних осіб і передання страхувальником на страхування відповідних об'єктів здійснюється на умовах, що визначені законом за рахунок держави, то в такому разі, як зазначає Т. Блащук, має місце державне обов'язкове особисте страхування, якщо ж надання страховиком страхової послуги здійснюється на умовах, що визначені договором за рахунок зацікавлених осіб, то має місце обов'язкове особисте страхування. При цьому той факт, що закон є визначальним чинником у процесі виникнення правовідносин у сфері обов'язкового особистого страхування, не може тлумачитись як аргумент проти їх цивільно-правового характеру, адже спори, що виникають між учасниками таких відносин, розглядаються судом як спори про право цивільне [1, с. 6].

Під час укладання договору особистого страхування між страхувальником і страховиком має бути досягнуто згоди щодо всіх його істотних умов, визначених ст. 982 ЦК України, а саме: предмета договору страхування, страхового випадку, розміру грошової суми, у межах якої страховик зобов'язаний здійснити виплату в разі настання страхового випадку (страхову суму), розміру

страхового платежу й строків його сплати, строку договору й інших умов, визначених актами цивільного законодавства.

Договір особистого страхування регулюється ЦК України та Законом України «Про страхування» без виділення окремих його видів. Водночас, виходячи зі змісту ст. 980 ЦК України та ст. 6 Закону України «Про страхування», видами добровільного особистого страхування є страхування життя; страхування здоров'я на випадок хвороби; безперервне страхування здоров'я; страхування від нещасних випадків; медичне страхування (страхування медичних витрат); страхування додаткового пенсійного забезпечення. Видами обов'язкового особистого страхування, відповідно до ст. 7 Закону України «Про страхування», є медичне страхування; особисте страхування медичних і фармацевтичних працівників (крім тих, які працюють в установах і організаціях, що фінансуються з Державного бюджету України) на випадок інфікування вірусом імунодефіциту людини під час виконання ними службових обов'язків; особисте страхування працівників відомчої (крім тих, які працюють в установах і організаціях, що фінансуються з Державного бюджету України) і сільської пожежної охорони і членів добровільних пожежних дружин (команд); страхування спортсменів вищих категорій; страхування життя й здоров'я спеціалістів ветеринарної медицини; особисте страхування від нещасних випадків на транспорті; страхування працівників (крім тих, які працюють в установах і організаціях, що фінансуються з Державного бюджету України), які беруть участь у наданні психіатричної допомоги та здійснюють догляд за особами, які страждають на психічні розлади; страхування життя й здоров'я тимчасового адміністратора, ліквідатора фінансової установи та працівників центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну фінансову політику, які визначені ним для вирішення питань щодо участі держави в капіталізації банку; страхування медичних та інших працівників державних і комунальних закладів охорони здоров'я та державних наукових установ (крім тих, які працюють в установах і організаціях, що фінансуються з Державного бюджету України) на випадок захворювання на інфекційні хвороби, пов'язаного з виконанням ними професійних обов'язків в умовах підвищеного ризику зараження збудниками інфекційних хвороб.

Таким чином, як випливає з вищенаведеного, страховими ризиками в договорі особистого страхування, на випадок настання яких здійснюється страхування, може бути передбачена смерть страхувальника (застрахованої особи), тимчасова втрата працездатності, постійна втрата працездатності, закінчення трудової діяльності у зв'язку з виходом на пенсію за віком, дожиття страхувальника до закінчення строку дії договору страхування чи до визначеного віку.

Водночас, як зазначають Л. Горбач і О. Каун, у тих чи інших видах особистого страхування за сукупністю однорідних страхових ризиків можна виділити й підвиди. Так, у страхуванні життя його підвидами є такі: а) страхування на випадок смерті, що гарантує виплату страхової суми вигодонабувачу відразу після смерті страхувальника (як правило, включається в договір разом з іншими страховими ризиками); б) страхування на дожиття застрахованої особи до певного моменту (до закінчення строку договору страхування, досягнення певного віку чи настання іншої події, передбаченої договором); в) страхування дітей, яке забезпечує інтереси дитини (застрахованої особи), на користь якої укладений договір страхування, у випадку смерті страхувальника; г) пенсійне страхування, яке здійснюється для забезпечення осіб, що виходять на пенсію, додатковим доходом. У страхуванні здоров'я його підвидами є страхування від нещасних випадків, хвороб, медичне страхування [11, с. 312].

Крім цього, на практиці набуло поширення поєднання в одному договорі особистого страхування декількох видів страхових ризиків. Так, за договором страхування від нещасних випадків і хвороб страховик, як правило, надає страховий захист і на випадок смерті застрахованої особи. У договорі змішаного страхування життя страховиком надається страховий захист інтересів на випадок смерті, страхування на дожиття до певного моменту та страхування від нещасних випадків і хвороб.

Висновки

Отже, за договором особистого страхування одна сторона (страховик) зобов'язується за обумовлену договором плату (страхову премію), що сплачується іншою стороною (страхувальником), виплатити одноразово чи виплачувати періодично обумовлену договором суму (страхову суму) у разі заподіяння шкоди життю чи здоров'ю самого страхувальника (застрахованої особи), досягнення ним певного віку або настання в його житті іншої передбаченої договором події (страхового випадку).

Характерними ознаками договору особистого страхування, які дозволяють відмежувати його від договору майнового

страхування та договору страхування відповідальності, є такі: а) самостійний характер у системі договірних зобов'язань із надання страхових послуг; б) об'єктом особистого страхування є страховий інтерес страхувальника (застрахованої особи), пов'язаний із особистими немайновими благами (життям, здоров'ям, працездатністю, додатковим пенсійним забезпеченням), які не мають вартісної оцінки, оскільки стосуються безпосередньо фізичної особи; в) розмір страхової виплати не залежить від збитків, завданих страховим випадком, він визначається безпосередньо під час укладення договору страхування й дорівнює страховій сумі; г) страхові виплати за договором особистого страхування можуть здійснюватися в розмірі страхової суми або у вигляді регулярних, послідовних виплат обумовлених у договорі страхування сум (ануїтету); ґ) договір особистого страхування є поєднанням ризикових і накопичувальних інтересів страхувальника (застрахованої особи); д) страховими ризиками в договорі особистого страхування можуть бути події, що становлять небезпеку для страхувальника (застрахованої особи) (захворювання; події, що позбавлені властивості бути небезпечними для інтересів страхувальника (застрахованої особи), наприклад дожиття до певного віку; події, що є бажаними, наприклад досягнення повноліття); е) договір особистого страхування вважається укладеним страхувальником на користь застрахованої особи (зокрема самого страхувальника), якщо в договорі не названо в якості вигодонабувача іншу особу.

Список використаних джерел:

1. Блащук Т. Цивільно-правове регулювання особистого страхування: автореф. дис. ... к. ю. н.: 12.00.03. К., 2003. 13 с.
2. Цивільний кодекс України: прийнятий 16 січня 2003 р. К.: Істина, 2003. 368 с.
3. Закон України «Про страхування» від 7 березня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 18. Ст. 78.
4. Говорушко Т., Стецюк В. Страхування: навч. посіб. / за ред. Т. Говорушко. К.: Львів: «Магнолія 2006», 2014. 328 с.
5. Клоченко Л. Классификация в страховании: решены далеко не все правовые проблемы. Юридическая и правовая работа в страховании. 2006. № 2.
6. Фогельсон Ю. Страховое право: теоретические основы и практика применения: монография. М.: Норма: ИНФРА М, 2012. 576 с.
7. Горбань Н. Договір страхування життя. Часопис Київського університету права. 2017. № 1. С. 150–155.
8. Клоченко Л., Пылов К. Основы страхового права: учебное пособие. Ярославль: Норд, 2002. 232 с.
9. Турбина К. Современное понимание имущественных интересов как объекта страхования. Финансы. 2000. № 11. С. 45–50.
10. Михайлов С. Категория интереса в российском гражданском праве. М., 2002; Худяков А. Страховое право. СПб., 2004.
11. Горбач Л., Каун О. Страхування: навчальний посібник. К.: Кондор, 2010. 520 с.

В научной статье на основе анализа научных взглядов и норм действующего законодательства Украины, регулирующих договорные обязательства в сфере страхования, определено понятие, правовая природа договора личного страхования, его виды и место в системе гражданско-правовых договоров. Осуществлена правовая характеристика субъектного состава договорных обязательств по личному страхованию, а также сформулированы научные выводы и предложения по совершенствованию законодательного урегулирования отношений по договору личного страхования.

Ключевые слова: договор личного страхования, правовая природа договора, страховщик, страхователь, страховой интерес, предмет договора, страховой риск.

In the scientific article the concept, the legal nature of the contract of personal insurance, its types and place in the system of civil law contracts are defined based on the analysis of scientific views and norms of the current legislation of Ukraine regulating contractual obligations in the field of insurance,. The legal characteristic of the subject composition of contractual obligations for personal insurance has been implemented and scientific conclusions and proposals have been made for improving the legislative regulation of relations under a personal insurance contract.

Key words: personal insurance contract, legal nature of the contract, insurer, insured, insurable interest, subject of contract, insurance risk.

УДК 347.158

Катерина Москаленко
канд. юрид. наук, адвокат,
асистент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ВИБІР СТАТІ МАЙБУТНЬОЇ ДИТИНИ ЗА СОЦІАЛЬНИМИ ТА МЕДИЧНИМИ ПОКАЗАННЯМИ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

У статті досліджуються поняття і методи вибору статі майбутньої дитини та показання для такого вибору; аналізуються відповідні правила міжнародних актів, національного законодавства і актів зарубіжних країн; сформовані висновки щодо необхідності прийняття в Україні спеціального закону, присвяченого здійсненню репродуктивних прав людини, з приписом про заборону вибору статі дитини за соціальними показаннями.

Ключові слова: репродуктивні права, Конвенція про права людини та біомедицину, вибір статі дитини, допоміжні репродуктивні технології, преімплантаційна генетична діагностика.

Постановка проблеми. Окремі питання здійснення репродуктивних прав людини врегульовано деякими статтями Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» [1] та наказом Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» [2]. Проте питання правового регулювання вибору статі майбутньої дитини нормами чинного законодавства України не врегульовано належним чином, а тому є необхідність у заповненні законодавчих прогалин.

Стан дослідження. Питання вибору статі майбутньої дитини досліджували переважно зарубіжні вчені, як от: Дж. МакМіллан, Р. Гразі, Дж. Воловельський, Д. Дж. Крігер, Б. Тобес та ін., наукові праці яких стали підґрунтям цієї публікації. Досвід країн, де здійснювався неконтрольований вибір статі майбутньої дитини, свідчить про уможливлення порушення гендерного балансу суспільства, і тому актуальним є дослідження питання, пов'язаного і запровадженням нормативно-правового регулювання правил вибору батьками статі майбутніх дітей.

Метою цієї публікації є вивчення положень міжнародних документів, актів іноземного та українського законодавства щодо вибору статі дитини, а також формування пропозицій з удосконалення законодавства України у цій сфері.

Виклад основного матеріалу дослідження. Якщо в минулому люди вірили у так звані «традиційні» методи вибору статі майбутньої дитини (проведення магічних обрядів, спеціальне харчування тощо), то сучасна медицина надає можливість застосувати наукові методи вибору статі (сортування чоловічих статевих клітин, преімплантаційна діагностика, штучне переривання вагітності та інші методи).

Вибір статі може здійснюватися за *медичними* та *соціальними* показаннями. За *медичними* показаннями вибір статі може бути зумовлений бажанням уникнути народження хворої дитини, оскільки на певні хвороби хворіють виключно або переважно особи однієї статі (наприклад, гемофілія – це хвороба, на яку хворіють особи чоловічої статі). Якщо можливість вибору статі за медичними показаннями є майже загальноприйнятою на міжнародному рівні та на рівні національного законодавства окремих країн світу, то вибір статі дитини за *соціальними показаннями*, як правило, обмежується або забороняється. У деяких країнах Сходу масове бажання мати дитину чоловічої статі призвело до порушення природнього співвідношення між чоловіками та жінками. Іноземною доктриною було навіть запроваджено поняття «жінки, яких бракує» (*missing women*). За цією доктриною це жінки, яких ніколи не було народжено з огляду на сексистські погляди, які панують у суспільстві. Дослідження наукових праць свідчить про те, що вченими засуджується можливість вибору статі дитини за соціальними показаннями. У науковій доктрині були викладені такі аргументи проти вибору статі: по-перше, такий вибір є сексизмом (секс-супремасизмом – уявленням, що одна стать є кращою за іншу, та секс-

© К. Москаленко, 2018

стереотипом – уявленням про те, що персональні характеристики людини більшою мірою залежать від її статі) та формою дискримінації; по-друге, можливість вибору статі людини може призвести до статевого дисбалансу населення. Проте у деяких країнах і досі вибір статі майбутньої дитини здійснюється за соціальними показаннями. Якщо в країнах Азії (Китай, Індія, Тайвань, Південна Корея) більшість сімейних пар бажають народити сина, то у країнах Європи такою причиною зазвичай є т. зв. балансування родини, тобто бажання мати однакову кількість дітей різної статі.

Одним із перших міжнародних документів, у якому згадувалися проблеми вибору статі дитини, стала **Програма дій, прийнята за результатами роботи Міжнародної конференції з населення та розвитку у Каїрі** у 1994 році [3], у п. 4.15 якої згадується про випадки надання майбутніми батьками переваги народженню хлопчиків порівняно з дівчатами. У п. 4.16 згаданої Програми пропонується заборонити усі форми відповідної дискримінації дівчат, а пренатальний вибір статі дитини визнається, зокрема, неетичним. За **Пекінською декларацією та Платформою для дії, ухваленою на Четвертій світовій конференції, присвяченій проблемам жінок,** у 1995 році, пренатальний вибір статі визнається порушенням прав дітей жіночої статі [4]. Згідно зі ст. 14 **Конвенції про захист прав та гідності людини у зв'язку з використанням досягнень біології та медицини** [5] неприпустимим є використання допоміжних медичних технологій для вибору статі майбутньої дитини, за винятком випадків, коли це здійснюється для уникнення серйозних спадкових захворювань, пов'язаних зі статтю.

Згадані положення міжнародних актів дозволяють дійти висновку про те, що на міжнародному рівні вибір статі дитини за т.зв. *соціальними показаннями* здебільшого не дозволяється. Водночас наявність *медичних показань* для такого вибору, наприклад для уникнення народження хворої дитини, уможливлює здійснення такого вибору.

У низці країн приймалися спеціальні закони, присвячені правовому регулюванню, здійсненню та захисту репродуктивних прав людини. Більшість таких законів містить спеціальну норму про заборону застосування допоміжних медичних технологій для вибору статі людини за соціальними показаннями. Зокрема, у **Великобританії** згідно із секцією 11 Акта щодо зачаття людини та ембріології (Human Fertilisation and Embryology Act) [6] забороняється здійснення будь-якої діяльності, що допомагатиме визначати заздалегідь стать майбутньої дитини. Проте вибір статі дозволено, якщо є ризик народження дитини, що матиме серйозні фізичні, розумові або інші вади, пов'язані зі статтю. Згідно із цим приписом таким, що пов'язаний зі статтю, є стан, коли певне захворювання притаманне лише або переважно особам певної статі. Гучною справою, предметом якої було питання можливості вибору статі майбутньої дитини, стала справа **Алана та Луїзи Мастертонів**, яка розглядалася у Великобританії. У сім'ї Мастертонів було шестеро дітей: п'ять хлопчиків від 8 до 14 років та трирічна дівчинка. Донька Мастертонів Ніколь померла внаслідок нещасного випадку. Родина Мастертонів, бажаючи народити ще одну доньку, звернулася до уповноваженого органу з проханням надати дозвіл на використання процедури преімплантаційної генетичної діагностики, що дозволило б зачати та народити дитину жіночої статі. До своєї заяви Алан та Луїза Мастертони додали фотографію Ніколь із таким написом: «Це наша дорогоцінна донечка Ніколь. Радість та щастя, які вона принесла до нашого життя, її дух, її місце у нашій родині – все це змушує нас звернутись із заявою про надання дозволу на вибір статі майбутньої дитини». Оскільки законодавство Великобританії містить заборону на вибір статі майбутньої дитини за т.зв. соціальними показаннями, дозвіл на такий вибір Мастертонам не було надано [7].

В **Індії** Центральним урядом приймалася низка законодавчих актів, спрямованих на заборону вибору статі майбутньої дитини. Так, однією з причин, за якою більшість індійських сімей не бажали мати доньок, була така: виховання доньки було фінансово більш обтяжливим для батьків, ніж виховання синів, оскільки згідно з індійською традицією, коли донька виходила заміж, батьки повинні були передати придане майбутньому чоловікові доньки. Для здешевлення утримання доньок у 1961 році було прийнято Закон, за яким заборонялося приймати, вимагати і рекламувати придане. Проведений аналіз доктринальних джерел свідчить про те, що згаданий закон не вирішив проблеми вибору статі в Індії. У 1976 році було прийнято ще один закон, яким заборонялося проведення тестів на визначення в окремих випадках статі майбутньої дитини, однак приватні клініки продовжували пропонувати та проводити такі тести. У 2001 році в Індії законом було заборонено пренатальне визначення статі дитини [8, p. 203–204].

У **Республіці Молдова** у 2012 році було прийнято закон «Про репродуктивне здоров'я», згідно з яким вибір статі майбутньої дитини заборонено у сфері допо-

міжної репродукції, за винятком випадків можливості успадкування тяжких генетичних хвороб, пов'язаних зі статтю дитини. Водночас забороняється також селективний аборт ембріонів певної статі [9].

Відповідно до ст. 20 Закону **Киргизької Республіки** «Про репродуктивні права громадян та гарантії їх реалізації» не допускається вибір статі майбутньої дитини, за винятком випадків, коли з'являється висока вірогідність успадкування хвороб [10].

Незважаючи на загальносвітову тенденцію щодо заборони вибору статі майбутньої дитини за соціальними показаннями, здійснення відповідного вибору дозволяється правовими приписами деяких країн. У 2005 році Міністерством охорони здоров'я Ізраїлю було створено комітет, до якого увійшло 7 членів – спеціалістів із різних галузей знань (експерти з клінічної психології, біоетики, права, генетики, гінекології, соціальний працівник та представник релігійної громади) з повноваженням надавати за зверненням майбутніх батьків дозвіл на вибір ними статі дитини за соціальними показаннями. Наказом Міністерства охорони здоров'я Ізраїлю було визначено такі підстави задоволення прохання про вибір статі майбутньої дитини:

– заборона на вибір статі майбутньої дитини може призвести до заподіяння шкоди психічному здоров'ю, благополуччю одного або обох батьків, а також майбутньої дитини;

– подружжя, яке звертається з проханням, має щонайменше чотирьох дітей однієї статі і жодної дитини протилежної статі;

– майбутні батьки отримали належні консультації щодо процедури вибору статі дитини, її можливих негативних наслідків, а також щодо статусу невикористаних ембріонів, які залишаться після здійснення медичних маніпуляцій;

– майбутні батьки належним чином поінформовані та усвідомлюють, що у разі, якщо у всіх медичних маніпуляціях не будуть використані усі ембріони, наступний цикл процедур з вибору статі можна буде починати тільки тоді, коли усі не використані ними ембріони будуть імплантовані.

Декілька випадків надання дозволу на вибір статі з релігійних міркувань мали місце в Ізраїлі ще до створення уповноваженого на це комітету. Йдеться, наприклад, про надання дозволу ad hoc на вибір жіночої статі для майбутньої дитини єврейського священика (когена), хворого на безпліддя, з огляду на те, що функції когена у церкві передаються від батька генетично рідним синам і у разі народження хлопчика, зачатого за допомогою донорських статевих клітин, коген не зміг би передати свої церковні обов'язки і факт безпліддя когена став би відомий широкому загалу [11, p. 294–297].

Українське законодавство не містить спеціальної норми про заборону застосування допоміжних технологій вибору статі дитини за соціальними показаннями. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» [2] в п. X містить лише норми про можливість визначення статі ембріона під час проведення преімплантаційної медико-генетичної діагностики для запобігання спадковим захворюванням.

У липні та серпні 2018 року на розгляд Верховної Ради України внесено п'ять законопроектів, які стосуються застосування допоміжних репродуктивних технологій (законопроекти № 8625 [12], № 8625-1 [13], № 8625-2 [14], № 8629 [15], № 8629-1 [16]). Ця обставина свідчить про посилення законотворчої активності та розробку спеціалізованих нормативно-правових актів у сфері допоміжної репродукції і є позитивним явищем. Однак жоден зі згаданих законопроектів не врегульовує питання вибору статі людини. Зауважимо, що раніше на розгляд Верховної Ради України вже подавалися законопроекти, якими вирішувалось питання вибору статі майбутньої дитини, наприклад проект Закону України «Про репродуктивні права та гарантії їх здійснення» № 5105 від 10 лютого 2004 року, відповідно до ст. 15 якого *при використанні допоміжних репродуктивних технологій вибір статі майбутньої дитини не допускається, за винятком випадків, коли виявляється висока імовірність пов'язаних зі статтю захворювань* [17].

Висновки

Підводячи підсумок розгляду окремих проблем вибору статі майбутньої дитини, можна констатувати, що:

– низка міжнародних та національних нормативно-правових актів містять норми про заборону використання допоміжних медичних технологій для вибору статі майбутньої дитини, за винятком випадків, коли це здійснюється для уникнення серйозних спадкових захворювань, пов'язаних зі статтю;

– чинне законодавство України не містить аналогічних норм і тому потребує удосконалення. Прогалина може бути заповнена шляхом прийняття спеціального закону, присвяченого здійсненню репродуктивних прав людини, і внесення до нього норми про заборону застосування допоміжних репродуктивних технологій для вибору статі дитини за соціальними показаннями.

Список використаних джерел:

1. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992 № 2801-XII // База даних «Законодавство України». URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13 (дата звернення: 02.12.2018).
2. Про затвердження порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій України: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 № 787 // База даних «Законодавство України». URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13 (дата звернення: 02.12.2018).
3. Programme of Action of the International Conference on Population and Development (1994). URL: http://www.un-documents.net/ac171-13.htm (дата звернення: 28.11.2018).
4. Beijing Declaration and Platform for Action adopted on the Fourth World Conference on Women (1995). URL: http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf (дата звернення: 28.11.2018).
5. Конвенція про захист прав та гідності людини у зв'язку з використанням досягнень біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину від 4 квітня 1997 року// База даних «Законодавство України». URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_334 (дата звернення: 28.11.2018).
6. Human fertilisation and Embryology Act (2008). URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf (дата звернення: 28.11.2018).
7. Wilkinson S. Sexism, Sex Selection and "Familu Balancing". Medical Law Review. 2008. Vol. 16. URL: https://pdfs.semanticscholar.org/ee07/8c105806be7ca3c9be9192fc574414399764.pdf (дата звернення: 28.11.2018).
8. Toebes B. Sex Selection under International Human Rights Law. Medical Law International. 2008. Vol. 9. P. 197–225.
9. О репродуктивном здоровье : Закон Республики Молдова (2012). URL: http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=344838&lang=2 (дата звернення: 28.11.2018).
10. О репродуктивных правах граждан и гарантиях их реализации : Закон Кыргызской Республики (2015). URL: http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111191 (дата звернення: 28.11.2018).
11. Grazi R., Wolowelsky J., Krieger D. Sex selection by preimplantation genetic diagnosis (PGD) for nonmedical reasons in contemporary Israeli regulations. Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics. 2008.Vol. 17. P. 293–299.
12. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо захисту прав дітей при використанні допоміжних репродуктивних технологій): проект Закону України від 18.07.2018 № 8625 // База даних «Законопроекти». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64473 (дата звернення: 28.11.2018).
13. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо захисту прав дітей при використанні допоміжних репродуктивних технологій): проект Закону України від 26.07.2018 № 8625-1 // База даних «Законопроекти». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64493 (дата звернення: 01.10.2018).
14. Про внесення змін до Основ законодавства про охорону здоров'я (щодо уникнення дискримінації пацієнтів при використанні допоміжних репродуктивних технологій : проект Закону України від 01.08.2018 № 8625-2 // База даних «Законопроекти». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64501 (дата звернення: 28.11.2018).
15. Закон України «Про допоміжні репродуктивні технології» [Електронний ресурс]: проект Закону України від 19.07.2018 № 8629 // База даних «Законопроекти». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64477 (дата звернення: 28.11.2018).
16. Про допоміжні репродуктивні технології : проект Закону України від 01.08.2018 № 8629-1 // Базаданих«Законопроекти».URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64502 (дата звернення: 28.11.2018).
17. Про репродуктивні права та гарантії їх здійснення : проект Закону України від 10.02.2004 № 5105 // База даних «Законопроекти». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=5105&skl=5 (дата звернення: 28.11.2018).

В статье исследуются понятие и методы выбора пола будущего ребенка, а также показания к такому выбору; анализируются соответствующие правила международных актов, национального законодательства и актов зарубежных стран; сформированы выводы о необходимости принятия в Украине специального закона, посвящённого вопросам осуществления репродуктивных прав человека, с нормой о запрете выбора пола ребенка по социальным показаниям.

Ключевые слова: репродуктивные права, Конвенция о правах человека и биомедицине, выбор пола ребёнка, вспомогательные репродуктивные технологии, преимплантационная генетическая диагностика.

The notion and methods of sex selection of the future child as well as grounds for such selection are researched in the article; corresponding rules of the international legal framework along with the rules of national legislation and legal acts of foreign countries are analysed; conclusions regarding necessity of adoption of the special law in Ukraine, dedicated to the exercising of the human reproduction rights, containing the prohibition of sex selection on social grounds, have been formulated.

Key words: reproduction rights, Convention on Human Rights and Biomedicine, sex selection, assisted human reproduction, preimplantation genetic diagnosis.

УДК 341.636

Юлія Навроцька,
аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна

РОЛЬ ОБСЯГУ АРБІТРАЖНОГО ЗАСТЕРЕЖЕННЯ (АРБІТРАБЕЛЬНОСТІ) ДЛЯ ВІДКРИТТЯ АРБІТРАЖНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Стаття присвячена аналізу інституту арбітражної угоди, необхідності правильного встановлення її обсягу ще до початку провадження в міжнародному комерційному арбітражі. Досліджено сукупність обставин, які впливають на те, щоб арбітражна угода виконувалася та не мало місця оспорювання компетенції арбітрів і самого арбітражного рішення.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, арбітрабельність, арбітражна угода (арбітражне застереження).

Постановка проблеми. Арбітражна угода (арбітражне застереження) є центральним правовим інститутом, на якому базується розгляд практично всіх спорів між приватними особами в міжнародних комерційних арбітражах. Питання її обсягу (scope) є дуже важливим для прийняття арбітражним трибуналом своєї компетенції для розгляду справи по суті.

Частина 1 ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» розкриває термін арбітражної угоди, під яким розуміється, що арбітражна угода – це угода сторін про передачу до арбітражу всіх або певних спорів, які виникли чи можуть виникнути між ними у зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи мають вони договірний характер чи ні. Арбітражна угода може бути укладена у вигляді арбітражного застереження в контракті або у вигляді окремої угоди [1]. Проте, хоч і зазначається, що сторони на свій розсуд можуть передати всі приватноправові спори на розгляд арбітражу, проте в кожній конкретній правовій системі конкретної держави будуть винятки за обсягом таких можливостей. Тож питання обсягу арбітражного застереження залишається первинним як для арбітражного провадження, так і для виконання арбітражного рішення.

Метою статті є аналіз інституту арбітражної угоди.

Виклад основного матеріалу. Обсяг арбітражної угоди є однією з основних притаманних цій угоді ознак. Б. Карабельников пропонує таку класифікацію стосовно обсягу арбітражної угоди: «За своїм обсягом арбітражні застереження можна розділити на «широкі» й «вузькі». Перша із цих категорій передбачає розгляд у відповідному арбітражі всіх спорів, що потенційно випливають із договору, зокрема спорів, пов'язаних із його існуванням, укладенням, розірванням, недійсністю і стягненням пов'язаних із ним збитків і упущеної вигоди. Як правило, саме такі «широкі» формулювання фігурують у типових арбітражних застереженнях, рекомендованих популярними арбітражними регламентами. На противагу «широким» застереженням, на практиці іноді трапляються «вузькі» за обсягом арбітражні застереження, що охоплюють лише певну категорію спорів, пов'язаних із договором, у який включене таке застереження» [2, с. 166]. У таких випадках може виникнути ситуація, коли арбітри не матимуть права розглянути частину позовних вимог, заявлених у справі, а якщо вони вийдуть за рамки своїх повноважень, то таке арбітражне рішення може бути скасоване або не приведене до виконання.

Для того, щоб арбітражне рішення не виявилося марним, арбітри повинні ретельно перевіряти всі аргументи стосовно того, що будь-яка із заявлених позовних вимог виходить за межі арбітражної угоди. Обсяг арбітражної угоди залежить насамперед від формулювання угоди. Іноді сторони свідомо звужують обсяг юрисдикції арбітрів, обумовлюючи в арбітражній угоді, що арбітри будуть позбавлені права на присудження відшкодування того чи іншого виду збитків або права на розгляд того чи іншого роду вимог. Проте на практиці найчастіше укладаються досить «широкі» арбітражні угоди, які вповноважують арбітрів розглядати всі або будь-які суперечки, пов'язані з певними договірними чи іншими відносинами [3, с. 165]. Однак навіть у цьому разі не можна виключити того, що відповідач побажає вдатися до аргументу про юрисдикційні обмеження, що випливають з обсягу арбітражної угоди.

© Ю. Навроцька, 2018

Якщо рішення арбітрів вийде за рамки цього обсягу, то таке рішення не буде підлягати примусовому виконанню відповідно до підп. «с» п. 1 ст. V Нью-Йоркської конвенції, згідно з яким у визнанні й приведенні до виконання арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання тієї сторони, проти якої воно спрямоване, якщо ця сторона надасть компетентній владі за місцем, де порушене клопотання про визнання й приведення до виконання, докази того, що вказане рішення винесене щодо спору, не передбаченого чи такого, що не підпадає під умови арбітражної угоди чи арбітражного застереження в договорі, або містить постанови з питань, що виходять за межі арбітражної угоди чи арбітражного застереження в договорі, з тим, однак, що якщо постанови з питань, охоплених арбітражною угодою чи застереженням, можуть бути відокремлені від тих, які не охоплюються такою угодою чи застереженням, то та частина арбітражного рішення, яка містить постанови з питань, охоплених арбітражною угодою чи арбітражним застереженням у договорі, може бути визнана й виконана [4]. Тому заява про те, що предмет спору виходить за рамки обсягу арбітражного застереження, є одним із дуже поширених аргументів у практиці застосування Конвенції. Як правило, такий аргумент уперше заявляється не на етапі приведення до виконання іноземного арбітражного рішення, а під час арбітражного провадження серед заперечень відповідача проти позовних вимог.

Особливістю обсягу арбітражної угоди є його потенційний вплив на тлумачення такої угоди та на можливість сторони звернутися з позовом до арбітражу. Таким чином, може йтися про таке: 1) тлумачення намірів сторін звернутися в арбітраж у цілому; 2) наміри сторін у частині розгляду в арбітражі всіх або певної категорії спорів, що випливають із договору [5, с. 82].

Доктрина зарубіжних країн підходить до тлумачення арбітражних угод з урахуванням загальних намірів сторін, щоб не допустити позбавлення сторін початкових умов договору в тій формі й у тому обсязі, який відображено в письмовій угоді або в учинених конклюдентних діях. Таким чином, істотними умовами, що становлять можливість звернення до арбітражу, є спільний намір сторін звернутися в арбітраж, а також конкретний вид обраного ними арбітражу. Такий підхід у тлумаченні арбітражної угоди побічно відбитий у контрактному праві країн як континентальної, так і загальної системи права.

Так, «арбітражна угода, як і будь-яка інша форма прояву волі сторін, не повинна тлумачитися ні розширено, ні обмежувально. Тлумачення має базуватися на відображенні істинної волі сторін, яку не можна відокремлювати від контексту, у якому її виражено, одночасно не вдаючись у вузький формалізм» [5, с. 83]. На думку М. Шмітгоффа, незважаючи на традиційно жорсткий механізм судового контролю у Великобританії, навіть англійські суди розширено підходять до тлумачення наміру сторін звернутися в арбітраж [6, с. 23].

Як обґрунтування неприпустимості формального підходу до тлумачення, заснованого на буквальному аналізі слів і висловів, наводиться той аргумент, що арбітражна угода й комерційний контракт є різними за своєю природою. Так, арбітражна угода породжує зобов'язання, відмінні від зобов'язань, що виникають у зв'язку з укладенням контракту. Порушення обов'язків, що випливають з арбітражної угоди, не дає підстав для пред'явлення вимог про стягнення збитків. Єдиним доступним засобом захисту є вимога про виконання арбітражної угоди державним судом.

У зв'язку із цим лорд Макмілан зауважив таке: «Ґрунтуючись на сутнісних відмінностях між арбітражною угодою й матеріальним контрактом, заснованих на відсутності в арбітражній угоді фінансового аспекту, обов'язок судді полягає лише у встановленні (прямо чи опосередковано) угоди сторін звернутися в той чи інший арбітраж. Зазначене є єдиною умовою для виконання арбітражної угоди як форми дотримання сторонами взятого на себе зобов'язання» [6, с. 22].

Такий принцип наповнюється конкретним змістом лише на практиці. Шмітгофф указує, що сам зміст арбітражної угоди має давати підстави державному судді для такого «вільного тлумачення» [6, с. 23].

Як стверджує А. Редферн, умовою можливості виконання арбітражної угоди є відсутність таких істотних вад застереження, як суперечливість (inconsistency) і невизначеність (uncertainty) її змісту. Як приклад формально не визначеного, позбавленого будь-якого сенсу й тому «патологічного арбітражного застереження» наведено такий приклад: «У разі виникнення спору сторони зобов'язуються передати спір, що виник, на розгляд в арбітраж, а в разі виникнення судового процесу компетентним судом сторони обирають Трибунал м. Сена». Іншим зразком угоди, яка, на думку А. Редферна, також є прикладом «руйнівного договору», що може призвести до тривалого судового процесу, є такий зразок застереження: «Сторони домовляються, що спори, які між ними виникли, будуть передані до арбітражу. Арбітраж буде проходити

в Женеві відповідно до процедури, установленої в законодавстві Венесуели, Франції, а також у законі країни арбітражу» [7, с. 346].

Зазначене відображає випадки, коли сукупність слів і виразів, використаних в арбітражній угоді, є безглуздою, що не дозволяє з'ясувати справжню волю сторін і встановити обсяг арбітражної угоди.

Таким чином, сам зміст арбітражної угоди, а також поведінка сторін має давати можливість арбітрам і державним суддям установити намір сторін і обсяг арбітражної угоди. Так, англійський арбітраж під час вирішення спору між англійською фірмою й іноземною організацією визнав недійсним арбітражне застереження такого змісту: «Будь-який спір або претензія між сторонами повинні вирішуватися в іноземному арбітражі». Зазначена угода висловлює спільний намір звернутися в арбітраж, але не дозволяє встановити юрисдикцію конкретного арбітражного суду. Цей приклад свідчить про відсутність будь-яких відомостей, які дозволяють установити таку волю. Проте якщо арбітражне застереження є неточним, але не суперечливим, у державного суду з'являється можливість визначити волю сторін на основі непрямих доказів. Як формально не визначене, але не позбавлене сенсу застереження можна навести такий приклад: «Спори, що виникають між сторонами, будуть вирішуватися Міжнародною Торговою Палатою» [8, с. 1356]. У цьому разі намір сторін формально не визначено. По-перше, сторони не вказали назву арбітражного органу. По-друге, неясно, мали сторони на увазі арбітражну чи посередницьку процедуру вирішення спору. Суд у цій справі, зіткнувшись із небажанням однієї зі сторін звернутися в арбітраж добровільно, а також із метою з'ясування справжньої волі сторін і виконання їх спільного зобов'язання, пішов шляхом визначення намірів сторін у процесі складання цього пункту контракту. Питання стосувалося тих наслідків, які сторони очікували від процедури вирішення спору, включаючи бажання забезпечити примусове виконання винесеного рішення. Отримавши позитивну відповідь на поставлене запитання, суд визначив, що в цих умовах арбітражне застереження може бути виконане.

Цей приклад може бути наочним підтвердженням тлумачення й установлення обсягу арбітражної угоди, що базується на виявленні істинної волі сторін і позбавленні її формального підходу. Таким чином, якщо неточність формулювання не впливає на загальний намір сторін звернутися саме до арбітражу, а також якщо можна встановити вид арбітражного суду, така арбітражна угода повинна визнаватися виконуваною.

У всіх типових арбітражних застереженнях, які рекомендуються до застосування фахівцями, зафіксовано «широкий» обсяг охоплених спорів, що випливають із відповідного договору, зокрема спорів, що стосуються його недійсності чи нікчемності. Такий підхід дозволяє розглядати всі спори, що виникають із правовідносин, у єдиному юрисдикційному органі – міжнародному комерційному арбітражі. Якщо ж сформулювати арбітражне застереження нестандартним чином, «вузько», вийде, що частина спорів повинна розглядатися державними судами, а інша – арбітражем. Прикладом може бути угода, укладена між російським і канадським підприємствами, у якій було закріплено передачу в міжнародний комерційний арбітраж лише спорів «щодо інтерпретації умов цієї угоди чи щодо відповідальності сторін». Надалі сторони уклали ще низку угод, зокрема меморандум, щодо дійсності якого між ними виникли розбіжності. Російська компанія звернулася до державного арбітражного суду із заявою про визнання меморандуму неукладеним, канадська просила залишити позов без розгляду у зв'язку з тим, що цей спір згідно з арбітражним застереженням повинен розглядатися в міжнародному комерційному арбітражі. Суд із цим доводом не погодився, указавши, що «арбітражне застереження в угоді від 24.11.1993 р. стосується тільки спорів між сторонами щодо інтерпретації умов цієї угоди чи щодо відповідальності сторін» [9].

У юридичній літературі зазначається, що в той час, коли питання дійсності арбітражної угоди регулюються нормами права, межі компетенції арбітрів визначаються волею самих сторін. У частині визначення обсягу арбітражної угоди вирішального значення набуває саме з'ясування волі сторін із застосуванням необхідних правил тлумачення, що стосуються цього виду волевиявлень. Особливість застосовуваних методів тлумачення заснована на загальній презумпції, вираженій у п. 1 ст. II Нью-Йоркської конвенції 1958 р., згідно з якою під арбітражною угодою розуміється угода, за якою сторони зобов'язуються передавати в арбітраж усі чи будь-які спори, що виникають або можуть виникнути між ними. Це положення відображає метод саме широкого тлумачення намірів контрагентів щодо передачі справи в міжнародний комерційний арбітраж. На думку П. Сандерса, «навіть найпростіша формула («усі спори, що випливають із цього контракту») свідчить про намір сторін розглянути в арбітражі як спори, пов'язані з виконанням контракту, так і з його нікчемністю» [10]. На думку С. Лебедєва, стосовно відносин між

контрагентами з різних країн указаний результат не може не бути в очах контрагентів особливо бажаним [11, с. 90].

У зв'язку із цим закономірно припустити, що, передбачаючи за допомогою арбітражної угоди форум для потенційних спорів, учасники міжнародного економічного обороту прагнуть підпорядкувати йому всі ці потенційні спори. Така логіка простежується й у судовій практиці. Німецький суд визнав, що арбітражне застереження «всі спори» охоплює всі вимоги кредитора, як договірні, так і законні, засновані на делікті. У відомій справі «Mitsubishi», яка стала основою для проголошення арбітрабельності публічно-правових спорів, суд, піднімаючи питання про тлумачення обсягу арбітражної угоди, зауважив таке: «Наміри сторін є вирішальними. У частині обсягу арбітражної угоди ці наміри повинні корегуватися зі здоровим глуздом, уникаючи формального процесу тлумачення договору вишукуванням чогось неприйнятного» [12, с. 38]. Таким чином, у разі відсутності угоди про інше передбачається, що сторони бажають підпорядкувати арбітражу всі спори, що можуть виникати щодо їхнього контракту.

Так, до проголошення в 1985 р. Верховним Судом США проарбітражної федеральної політики, у судовій практиці США «вкоренилося уявлення про деякі формули арбітражних угод як завідомо вузькі». Так, договір між каліфорнійською й південнокорейською фірмами про створення спільного підприємства передбачав арбітраж у Сеулі «щодо спорів, що виникають на підставі цього договору». Апеляційний суд США встановив, що, на відміну від «широких застережень», які говорять про спори, «що виникають із договору» чи «які стосуються договору», указане формулювання було істотно більш вузьким і обмеженим, охоплювало лише спори безпосередньо стосовно самого договору [11, с. 134].

Висновки

Підсумовуючи, можемо зазначити, що базовим обсягом арбітражної угоди (застереження) може бути «широкий» і «вузький» обсяг. Для того, щоб успішно розпочати провадження в міжнародному комерційному арбітражі від складу арбітражного трибуналу чи від державного суду, необхідно ретельно з'ясувати положення угоди, передбаченої сторонами. Неправильне встановлення обсягу арбітражної угоди потенційно може призвести до оскарження компетенції арбітрів і визнання арбітражного рішення недійсним.

Арбітражна угода є виконуваною, якщо її зміст, а також інші обставини, що стосуються справи, дозволяють установити й конкретизувати намір сторін звернутися в арбітраж. У зв'язку із цим суд і арбітраж повинні займати активну позицію, а не обмежуватися буквальним тлумаченням слів і виразів, використаних в угоді. Тлумачення обсягу арбітражної угоди ґрунтується на встановленні справжніх намірів сторін передати до арбітражу всі чи певні категорії спорів, пов'язаних із контрактом. Питання про способи тлумачення обсягу арбітражної угоди пов'язане з вектором розвитку національної політики в галузі арбітражного розгляду міжнародних комерційних спорів.

Список використаних джерел:

1. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 р. Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/4002-12.

2. Карабельников Б. Международный коммерческий арбитраж. Московская школа социальных и экономических наук. Москва, 2013. 541 с.

3. Карабельников Б. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. (3-е издание, переработанное и дополненное). Статут, 2008. 291 с.

4. Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень від 10.06.1958 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_070.

5. Траспов Р. Судебный контроль над арбитражным (третейским) рассмотрением международных коммерческих споров: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2003. 187 с.

6. Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law. 1988. P. 797.

7. Redfern & Hunter on International Arbitration / Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. Oxford University Press, 2009. P. 904.

8. Born G. International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2009. P. 3400.

9. Постановление ФАС СЗО от 21.06.2003 г. № А05-7905/01-515/23.

10. Sanders P. The making of the Convention. Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention. Experience and Prospects. United Nations Publication No. E.99.V2., 1999. 52 p.

11. Лебедев С. Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву. Сост. А. Муранов; МГИМО, Каф. междунар. частн. и гражд. права. М.: Статут, 2009. С. 45–184.

12. Rahmann D. Arbitrability of Antitrust Issues. Comparative Law Yearbook of International Business, 1993. P. 38.

Статья посвящена анализу института арбитражного соглашения, необходимости правильного установления его объема еще до начала производства в международном коммерческом арбитраже. Исследована совокупность обстоятельств, которые влияют на исполнение арбитражного соглашения, во избежание оспаривания компетенций арбитров и арбитражного решения.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, арбитрабельность, арбитражное соглашение (арбитражная оговорка).

The article is devoted to the analysis of the institution of the arbitration agreement and terming the arbitration scope before the beginning of the process in the international commercial arbitration. It was analyzed a set of circumstances that affect the execution of the arbitration agreement, in order to avoid appealing the competencies of the arbitrators and the arbitration award.

Key words: international commercial arbitration, arbitrability, arbitration agreement (arbitration clause).

УДК 347.9

Наталія Процьків,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри приватного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ОСОБЛИВОСТІ ПРАКТИЧНОГО ЗАСТОСУВАННЯ МЕДІАЦІЇ В СПАДКОВИХ СПОРАХ

Стаття присвячена аналізу специфіки та особливостей цивільно-правових аспектів застосування медіації в спадкових спорах. Приділено увагу підготовці та участі медіатора в переговорному процесі. Розглянуто основні етапи проведення медіації в спадкових спорах та визначено умови укладення договору за результатами медіації .

Ключові слова: медіація, медіатор, принципи медіації, альтернативне вирішення спадкового спору, спір (конфлікт), переваги медіації, етапи медіації.

Постановка проблеми. Законодавство України, зокрема ст. 16 Цивільного кодексу України [1], гарантує кожній особі право на захист цивільних прав та інтересів у разі їх порушення, невизнання чи оспорювання в тому числі й у сфері спадкових правовідносин. Відповідно до ст. 20 ЦКУ право на захист особа здійснює на свій розсуд. У юридичній літературі останнім часом досить активно обговорюються питання, пов'язані із застосуванням альтернативних способів вирішення спорів та конфліктів. Медіація – один із таких способів, який являє собою добровільний процес спільної роботи, в якому особи, котрі конфліктують одна з одною, визначають проблеми, розробляють варіанти та укладають угоду щодо вирішення конфлікту. Однак чіткого законодавчого закріплення проведення процедури медіації чинне законодавство не містить.

Перша згадка про медіацію в чинному законодавстві з'явилася у Законі України «Про безоплатну правову допомогу» (ст. 2, 7) від 02.06.2011 № 3460-VI [2], де медіація увійшла до визначеного переліку правових послуг. В подальшому був розроблений проекту Закону «Про медіацію» № 3665 від 17.12.2015 [3]. Але він і досі залишається лише проектом.

Аналіз останніх публікацій. Проблеми правового регулювання відносин у сфері застосування медіації були предметом досліджень С. Запари, Г. Гончарової, О. Кармази, В. Комарова, С. Кузьменко, Н. Мазаракі, О. Спектора, Ю. Притики, С. Фурси та інших вітчизняних науковців. Водночас даний інститут потребує подальших наукових досліджень у тому числі у сфері спадкових спорів.

Мета статті. Саме тому завданням цієї статті є дослідження особливостей етапів застосування медіації в спадкових спорах.

Виклад основного матеріалу.

Медіація – це гнучкий процес, який може бути адаптований відповідно до сторін та обставин. Коли виникає конфлікт, його учасникам досить складно відсторонитися і зрозуміти, в чому справжня причина конфлікту, що насправді хоче інша сторона і як розв'язати конфлікт. Особи, які залучені в конфлікт, не можуть тверезо оцінювати ситуацію.

Виявлення справжніх причин конфлікту й узгодження інтересів є ключовими факторами, які здебільшого дають змогу сторонам не просто врегулювати спір, тобто домогтися зовнішнього результату, але й завершити протиріччя, що лежать в основі конфлікту, тобто фактично припинити конфліктну ситуацію, що видається найбільш цінним. Тому медіатор допомагає сторонам побачити причину конфлікту, сприяє примиренню сторін, може запропонувати неординарні способи вирішення спору, а також фіксує рішення, до якого прийшли сторони, в особливому документі – медіаційній угоді (договорі).

Особливі труднощі виникають під час вирішення спадкових конфліктів. Судовий порядок вирішення спору між спадкоємцями може стати публічною справою, що руйнує сімейні стосунки, розголошує приватну інформацію, потребує майнових витрат. Посередництво є менш формальним, приватним способом вирішення спорів про спадщину та зберігає мир у сімейних відносинах.

Спадкові спори мають свої особливості. У більшості випадків предметом спору є визнання заповіту недійсним. Досить часто трапляються спори про поновлення строку для прийняття спадщини, спори, які випливають із реалізації права на обов'язкову частку, і суперечки про визнання права власності на спадкове майно. Найчастіше об'єктом конфлікту виступає нерухомість. Окремим

© Н. Процьків, 2018

предметом спору може виступати приватне підприємство як об'єкт спадкової маси. Проблеми медіації в спадкових спорах також пов'язані із суб'єктами конфлікту. Ці люди, як правило, давно і добре знають один одного, нерідко мають один до одного претензії не тільки майнового, а й особистого характеру, які зумовлені давніми взаємними конфліктами й образами. Безумовно, такі непрості особисті стосунки заважають налагодженню конструктивного діалогу і можуть ускладнити переговорний процес, який вже почався.

Медіація в спадкових спорах базується на таких принципах, які відображені і в проекті Закону «Про медіацію».

– Участь у медіації є добровільною і базується на договірних засадах.

– Організація процедури медіації можлива з ініціативи однієї зі сторін. До даних правовідносин слід застосовувати норми цивільного законодавства про надання послуг.

– Процедура медіації може бути застосована у разі виникнення спору як до звернення в суд, так і після початку судового розгляду, в тому числі за рекомендацією судді.

– Наявність угоди про застосування процедури медіації не є перешкодою для звернення до суду.

– Медіатор не має права вносити пропозиції про врегулювання спору.

– Медіатор може зустрічатися як з обома сторонами спору, так і з кожною з них окремо.

– Під час проведення процедури медіації медіатор нейтральний.

– Сторони мають рівні права.

– Інформація медіації є конфіденційною.

Медіація в спадкових спорах потребує проходження певних етапів.

Підготовка до медіації. Оскільки медіація є добровільним процесом, то всі, хто бере участь у спорі, мають бути готові зібратися разом і використовувати медіацію як засіб вирішення спору про спадщину. На даному етапі необхідно повідомити інших сторін спору. Немає жодних формальних вимог щодо надання сповіщень іншим сторонам. Це може бути простий телефонний дзвінок, повідомлення електронною поштою чи іншими засобами зв'язку, що свідчить про те, що ваш клієнт хоче спробувати медіацію. Можливо, є потреба запросити особу, яка користується авторитетом у сторін конфлікту і може впливати на згоду інших сторін спору, застосувати медіацію для вирішення конфлікту. На даному етапі необхідно визначити правовий статус сторін конфлікту та їхні особливості. На етапі підготовки медіації проводиться безкоштовна консультація, в ході якої медіатору також необхідно, крім вирішення інших завдань, оцінити медіабельність спору і наявність (або відсутність) бажання сторін врегулювати його за допомогою медіації.

Необхідно визначити способи переконання сторін у доцільності медіації.

Лише після цього укладається угода про проведення медіації.

Планування зустрічі. На даному етапі необхідно врахувати зайнятість сторін конфлікту, а також необхідність проведення кількох сеансів.

Процедура медіації. У вступному слові медіатор пояснює свої функції в цьому процесі і свою роль у майбутніх переговорах, знайомиться зі сторонами, розповідає сторонам про те, яку роль вони відіграють у переговорах, про етапи проведення медіації, заборони і можливі ризики. Медіатор пояснює основні правила медіації, які варто надати кожному в письмовій формі. Медіатор обговорює тривалість медіаційної сесії і ті наслідки, які настануть, якщо сторони не дійдуть до загального рішення до закінчення цього терміну. Час залежить від кількості суб'єктів спору та складності їхніх стосунків. Обговорюються «технічні» аспекти медіаційної сесії. Медіатор розяснює свободу волі сторін. Ця свобода полягає у свободі виходу кожної зі сторін з медіаційного процесу і свободі вивести медіатора з процесу. Також необхідно скласти договір про правила проведення медіації. Згода про правила проведення медіації – це встановлення правил комунікації, яких зобов'язалися дотримуватися сторони, що сперечаються, в ході медіаційної сесії.

Озвучення позицій сторін. Кожна зі сторін повинна мати можливість висловити свою позицію і свої сподівання, тобто що вони хочуть від процедури медіації. Сторони висловлюються про своє ставлення до предмета спадкового спору, про свої прагнення, бажання, претензії до іншої сторони. На даному етапі медіатор аналізує конфліктну ситуацію. Аналіз конфлікту надзвичайно важливий: не всі спори підлягають процедурі медіації, наприклад спір, котрий стосується спадкових інтересів дітей, які не є учасниками медіації. Такі суперечки називаються немедіабельними і підлягають вирішенню в суді.

На даному етапі також необхідно:

– отримати інформацію про фінансовий стан спадкодавця та спадкоємців і ті кроки, які вони зробили у зв'язку з поділом майна;

– отримати супровідну документацію;

– з'ясувати причин виникнення та розвитку майнового конфлікту між спадкоємцями;

– розмежувати інтереси, проблеми та позиції;

– визначити проблеми для обговорення.

Спільне обговорення. Починаючи медіацію, медіатор визначає певні невеликі периферійні проблеми, на які сторони можуть одночасно погодитися. У процесі медіації медіатор застосовує техніки зі зниження напруження конфлікту і рівною мірою приділяє увагу кожній зі сторін. Тут важливим є встановлення фактів, які визнаються обома сторонами (наявність родинних зав'язків, захист інтересів дітей, виконання останньої волі спадкодавця, відношення спадкоємців до спадкодавця).

Особисті зустрічі. На даному етапі медіації медіатор, як правило, має низку приватних зустрічей зі сторонами конфлікту, щоб з'ясувати, які реальні проблеми є між учасниками. Медіатор представляє різні варіанти та наголошує на деяких основних емоціях та побоюваннях, що лежать в основі суперечки про спадщину. Під час цих особистих зустрічей медіатор повинен пам'ятати, що сказане є конфіденційним. Приватні засідання також дають можливість мозкового штурму різних альтернатив, які можуть призвести до компромісу.

Етап супроводжується фокусуванням уваги сторін на майбутньому.

Обговорення резолюції. Даний етап можливий, коли медіатор відчуває, що сторони перебувають на позиціях, які уможливлюють досягнення компромісу. Важливим є пошук креативних рішень та визначення критеріїв якості вибраних варіантів розв'язання спору. Медіатор на етапі висунення альтернативних рішень виступає в двох ролях: 1) гіда, який показує, на що варто звернути увагу; 2) протоколіста, який фіксує думки, прагне прояснити й ідентифікувати не досить зрозумілі вислови учасників, розставляє пріоритети. Кваліфіковані медіатори сприяють відкритому спілкуванню для вирішення розбіжностей під час виникнення конфлікту. Ґрунтуючись на списку пропозицій, висунутих сторонами, медіатор намагається з'ясувати, які з пропозицій є прийнятними для обох сторін. Якщо таких пропозицій медіатор не виявляє, він може взяти дві близькі пропозиції і попросити сторони синтезувати з них одне – прийнятне для обох сторін. Після того, як єдині пропозиції виділені, медіатор проводить процедуру «тестування на реальність». У ході цієї процедури сторонам пропонується змоделювати майбутнє, яке настане в разі початку реалізацій їхніх спільних пропозицій. На цій стадії збираються різні варіанти рішень і думок, висловлені в ході дискусії. Головне питання, на яке медіатор повинен отримати відповідь: «Як ви можете зробити те, що ви хочете зробити, з найбільшим ефектом?».

Головне завдання і сторін, і медіатора – пошук нестандартного (конструктивного) рішення.

У ході процедури медіації будь-яка сторона без пояснення причин може припинити медіацію. Медіатор також має право завершити медіацію якщо дійде висновку, що проводити її недоцільно. У цьому проявляється принцип добровільності процедури медіації для всіх її учасників. Якщо сторони домовилися, процедура медіації підходить до завершення.

Складення письмової угоди. Завершення фази медіаційних переговорів можливе шляхом часткового вирішення спору або повного вирішення спору між сторонами медіації. Оскільки сама медіація не є обов'язковою, будь-який компроміс, якого досягають сторони, повинен бути оформлений письмово та підписаний обома сторонами. Проект договору складає медіатор, а далі представляє його всім учасникам, щоб переконатись, що він точно відображає досягнутий компроміс. Після встановлення специфіки компромісу медіатор може скласти офіційний договір, який стає обов'язковим і юридично виправданим у суді. Договір, що укладається за підсумками процедури медіації, повинен відповідати певним вимогам: бути коректним, однозначним, реалістичним, справедливим, ефективним і стабільним. Договір можна вважати стабільним, коли в ньому присутні такі складники: 1) процедурне задоволення – конфліктуючі сторони готові і надалі, незалежно від ходу виконання договору, врегульовувати свої розбіжності за допомогою подібних процедур; 2) психологічне задоволення; 3) задоволення по суті – настає залежно від того, наскільки адекватно вирішений конфлікт і наскільки адекватно пункти договору відображають реальну домовленість сторін.

Завершальний етап медіації. Після оформлення досягнутої згоди сторони домовляються у разі потреби про порядок і терміни проведення постмедіаційної стадії. Ця процедура буде завершена лише тоді, коли договір буде виконаний.

Висновки

Медіація може полегшити вирішення спадкових суперечок. Медіація, як правило, менш стресова, швидша і набагато дешевша процедура, ніж звернення до суду. Медіація зменшує перешкоди для спілкування між учасниками, задовольняє потреби всіх залучених сторін конфлікту, максимізує альтернативи, допомагає учасникам досягти власного рішення. Медіація надає сторонам контроль над вирішенням справи.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, В.В Луця. К., 2005. 1088 с.
2. Про безоплатну правову допомог: Закон України від 02.06.2011 № 3460-VI. URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17
3. Про медіацію : проект Закону України від 17 грудня 2015 № 3665. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463.

Статья посвящена анализу специфики и особенностей гражданско-правовых аспектов применения медиации в наследственных спорах. Сосредоточено внимание на подготовке и участии медиатора в процессе. Рассмотрены основные этапы проведения медиации в наследственных спорах, и определены условия заключения договоров по результатам медиации.

Ключевые слова: медиация, медиатор, принципы медиации, альтернативное решение наследственного спора, спор (конфликт), преимущества медиации, этапы медиации.

In the article are considered the civil aspects the use of mediation in hereditary disputes. Atention is also paid to the preparation and participation of mediator in the negotiation process.The stages of carrying out the procedure of mediation have been examined and the conditions for the conclusion of contracts on the results of mediation.

Key words: mediation, mediator, principles of mediation, alternative solution to a hereditary disputes, dispute (conflict), the benefits of mediation, the stages of mediation.

УДК 347.918:347.931

Галина Прусенко,
канд. юрид. наук,
докторант кафедри правосуддя
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ВИДИ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ДОГОВОРІВ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Стаття присвячена аналізу критеріїв, які застосовуються для виокремлення різних видів процесуальних договорів у цивільному судочинстві. На базі доктринальних підходів, аналізу норм національного процесуального законодавства держав загального та континентального права у статті досліджуються умови укладення окремих видів процесуальних договорів.

Ключові слова: процесуальний договір, диспозитивність, угода про підсудність, контрактуалізація цивільного процесу, арбітражна угода.

Постановка проблеми. Реформа процесуального законодавства України 2017 року закріпила тенденцію до розширення диспозитивних засад цивільного судочинства шляхом розширення можливостей договірного регулювання правовідносин, пов'язаних зі здійсненням правосуддя та розглядом справ третейськими судами й міжнародним комерційним арбітражем. Диспозитивність – це можливість суб'єктів самостійно впорядковувати (регулювати) свої відносини, діяти на власний розсуд, із кількох запропонованих законом або договором варіантів поведінки обирати оптимальний із погляду власних інтересів [1, с. 197]. Згідно з частиною третьою статті 2 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) диспозитивність є одним з основних принципів цивільного судочинства; відповідно до частини третьої статті 13 ЦПК учасник справи розпоряджається своїми правами щодо предмета спору на власний розсуд. Проте в Україні проблеми «контрактуалізації» (термін французького дослідника Л. Кадьє) цивільного процесу майже не досліджуються, увага науковців зосереджена лише на окремих різновидах так званих «процесуальних договорів» (угод про процес) – договорів, які є джерелом нормативної регламентації провадження.

Як свідчить зарубіжна та внутрішня практика, наукова доктрина процесуального договору, сформована в роботах Г. Баумгертеля, А. Бєлоглавєка, К. Брановицького, Г. Вагнера, Д. Валєєва, Є. Васьковського, М. Вікута, Г. Гельвіга, Д. Гольдшмідта, В. Грунскі, М. Єлісеєва, Є. Іванової, Л. Кадьє, С. Курочкіна, М. Рожкової, О. Шеменєвої, Г. Шідермайра, В. Яркова, що є актуальним предметом дослідження правників у багатьох державах загального та континентального права, процесуальний договір є ефективним інструментом, який дозволяє сторонам уникнути необхідності вирішувати спори, що можуть виникнути між ними, виключно в межах судового розгляду.

Недостатня розробленість теорії процесуального договору в українській процесуальній доктрині призводить до відсутності законодавчого регулювання цілого комплексу питань у цій сфері. Насамперед потребують дослідження проблеми визначення правової природи процесуального договору та класифікації таких договорів.

Метою статті є встановлення критеріїв, які застосовуються для виокремлення різних видів процесуальних договорів у цивільному судочинстві та доктрині держав різних правових систем.

Виклад основного матеріалу. Детальний огляд основних аспектів функціонування інституту процесуального договору в німецькій правовій науці та судовій практиці здійснив у своєму дослідженні К. Брановицький. Як зазначає дослідник, судовою практикою Федерального Верховного Суду ФРН було надане визначення угоди про підсудність як договору про процесуальні права й обов'язки, допустимість укладення якого й дія регулюються процесуальним законодавством, а умови й порядок укладення – матеріальним законодавством [2]. Німецька наукова рефлексія передбачає два основних підходи до визначення поняття процесуального договору. Відповідно до першого підходу процесуальний договір визначається як договір про процесуальні правові наслідки. Згідно з другим підходом процесуальний договір є договором, основні наслідки якого впливають на процесуальну сферу. Науковець наголошує на тому, що в цивільному процесі Німеччини диспозитивні засади настільки розвинені,

© Г. Прусенко, 2018

що сторонам надається можливість домовлятися про процесуальні наслідки шляхом укладення угоди між ними про процесуальні наслідки процесу.

Допустимість укладення процесуальних договорів і межі дії таких договорів є майже необмеженими, за винятком обмежень, установлених імперативними нормами Цивільного процесуального кодексу ФРН (нім. Zivilprozessordnung; далі – ЦПК ФРН), який прямо регламентує укладення деяких видів процесуальних договорів [3].

1. Угода про вибір територіальної підсудності (стаття 38 ЦПК ФРН). Суд першої інстанції може отримати компетенцію розглядати справу за згодою сторін, якщо сторонами угоди будуть суб'єкти підприємницької діяльності, юридичні особи публічного права або так звані компанії (департаменти) «спеціальних активів» (нім. Sonderverm gen) публічного права (як правило, структурні підрозділи кредитно-фінансових установ, що здійснюють моніторинг і ліквідацію заборгованостей компаній).

Також компетенція суду першої інстанції може бути обрана за угодою сторін навіть тоді, коли одна зі сторін не має зареєстрованого місця проживання (місцезнаходження) на території Німеччини.

ЦПК ФРН установлює вимоги до угоди сторін про вибір територіальної підсудності (частина друга статті 38 ЦПК ФРН). Така угода повинна бути укладена в письмовій формі (або якщо вона була укладена сторонами в усній формі, то повинна бути засвідчена в письмовій формі). Якщо одна зі сторін має зареєстроване місце проживання (місцезнаходження) в Німеччині, сторони мають право обрати компетентний суд лише тоді, коли ця сторона має місце проживання (місцезнаходження) у межах територіальної підсудності цього конкретного суду чи якщо відповідно до виключної юрисдикції справа належить до компетенції конкретного суду.

В усіх інших випадках угода про вибір суду є допустимою лише тоді, коли вона була укладена в письмовій формі: після виникнення спору між сторонами або якщо після укладення угоди сторона, до якої пред'являється позов, змінила своє зареєстроване місце проживання (місцезнаходження) на місце, на яке не розповсюджується територіальна дія ЦПК ФРН, або тоді, коли місце проживання (місцезнаходження) сторони-відповідача є невідомим на момент пред'явлення позову до суду.

2. Угода про вид і розмір забезпечення позову (частина перша статті 108 ЦПК ФРН). Згідно з положеннями ЦПК ФРН, у випадках, коли має місце обґрунтована необхідність ужиття забезпечувальних заходів під час розгляду справи, суд може на власний розсуд визначити характер і суму забезпечення позову. Якщо суд не визначив конкретний забезпечувальний захід і якщо сторони справи не домовилися про вжиття конкретного забезпечувального заходу в угоді між ними, забезпечення має бути надане у формі безстрокової гарантії, виданої в письмовій формі фінансовою установою, уповноваженою на здійснення діяльності на території ФРН.

3. Угода про скорочення чи продовження процесуальних строків (стаття 224 ЦПК ФРН). Згідно з положеннями ЦПК ФРН сторони можуть домовитися про скорочення (продовження) процесуальних строків, за винятком випадків, коли такі строки, у межах яких учиняється та чи інша процесуальна дія, чітко регламентовані в процесуальному законі.

4. Угода про предмет позову, укладена між сторонами чи між однією зі сторін і третьою особою (стаття 794 ЦПК ФРН).

5. Угода про розгляд спору в міжнародному комерційному арбітражі (стаття 1032 ЦПК ФРН). У разі подання до суду позовної заяви з питання, на яке поширюється сфера дії арбітражної угоди, укладеної між сторонами, суд повинен відмовити у відкритті провадження у справі (за винятком випадків, коли суд визнає арбітражну угоду недійсною чи нікчемною).

У німецькій процесуальній доктрині процесуальні договори також розподіляють на договори, які укладаються в суді, і позасудові процесуальні договори. Також за підставою змісту процесуального договору виокремлюють договори, що мають правовстановлюючу дію (нім. Verfugungswirkung), і договори, що мають зобов'язальну дію (нім. Verpflichtungsvertrage) [2].

Приклади інших видів процесуальних договорів, можливість укладення яких прямо не передбачена в процесуальному законодавстві ФРН, але сформована судовою практикою (договорів про відмову від подання позовної заяви, про відмову від оскарження судових актів, про подання термінової скарги, про відмову від укладення мирової угоди), передумови укладення й оспорювання процесуальних договорів за ЦПК ФРН були детально проаналізовані К. Брановицьким у його дослідженні [2], тому не потребують подальшого теоретичного опрацювання для реалізації мети цієї статті.

Угода про вибір територіальної підсудності між сторонами є допустимою також відповідно до положень статті 38 Цивільного процесуального кодексу Італії (Codice di

procedura civile; далі – ЦПК Італії). Згідно зі статтею 257-bis. ЦПК Італії письмові докази можуть бути долучені до справи лише за угодою між сторонами.

Французький науковець Л. Кадьє пропонує таку класифікацію процесуальних договорів [6]:

1) договори, що стосуються майбутнього спору: угоди, спрямовані на уникнення судового розгляду шляхом вирішення спору третейським судом (арбітражем), шляхом проведення переговорів; угоди, спрямовані на врегулювання судового розгляду (застереження щодо подання позову, застереження щодо судового розгляду справи);

2) договори, що стосуються спору, який уже виникнув: договори, що стосуються судового розгляду, договори, що визначають компетенцію й обов'язки судді.

Федеральними правилами цивільного процесу Сполучених Штатів Америки (англ. Federal Rules of Civil Procedure; далі – ФПЦП США) [4] передбачені такі види угод між сторонами.

1. Угода про відмову від процедури вручення судової повістки. Згідно з правилом 4 із метою уникнення витрат на вручення судової повістки позивач може обмежитися повідомленням відповідача про подання позову й надіслати відповідачеві запит із пропозицією про відмову від процедури вручення судової повістки. Процесуальним законом регламентовані вимоги до такого запиту. Зокрема, такий запит повинен бути оформлений у письмовій формі, адресований відповідачеві особисто чи уповноваженій особі, містити назву суду, до якого було подано позовну заяву, супроводжуватися копією всіх доданих до заяви матеріалів, а також містити 2 копії форми про відмову від процедури вручення судової повістки, квитанцію про передплату повернення такої форми, інформацію для відповідача про наслідки відмови від зазначеної процедури, містити дату надіслання запиту. У запиті позивач визначає певний розумний строк, протягом якого відповідач має відповісти на запит. Такий строк становить не менше 30 днів і не менше 60 днів, якщо відповідач перебуває поза межами судової юрисдикції США. Запит про відмову від процедури вручення судової повістки обов'язково надсилається USPS First Class Mail або іншими надійними засобами зв'язку.

2. Угода про допит свідків на стадії підготовки справи до розгляду. Згідно з пунктом В правила 30 ФПЦП США сторона, що хоче викликати свідка на допит, повинна повідомити про це іншу сторону в письмовому вигляді. Таке повідомлення повинне містити зазначення часу й місця проведення допиту, ім'я й адресу свідка. Допит, за вимогою правила 28 процесуального закону, проводить уповноважена офіційна особа, але сторонам надається право погодити між собою інший порядок проведення допиту (пункт В правила 30 ФПЦП США).

3. Угода про порядок надання документів і ознайомлення з речовими доказами (правило 34 ФПЦП США). Сторона може направити іншій стороні запит про:

– дозвіл на перевірку, копіювання, тестування, вибірку таких предметів, що знаходяться у володінні, на зберіганні чи в розпорядженні відповідача: текстових документів, інформації в електронній (цифровій) формі (творів, графічних зображень, фотографій, звукозаписів, баз даних, що знаходяться на будь-якому носії (пристрої), з якого інформацію можна вилучити безпосередньо або (в разі необхідності) після переведення стороною в доступну форму), предметів матеріального світу;

– доступ до об'єктів права власності, до майна сторони (зокрема, земельних ділянок) і дозвіл оглядати, здійснювати вимірювання, фотографувати та брати зразки на визначених об'єктах.

Стороні, до якої подано відповідний запит, надається строк на відповідь (за загальним правилом – 30 днів). Процесуальним законом також передбачається можливість заперечення щодо надання дозволу на дослідження об'єктів права власності в якості речових доказів і детально регламентована форма такого заперечення.

4. Угода між сторонами про визнання фактів (правило 36 ФПЦП США).

Таким чином, шляхом укладення процесуальних договорів між собою сторони можуть обирати для себе умови вирішення спору, процесуальний порядок вирішення спору, більш зручний, ніж той, що встановлений нормами процесуального закону. Регламентованість широкого спектра процесуальних договорів процесуальними кодексами юрисдикцій загального й континентального права є проявом високого рівня розвитку процесуального законодавства, що відображає тенденцію, досвід якої необхідно врахувати Україні на шляху реформ із метою підвищення ефективності та диспозитивності судового розгляду цивільних справ, дотримання гарантій права на справедливий, неупереджений і своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ як основного завдання цивільного судочинства.

Висновки

Проведене дослідження дозволяє дійти висновку, що класифікація процесуальних

договорів у цивільному судочинстві здійснюється науковцями за низкою критеріїв; переважно за змістом (предметом) процесуального договору, за процесуальними наслідками, до яких призводить укладення такого договору між сторонами. Також розмежовують процесуальні договори за місцем укладення (такі, що укладаються в суді, і позасудові процесуальні договори), за часом укладення (до моменту виникнення спору та після виникнення спору), процесуальні договори, порядок укладення яких прямо регламентований законом і порядок укладення яких законом не встановлений, але може бути визначений на основі аналізу судових прецедентів. Незважаючи на наявність варіантів обґрунтованого розподілу видів процесуальних договорів на зазначені групи, доцільним видається також виокремлення за критерієм функціонального призначення двох основних видів процесуальних договорів (спрямованих на врегулювання окремих процедур під час судового розгляду та спрямованих на врегулювання спорів у позасудовому (альтернативному) порядку).

Список використаних джерел:

1. Юридична енциклопедія: в 6 т. / За ред. Ю. Шемшученка. Київ: «Українська енциклопедія» ім. М.П. Бажана, 1999. Том 2. 784 с.

2. Брановицкий К. Процессуальный договор в доктрине гражданского процесса ФРГ. Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 12. С. 30–33. URL: http://wiselawyer.ru/poleznoe/42577-processualnyj-dogovor-doktrine-grazhdanskogo-processa (дата звернення: 27.11.2018).

3. Zivilprozessordnung (in English). URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p0144 (дата звернення: 29.11.2018).

4. Federal Rules of Civil Procedure. URL: http://www.uscourts.gov/sites/default/files/civil-rules-procedure-dec2017_0.pdf (дата звернення: 1.12.2018).

5. Codice di procedura civile. URL: http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/16/disposizioni-generali-degli-organi-giudiziari (дата звернення: 4.12.2018).

6. Кадье Л. Соглашения относительно процесса во французском праве (о контрактуализации разрешения споров). Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2007. № 6. С. 167–183.

Статья посвящена анализу критериев, которые применяются для разграничения отдельных видов процессуальных договоров в гражданском судопроизводстве. Основываясь на доктринальных подходах, анализе норм национального законодательства государств общего и континентального права, в статье исследуются условия заключения отдельных видов процессуальных договоров.

Ключевые слова: процессуальный договор, диспозитивность, соглашение о подсудности, контрактуализация гражданского процесса, арбитражное соглашение.

The article is dedicated to the analysis of the criteria that are used to distinguish certain types of procedural agreements in civil proceedings and doctrine of various legal systems. Basing on the doctrinal approaches and examination of procedural rules of common law and civil law jurisdictions, the conditions for particular types of procedural agreements are studied.

Key words: procedural agreement, non-mandatoryness, agreement on jurisdiction, contractualization of civil procedure, arbitration agreement.

УДК 347.91/.95

Неля Савчин,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ЗАВДАННЯ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА КРІЗЬ ПРИЗМУ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

У статті аналізуються завдання цивільного судочинства, які закріплені в цивільному процесуальному законодавстві України. Розкривається зміст окремо кожного із завдань цивільного судочинства через призму їх розуміння в практиці Європейського суду з прав людини. Наводяться приклади конкретних рішень Європейського суду з прав людини, які містять визначення поняття чи критерії розуміння змісту таких завдань цивільного судочинства, як справедливий, неупереджений і своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ.

Ключові слова: завдання цивільного судочинства, неупереджений розгляд справи, рішення суду, розумні строки, своєчасний розгляд, справедливий судовий розгляд, судова практика.

Постановка проблеми. Стаття 2 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) визначає, що завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений і своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ із метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави [1]. Цей факт свідчить про те, що законодавець на національному рівні відтворив положення про «право на справедливий суд», закріплене в п. 1 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 р., яка була ратифікована Україною 17 липня 1997 р. (далі – Конвенція). Детальний аналіз завдань цивільного судочинства набуває значної актуальності, оскільки сприяє подальшому розвитку цивільного процесуального законодавства та здійсненню ефективного правосуддя в Україні.

Наукове дослідження й аналіз завдань цивільного судочинства здійснювали у своїх працях такі вчені, як В. Городовенко, О. Захарова, В. Комаров, С. Короєд, Н. Кузнєцова, Р. Куйбіда, С. Курочкін, В. Лагута, Д. Луспеник, В. Лутковська, Н. Луців-Шумська, В. Маляренко, О. Михайленко, Д. Притика, П. Рабінович, З. Ромовська, В. Тертишніков, О. Ткачук, О. Толочко, С. Фурса, Є. Харитонов, С. Чорнооченко, М. Шакарян, М. Штефан, В. Ярков та інші.

Однак, незважаючи на велику кількість досліджень завдань цивільного судочинства, відсутній комплексний аналіз і розкриття змісту кожного із завдань цивільного судочинства крізь призму практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Тому вважаємо за необхідне розкрити зміст завдань цивільного судочинства на основі їх розуміння, яке закріплене в практиці ЄСПЛ.

Мета статті – розкрити зміст кожного із завдань цивільного судочинства, застосовуючи при цьому їх розуміння, яке закріплене в рішеннях ЄСПЛ.

Виклад основного матеріалу. У великому тлумачному словнику сучасної української мови визначено, що завдання – це наперед визначений, запланований для виконання обсяг роботи, справа [2, с. 378].

Ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» передбачене застосування судами в розгляді справ Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 р. та практики Європейського суду з прав людини як джерел права [3].

Ураховуючи той факт, що право на справедливий суд займає основне місце в системі глобальних цінностей демократичного суспільства, ЄСПЛ у своїй практиці пропонує досить широке його тлумачення. Справедливість означає неупередженість дій, суджень, визнання чиєїсь правоти, гідності, відплату кожному на законних і чесних підставах і в цілому відповідність людських взаємин, учинків загальновизнаним моральним і правовим нормам [4, с. 24].

ЄСПЛ виробив два підходи до розуміння справедливості. У широкому значенні це поняття містить усі елементи, передбачені

© Н. Савчин, 2018

п. 1 ст. 6 Конвенції, у вузькому воно поширюється лише на вимогу справедливості, яка в тексті ст. 6 Конвенції використовується разом із процесуальними вимогами публічності й розумності строку судового розгляду [5, с. 190–191].

Як свідчить позиція ЄСПЛ у багатьох справах, основною складовою частиною права на справедливий суд є право доступу в тому розумінні, що особі має бути забезпечена можливість звернутися до суду для вирішення певного питання й що з боку держави не повинні чинитися правові чи практичні перешкоди для здійснення цього права. Так, у справі *Bellet v. France* ЄСПЛ зазначив, що «стаття 6 § 1 Конвенції містить гарантії справедливого судочинства, одним з аспектів яких є доступ до суду. Рівень доступу, наданий національним законодавством, має бути достатнім для забезпечення права особи на суд з огляду на принцип верховенства права в демократичному суспільстві. Для того, щоб доступ був ефективним, особа повинна мати чітку практичну можливість оскаржити дії, які становлять втручання в її права» [6].

Щодо неупередженого розгляду й вирішення цивільних справ, то слід сказати, що слово «неупереджений» тлумачиться як такий, що не має обманної, негативної, заздалегідь сформованої думки, упередження проти кого-, чого-небудь [2, с. 783].

На превеликий жаль, судді часто вдаються до дій, пов'язаних із їхнім упередженим ставленням до однієї зі сторін цивільного процесу. Наприклад, суддя під час допиту свідків безпідставно знімає запитання, тим самим позбавляючи особу, яка їх ставить, можливості отримати об'єктивну інформацію з приводу дійсних обставин справи; безпідставно відмовляє в призначенні судової експертизи; здійснює однобічну оцінку доказів, поданих сторонами в цивільній справі. Слід визнати, що неупереджений розгляд значної кількості цивільних справ на практиці залишається «процесуальним міфом-завданням», а забезпечення можливості реалізації вказаного завдання залежить виключно від свідомості самого судді [7, с. 5]. Ця теза підтверджується закріпленим у ст. 15 Кодексу суддівської етики обов'язком: «Неупереджений розгляд справ є основним обов'язком судді» [8].

Л. Сайкін, Б. Грузд виділяють два аспекти неупередженості: 1) суддя повинен бути суб'єктивно вільний від особистих упереджень і пристрастей; 2) він повинен бути об'єктивно неупереджений, тобто гарантовано виключати будь-які обґрунтовані сумніви в цьому аспекті. Н. Сакара вважає основним інституційним елементом моделі справедливого судочинства суд, який має відповідати вимогам незалежності та неупередженості. В. Городовенко правильно зазначає, що суб'єктивний аспект безсторонності судді забезпечується свободою від ідейного й емоційного впливу й правом і обов'язком ухвалювати рішення виключно на підставі закону. Справедливість стосується внутрішніх настанов, морально-етичних уподобань кожного окремого судді та присяжного, які формують склад суду. Ознаки справедливого й неупередженого судді, як указує Д. Луспеник, можуть бути наявні тоді, коли суддя не ангажований економічними та політичними інтересами тих чи інших груп населення чи державною владою [9].

Важливу роль у розробленні критеріїв неупередженості (тобто безсторонності) як складової частини права на справедливий судовий розгляд відіграє практика ЄСПЛ, у контексті якої повинна формуватися національна судова практика.

Безсторонність (неупередженість) суду означає відсутність упередженості та необ'єктивності. Згідно з усталеною практикою ЄСПЛ наявність безсторонності для цілей п. 1 ст. 6 Конвенції має встановлюватися згідно з:

1) суб'єктивним критерієм, урахувавши особисті переконання та поведінку конкретного судді, тобто чи мав суддя особисту упередженість або чи був він об'єктивним у цій справі;

2) об'єктивним критерієм, іншими словами, шляхом установлення того, чи забезпечував сам суд (і серед інших аспектів – його склад) достатні гарантії для того, щоб виключити будь-який обґрунтований сумнів у його безсторонності (див. рішення у справах «Fey проти Австрії», рішення від 24 лютого 1993 р., Series A № 255, пп. 28 та 30; «Wettstein проти Швейцарії», № 33958/96, п. 42, ECHR 2000-XII).

Між суб'єктивною й об'єктивною безсторонністю немає беззаперечного розмежування, оскільки поведінка судді не тільки може викликати об'єктивні побоювання щодо його безсторонності з погляду стороннього спостерігача (об'єктивний критерій), а й може бути пов'язана з питанням його або її особистих переконань (суб'єктивний критерій) («Kyprianou проти Кіпру» [ВП], № 73797/01, п. 119, ECHR 2005-XIII). Тому в деяких випадках, коли докази для спростування презумпції суб'єктивної безсторонності судді отримати складно, додаткову гарантію дасть вимога об'єктивної безсторонності («Pullar проти Сполученого Королівства», рішення від 10 червня 1996 р., п. 32, Reports 1996-III).

ЄСПЛ зазначає, що навіть вигляд має певну важливість, іншими словами, «має

не лише здійснюватися правосуддя, ще має бути видно, що воно здійснюється». Адже йдеться про довіру, яку в демократичному суспільстві суди повинні вселяти в громадськість («De Cubber проти Бельгії», рішення від 26 жовтня 1984 р., Series A, № 86).

Перша українська справа, де піднімалася проблема об'єктивної безсторонності суду, – справа «Белуха проти України», № 33949/02, рішення від 9 листопада 2006 р. У цій справі заявниця скаржилася на безсторонність суду першої інстанції та його голови, що розглядав її справу. Стосовно суб'єктивного критерію безсторонності ЄСПЛ зазначив, що особиста безсторонність суду презюмується доти, доки не надано доказів протилежного. Стосовно ж об'єктивного критерію, то ЄСПЛ визначив окремо від поведінки голови суду те, чи існували переконливі факти, які б могли свідчити про його безсторонність.

Іншим аспектом неупередженості суду є питання висловлювань суддів, які розглядають справу заявника. Так, у справі «Buscemi проти Італії» (№ 29569/95, рішення від 16 вересня 1999 р.) Суд зазначив, що від судових органів вимагається проявляти максимальну обачність щодо справ, які вони розглядають, щоб зберегти свій імідж як неупереджених суддів. Ця обачність повинна стримувати їх від використання преси, навіть якщо їх провокують до цього. Цей обов'язок накладають високі вимоги правосуддя й характер повноважень суду. У зазначеній справі голова суду публічно зробив заяви, які вказували на те, що він уже сформував неприхильну думку щодо справи заявника до того, як почав головувати у справі. На думку Суду, ці висловлювання були такими, що об'єктивно виправдали побоювання заявника щодо неупередженості суду. Отже, мало місце порушення ст. 6 Конвенції (п. п. 64–69 рішення) [10].

Аналізуючи завдання своєчасності розгляду й вирішення цивільних справ, необхідно звернути увагу на те, що ст. 6 Конвенції також гарантується право на розгляд справи судом у «розумні строки». На рівні процесуального законодавства України розумним прийнято вважати строк, якщо він передбачає час, достатній (з урахуванням обставин справи) для вчинення процесуальної дії, і відповідає завданню цивільного судочинства. Відповідно до цивільного процесуального законодавства України розгляд справ судами протягом розумного строку обмежується певними конкретними термінами залежно від виду юрисдикції, провадження чи категорії справи (наприклад, не більше тридцяти днів із дня початку розгляду справи по суті для цивільних справ, що розглядаються в загальному провадженні (ч. 2 ст. 210 ЦПК України)). При цьому закон визначає лише максимальні часові періоди для вчинення тих чи інших процесуальних дій. Суддям доцільно додержуватися розумних строків розгляду справи й завершувати справи в розумний для кожного випадку строк, не чекаючи на закінчення граничного строку, визначеного процесуальним законодавством.

Слід відмітити, що у своїй практиці ЄСПЛ підходить до цієї проблеми індивідуально. Проте були встановлені певні критерії, у світлі яких слід оцінювати тривалість провадження. Ними є складність справи, поведінка заявника, поведінка судових та інших державних органів, важливість предмету розгляду для заявника.

Між сутністю розумного строку в розумінні українського і європейського законодавця є певна відмінність. Українські процесуальні закони кваліфікують строк як проміжок часу, упродовж якого учасник процесу чи суд повинні вчинити ту чи іншу значиму дію. Інакше кажучи, розумний строк становить сукупність процесуальних строків, установлених законом для вирішення справи з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів без необґрунтованих зволікань. Водночас ЄСПЛ оцінює розумний строк як тривалість усього провадження, починаючи від його порушення й закінчуючи повним виконанням судового рішення. За цією концепцією розумність строку пов'язана з результатом правосуддя – досягненням справедливості й поновленням у правах. Іншими словами, строк розгляду справи є складником розумного строку, а останній містить час, упродовж якого справа вирішується судами всіх інстанцій, а також строк виконання судового рішення [11, с. 36–37].

У рішенні у справі *«Броуган (Brogan) та інші проти Сполученого Королівства»* ЄСПЛ роз'яснив, що строк, який можна визначити розумним, не може бути однаковим для всіх справ, і було б неприродно встановлювати один строк у конкретному цифровому виразі для всіх випадків [12]. Таким чином, у кожній справі виникає проблема оцінки розумності строку, яка залежить від певних обставин. Довгий розгляд справи може бути визнаний розумним, якщо сама справа є складною як із фактичного, так і з правового боку.

У разі необхідності особа, яка звертається до ЄСПЛ із заявою про визнання розгляду справи необґрунтовано довгим, має довести, що вона особисто не вчиняла дій, спрямованих на затягування процесу. Отже, ЄСПЛ кожного разу оцінює поведінку заявника та її

вплив на тривалість розгляду справи. Яскравим прикладом, коли поведінка заявників стала однією з причин тривалого розгляду спору, є справа *«Чірікоста і Віола проти Італії»*, де 15-річний строк розгляду було визнано виправданим, оскільки самі заявники сімнадцять разів зверталися з проханням про відстрочення процесу й не заперечували проти шістьох перенесень розгляду, здійснених на підставі заяви іншої сторони у справі. Водночас використання всіх засобів оскарження, які передбачені національним законодавством, не вважається ЄСПЛ таким, що свідчить про затягування строків розгляду справи через поведінку заявника. Крім поведінки заявника, під час установлення розумності строків розгляду справ ЄСПЛ аналізує й поведінку органів влади. Серед основних причин затягування розгляду справ із вини держави, як правило, є велике навантаження на суди, недофінансування судів, відсутність достатньої кількості суддів і допоміжних працівників тощо. Затягування строків розгляду справ також може відбуватися внаслідок несвоєчасного проведення судових експертиз. ЄСПЛ зобов'язує суддів слідкувати за проведенням цих експертиз: «Експерти працюють у межах судового розгляду, який контролюється суддею. Він залишається відповідальним за підготовку справи до судового розгляду та швидкий хід процесу». Порушенням розумних строків розгляду справ про цивільні права й обов'язки може вважатися тривале невиконання судових рішень із вини державних органів. Згідно з прецедентною практикою ЄСПЛ, процедура виконання рішень суду є невід'ємною частиною судового розгляду [13, с. 8].

Найбільш поширеними причинами затягування розгляду судових справ є такі:

1) неявка сторін у судове засідання;

2) учинення зацікавленою стороною навмисних дій із затягування розгляду справи (відкладення розгляду справи без належного доведення поважності причин), на що суддя не реагує чи реагує неефективно;

3) невиправдано тривалі перерви в судових засіданнях;

4) перебування судді в нарадчій кімнаті в іншій справі;

5) безпідставне зупинення провадження у справі до розгляду кримінальної справи;

6) призначення судової експертизи та необґрунтована тривалість її проведення;

7) нині до зазначеного переліку поширених підстав для відкладення розгляду справи, безперечно, можна віднести закінчення повноважень суддів (які були призначені на посаду строком на 5 років), що сприяє збільшенню навантаження на «працюючих» суддів, або проходження суддею кваліфікаційного оцінювання [14].

Великим здобутком ЄСПЛ, що важливо для національної судової практики, є те, що ним розроблена система критеріїв ефективності засобу правового захисту права на справедливий судовий розгляд у розумний строк, а саме: 1) одним із кращих превентивних засобів є закріплення абсолютних і безумовних строків розгляду справи; 2) правовий засіб захисту повинен бути ефективним, достатнім і доступним, а процедура – досить короткою; 3) засіб є ефективним, якщо його можна використати для прискорення ухвалення рішення суду, що розглядає справу, або якщо він дає учаснику процесу адекватну компенсацію за затримку, яка вже відбулася; 4) найбільш ефективним рішенням слід визнати наявність правового засобу захисту, спрямованого на перевірку процесу для попередження затримок, що має беззаперечні переваги порівняно із засобами правового захисту лише компенсаторного характеру, оскільки перший попереджає послідовні порушення стосовно таких же видів розгляду, а не просто виправляє порушення *a posteriory;* 5) сполучення двох видів засобів захисту (перший спрямований на прискорення процесу, а другий – на визначення компенсації), що є найкращим рішенням, при цьому переваги повинні надаватися прискорювальним, а не компенсаторним засобам; 6) засіб правового захисту повинен застосовуватися як для проваджень у справах, розгляд яких не завершений, так і для проваджень у справах, які закінчилися; провадження в таких справах має проводитися за спеціальними правилами, які відрізняються від звичайних; 7) засіб правового захисту повинен забезпечувати відшкодування матеріальної та моральної шкоди; 8) рівень компенсації повинен бути адекватним і відповідати рівню компенсації, що присуджується ЄСПЛ [15, с. 7–10].

Висновки

Ураховуючи аналіз практики ЄСПЛ, можна стверджувати, що національне процесуальне законодавство не відтворює повністю позиції ЄСПЛ щодо розкриття змісту завдань цивільного судочинства. Таким чином, завдання цивільного судочинства, яким є справедливий, неупереджений і своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ із метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави, на практиці часто залишається нереалізованим. Практика ЄСПЛ щодо України свідчить про те, що причинами порушення прав людини

частіше за все є недосконале законодавство нашої держави чи його неправильне практичне застосування державними органами та судовими інстанціями.

Список використаних джерел:

1. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV (редакція від 28 серпня 2018 р.). Верховна Рада України. URL: https://goo.gl/5RuYjm (дата звернення: 27.10.2018).

2. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В. Бусел. К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.

3. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV (редакція від 02 грудня 2012 р.). Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15 (дата звернення: 19.11.2018).

4. Середенко К. «Справедливий суд» у розумінні європейського суду з прав людини. Матеріали «круглого столу» Роль практики Європейського Суду з прав людини у ствердженні принципу верховенства права, Миколаїв, 8 грудня 2016 р. С. 23–28.

5. Ткачук О. Витоки сучасного розуміння права на справедливий суд. Visegrad Journal on Human Rights. 2016. № 1/2. С. 188–193.

6. Коваль І. Право на справедливий суд: практика Європейського суду з прав людини щодо України. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_7474 (дата звернення: 27.11.2018).

7. Братель О. Новий погляд на проблемні питання визначення завдань та мети цивільного судочинства. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 4. С. 3–12.

8. Про затвердження Кодексу суддівської етики: рішення XI з'їзду суддів України від 22 лютого 2013 р. URL: https://goo.gl/7TTHUC (дата звернення: 15.11.2018).

9. Колісник О. Належний суд як одна з передумов справедливого та неупередженого судочинства. URL: https://goo.gl/Z9qVvb (дата звернення: 17.11.2018).

10. Незалежний та неупереджений суд. URL: https://goo.gl/amRm1N (дата звернення: 25.10.2018).

11. Гуйван П. Своєчасний розгляд справи як елемент права на справедливий суд. Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки. 2018. Том 29 (68) № 1. С. 36–42.

12. Справа «Броуґан та інші проти Сполученого Королівства» (Case of Brogan and others v. the United Kingdom). Європейський суд з прав людини (рішення від 29 листопада 1988 р.). URL: http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=430 (дата звернення: 21.11.2018).

13. Банчук О. Розумний строк розгляду справи у суді: європейські стандарти та українські реалії. Адвокат. 2005. № 11 (62). С. 7–10.

14. Притягнення до відповідальності суддів за пропуск строків розгляду справи: законність і справедливість. URL: https://goo.gl/Mhk1av (дата звернення: 15.11.2018).

15. «Kudla v. Poland», 26 October 2000. URL: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58920 (дата звернення: 17.11.2018).

В статье анализируются задания гражданского судопроизводства, закрепленные в гражданском процессуальном законодательстве Украины. Раскрывается содержание отдельно каждого из заданий гражданского судопроизводства сквозь призму их понимания в практике Европейского суда по правам человека. Приводятся примеры конкретных решений Европейского суда по правам человека, которые содержат определение понятия или критерии понимания смысла таких заданий гражданского судопроизводства, как справедливое, беспристрастное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел.

Ключевые слова: задания гражданского судопроизводства, беспристрастное рассмотрение дела, решение суда, разумные сроки, своевременное рассмотрение, справедливое судебное разбирательство, судебная практика.

The article analyzes the tasks of civil proceedings, enshrined in the civil procedural legislation of Ukraine. The content of each of the tasks of civil proceedings is disclosed through the prism of their understanding in the practice of the European Court of Human Rights. Examples are given of specific decisions of the European Court of Human Rights which contain a definition of the concept or criterion for understanding the meaning of such tasks of civil justice as fair, impartial and timely consideration and resolution of civil cases.

Key words: tasks of civil proceedings, impartial consideration of the case, court decision, reasonable time, timely review, fair trial, judicial practice.

УДК 347.23.1

Володимир Скрипник,
канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри галузевих юридичних наук
Кременчуцького національного університету
імені Михайла Остроградського

ЖИТЛО ЯК ОСОБЛИВИЙ ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Стаття присвячена з'ясуванню поняття «жиле приміщення», визначенню особливостей його правового режиму. Установлено, що житло як об'єкт цивільного права має спеціальний правовий статус. Запропоновано систематизувати правові норми, які містяться в окремих галузях законодавства, в окрему главу Цивільного кодексу України в розділі «Об'єкти цивільних прав».

Ключові слова: об'єкти цивільних прав, майно, житло, правовий режим.

Постановка проблеми. Одне з конституційних прав громадян України – право на житло – є складовою частиною права на достатній життєвий рівень (ст. 48 Конституції України). Житло є підґрунтям благополуччя громадян і використовується для особистого споживання й задоволення інших потреб унаслідок укладення відповідних правочинів. Охорона та захист прав і свобод громадян є одним із пріоритетних напрямів діяльності держави.

Необхідність удосконалення законодавства, яке регулює правовий режим житла, умови й порядок його обороту, практику застосування, створення оптимальної моделі захисту як приватних, так і публічних інтересів, є науковою проблемою, що потребує ретельного вивчення й аналізу.

Проблемам правового регулювання жилих приміщень присвячена низка праць сучасних вітчизняних учених: М.К. Галянтича, О.В. Дзери, Ю.О. Заіки, Н.С. Кузнєцової, І.М. Кучеренко, Р.А. Майданика, Є.О. Мічуріна, С.О. Сліпченка, І.В. Спасибо-Фатєєвої, Є.О. Харитонова, Р.Б. Шишки, Ю.О. Балюк, М.В. Бернацького, І.А. Бірюкова, М.В. Скаржинського, О.В. Соболєва та ін.

Проте в більшості наукових праць ця багатоаспектна проблематика проаналізована дотично. Значне коло питань правового регулювання правовідносин із житлом належно не вирішено в нормотворчій практиці та не висвітлено в теоретичних дослідженнях.

Учений М.К. Галянтич слушно зазначає, що оновлене законодавство неповною мірою узгоджується з його якістю. Потребує вдосконалення термінологічний апарат у житловій сфері. Наприклад, варто закріпити єдине розуміння понять «будівля», «споруда», «приміщення», у якому знаходяться житлові приміщення [1, с. 563].

Метою статті є з'ясування поняття «жиле приміщення», визначення особливостей його правового режиму як спеціального об'єкта цивільних прав, передусім як об'єкта речових і зобов'язальних цивільно-правових відносин.

Виклад основного матеріалу. Поняття майна є не лише одним із найменш розроблених у теорії, а й проблемним у законодавстві [17, с. 290]. Аналогічно не менш проблемним залишається в цивілістичній доктрині й поняття «житло» як різновид майна. Установлення категорії житло дає змогу з'ясувати можливості вчинення із цим об'єктом тих чи інших юридично значимих дій. У статті 329 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України Книги 3 «Право власності та інші речові права» законодавець наводить перелік об'єктів, які розглядає як житло, й ознаки таких об'єктів. Так, житлом фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше жиле приміщення, призначені та придатні для постійного або тимчасового проживання в них.

Зазначимо, що М.В. Скаржинський пропонує розрізняти поняття житла у вузькому й широкому розумінні. У вузькому розумінні житло – це призначений для постійного проживання й визнаний цивільним правом різновид нерухомого майна як складова частина загальноправового, конституційного інституту житла у вигляді вибраного місця, адресно-географічні координати якого визначають приміщення, спеціально призначене для вільного проживання людини, яке становить поняття житла в широкому розумінні [15, с. 5].

Таке доктринальне поняття має право на існування, проте не зовсім погоджується із сучасним законодавчим трактуванням поняття житла, яке допускається й для тимча-

© В. Скрипник, 2018

сового проживання. З іншого боку, незважаючи на застереження автора, що це поняття «вузьке», воно дає змогу вважати житлом і місце відбування кримінального покарання, скажімо, осіб, засуджених довічно, що суперечитиме правовій природі житла.

Розширене тлумачення поняття «житло» подано в ч. 5 п. 22 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 6 листопада 2009 р. № 10. Вирішуючи питання про наявність у діях винної особи такої кваліфікаційної ознаки, як проникнення в житло, інше приміщення чи сховище, суди повинні врахувати, що під житлом потрібно розуміти приміщення, призначене для постійного або тимчасового проживання людей (будинок, квартира, дача, номер у готелі тощо).

До житла прирівнюються також ті його частини, у яких може зберігатися майно (балкон, веранда, комора тощо), за винятком господарських приміщень, не пов'язаних безпосередньо із житлом (гараж, сарай тощо) [13]. У цьому випадку поняття «житло» практично ототожнюється з поняттям «приміщення», що виправдано підвищеною суспільною небезпекою такого корисливого злочину.

Поняття «житло» визначає й поняття «місце проживання». Так, у ст. 3 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» від 11 грудня 2003 р. розмежовуються поняття «місце перебування» й «місце проживання» [12].

Місце перебування – адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком менше ніж шість місяців на рік, а місце проживання – житло, розташоване на території адміністративно-територіальної одиниці, у якому особа проживає, а також спеціалізовані соціальні установи, заклади соціального обслуговування та соціального захисту, військові частини.

Поняття «житлове приміщення» («житлова будівля» застосовується в законодавстві в різних значеннях: як родове поняття, що охоплює всі види житлових приміщень (квартири, житлові будинки тощо), які можуть бути об'єктом договору найму житлового приміщення; як частина житлового приміщення (квартира, кімната і багатоквартирному будинку); як облікова категорія поряд із житловим будинком [7, с. 24].

Житлом уважається не будь-яке приміщення, а лише таке, яке призначене саме для проживання, як постійного, так і тимчасового. На належність тієї чи іншої нерухомості до житла вказує й інвентаризація щодо цього об'єкта, яка проводиться відповідно до Інструкції про порядок проведення технічної інвентаризації об'єктів нерухомого майна, затвердженої Наказом Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 24 травня 2001 р. № 127 [8]. Інструкція, яка визначає порядок і методику проведення технічної інвентаризації збудованих (реконструйованих) будинків, допоміжних будівель і споруд для визначення їх фактичної площі та об'єму (щодо проектних); обстеження й оцінювання технічного стану наявних об'єктів; установлення вартості об'єктів.

Європейський суд з прав людини, розглядаючи справу щодо поняття «житло» (справа «Баклі проти Сполученого Королівства»), розуміє його як «місце постійного проживання особи, незалежно від форми чи підстави такого проживання, навіть якщо таке облаштування здійснене з порушенням національного законодавства» [18]. Тобто самовільно зведені будівлі, без відповідних дозволів, побудовані з порушенням установлених технічних і санітарних норм також пропонується вважати житлом, незважаючи на порушення законодавства під час його будівництва.

Житло – це завжди об'єкт нерухомого майна. Як об'єкт цивільних прав житло характеризується й особливим, рукотворним походженням, яке полягає в забудові земельної ділянки в установленому порядку.

Характерними ознаками жилого приміщення як речі є його складність, наявність низки обов'язкових складових елементів (стін, стелі, підлоги, дверних отворів) і факультативних складників – вікон, електропроводки, каналізації тощо, які сукупно становлять поняття «жиле приміщення».

Ознакою житла, як зазначають М.К. Галянтич та М.Д. Пленюк, є його призначеність і придатність для проживання в ньому людини, воно має відповідати встановленим будівельним, архітектурним, санітарним, пожежним та іншим нормам. Його придатність регламентується житловим і містобудівним законодавством України [9].

Придатність житла для проживання означає відповідність приміщення низці формальних вимог, як технічних, так і санітарних.

Нормативно визначено дві основні вимоги придатності житлового приміщення – технічну й санітарну. Складником технічної придатності житла є правило, згідно з яким житлове приміщення має відповідати вимогам будівельних норм і правил (зокрема Державним будівельним нормам України. Будинки і споруди. Житлові будинки. Основні положення ДБН В.2.2-15-2005, затвердженим

Наказом Держбуду України від 18 травня 2005 р. № 80) [4].

Санітарна придатність житла означає, що воно відповідає певним санітарно-гігієнічним вимогам, тобто можливості людини проживати в цьому приміщенні без шкоди для здоров'я (ступінь природного освітлення, рівня шуму, вібрації, випромінювань, як іонізуючих, так і неіонізуючих, тощо). Житло, яке не відповідає санітарним вимогам, не може надаватися як для постійного, так і для на тимчасового проживання. Житло визнається непридатним для проживання на підставах і в порядку, установленому законом.

Нам не видається обов'язковою ознакою житлового приміщення його «опалюваність», як це пропонують окремі науковці [3, с. 15], оскільки в окремих південних місцевостях з урахуванням природно-кліматичних особливостей житлові приміщення не опалюються.

Аналіз чинного законодавства дає змогу виокремити ознаки приміщення, наявність яких дає можливість розглядати його як житло, а саме: а) нерухомість приміщення; б) ізольованість (дах, підлога); в) придатність для постійного проживання громадян.

Особливістю житла в багатоквартирних будинках є те, що цей об'єкт являє собою складну і складову річ, яку неможливо виокремити. Наприклад, стеля в одній квартирі виконує функцію підлоги в іншій.

У характеристиці об'єкта цивільних прав головною категорію є правовий режим. Зміни політичного й економічного ладу суспільства зумовили істотні зміни у правовому регулюванні у сфері низки складних соціальних процесів, передусім пов'язаних із житлом. Найважливішим елементом правового режиму житла є порядок його створення, здачі в експлуатацію. Не менш важливим елементом правового режиму є потенційна активність власника чи володільця цивільних прав, тобто можливість здійснювати свої права, у тому числі й укладати правочини із житлом.

Зміна статусу житла – з державного чи комунального на приватне, можлива виключно на добровільних засадах. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» (у ред. від 25 липня 2018 р.), до об'єктів приватизації належать квартири багатоквартирних будинків, одноквартирні будинки, житлові приміщення в гуртожитках (житлові кімнати, житлові блоки (секції)), кімнати у квартирах та одноквартирних будинках, де мешкають два й більше наймачів (далі – квартири (будинки), які використовуються громадянами на умовах найму) [11].

У чинному законодавстві не існує легального визначення майна, що обслуговує будинок. Майном традиційно вважають приміщення загального користування або допоміжні приміщення багатоквартирного будинку – приміщення, призначені для забезпечення експлуатації будинку, побутового обслуговування мешканців будинку: під'їзд, сходові клітини, вестибюлі, перехідні шлюзи, позаквартирні коридори, колясочні, комори, камери для сміття, горища, підвали, а також механічне, електричне, сантехнічне та інше обладнання за межами або всередині квартири, будинку тощо.

Заслуговує на увагу досвід деяких зарубіжних країн, у яких регулювання відносин, пов'язаних із нерухомим майном, здійснюється саме внаслідок установлення в законодавстві загальних правил саме для всіх об'єктів нерухомості. Так, в Ізраїлі діє спеціальний Закон «Про нерухоме майно», відповідно до ст. 84 якого встановлено, що загальні норми Закону про оренду діють щодо оренди нерухомого майна з урахуванням обмежень, установлених у відповідній частині цього Закону [2, с. 132].

Житлова нерухомість – підґрунтя особистого існування громадян, і вона використовується для особистого споживання. Користування нею зачіпає інтереси широкого кола осіб, які не завжди є її власниками. Тому права володіння, користування й розпорядження житлом обмежені законом. Операції з нею (у тому числі обіг) вимагають певних процедур, що забезпечують інтереси держави та інших суб'єктів цивільних правовідносин (наприклад, неповнолітніх дітей власника житла чи його подружжя).

Держава зацікавлена у збереженні житла, у тому числі того, що належить особі на праві власності. На володільця житла покладаються обов'язки, які випливають із тісного зв'язку житла із земельною ділянкою, на якій воно розташоване. Особливий правовий режим житла, що є об'єктом нерухомості, зумовлює покладання на його титульного володільця (власника) обов'язків, яких не існує у правовідносинах з іншими об'єктами цивільних прав. Скажімо, власник «несе тягар» утримання майна, обов'язок сплати податків, у разі відчуження вартість об'єкта визначається не за погодженням сторін, якщо йдеться про двосторонні правочини, а в установленому порядку незалежними експертами, які мають ліцензію на цей вид підприємницької діяльності.

Двоїста природа житла як об'єкта цивільних прав виявляється й у тому, що житло є об'єктом права власності (приватної, державної, комунальної), з одного боку, і, від-

повідно, може бути предметом у правочинах, пов'язаних із відчуженням власності (купівлі-продажу, міни, дарування, довічного утримання, оренди з правом викупу тощо).

З іншого боку, житло є місцем як постійного, так і тимчасового проживання особи, тобто є засобом реалізації особистого немайнового права – права на житло.

Житло водночас є й об'єктом публічно-правових відносин. Примусове припинення права власності необхідно розглядати як самостійний публічно-приватний інститут цивільного права, який визначає підстави, порядок і процедуру вилучення у власника, і систему гарантій, що забезпечують захист інтересів власника, залежно від підстав вилучення майна [16, с. 62].

Житло, як і різновид майна, за наявності відповідних підстав може бути вилучено у власника як оплатно, так і безоплатно. Серед підстав примусового припинення права власності з виплатою власнику компенсації чинне законодавство визначає такі:

– викуп пам'яток культурної спадщини;

– викуп земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю;

– примусове відчуження земельних ділянок приватної власності, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності відповідно до закону;

– звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника;

– реквізиція (ст. 353 ЦК України) тощо.

У статті 1 Протоколу до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод проголошується: «Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше, як в інтересах суспільства та на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. Проте попередні положення зовсім не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користування майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів» [14].

У зв'язку з масштабним будівництвом набуває актуальності й такий спосіб припинення права власності на житло, як примусове відчуження земельних ділянок із житловими будівлями для задоволення загальнодержавного та суспільного інтересів.

На особливий правовий режим жилого приміщення вказує й порядок примусового відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, за суспільної необхідності. Ця процедура, окрім ст. 350 ЦК України, регламентується спеціальним нормативним актом – Законом України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» від 17 листопада 2009 р. [10], прийняття якого, по суті, зумовило оформлення цілісного комплексного правового інституту, норми якого містяться в конституційному, цивільному, земельному та адміністративному законодавстві.

Висновки

Феномен житла як об'єкта цивільного права, поєднання із земельною ділянкою, велика соціальна й економічна значущість зумовлюють його особливий правовий режим у сфері цивільного обороту, насамперед формалізм, пов'язаний із відчуженням і передаванням житла, проведення оцінювання житла, особлива процедура набуття у власність чи користування, установлення певних обмежень у користуванні та підстав припинення права на конкретне житло.

Сьогодні є необхідність уніфікувати понятійний апарат («житло», «житлове приміщення», «квартира» у сфері статистичних і динамічних правовідносин із житлом) і врахувати особливості правового статусу таких об'єктів, оптимізувати правовий режим такого об'єкта цивільних прав, як житло, за допомогою систематизації окремих і розрізнених правових норм, що містяться в окремих галузях законодавства, в окрему главу ЦК України в розділі «Об'єкти цивільних прав», за аналогією з наявною окремою главою «Цінні папери». У цій главі необхідно звести в єдиний комплекс усі правові норми, які визначають поняття житла, його ознаки, порядок будівництва житла, умови його перепланування чи переобладнання, способи набуття й підстави вилучення житла, правовий режим такого об'єкта загалом, повноваження власника й титульного володільця, а також межі втручання держави в ці повноваження.

Список використаних джерел:

1. Галянтич М.К. Розвиток доктрини житлового права. Правова доктрина України: у 5 т. Харків: Право, 2013. Т. 3: Доктрина приватного права України / Н.С. Кузнєцова, Є.О. Харитонов, Р.А. Майданик та ін.; за заг. ред. Н.С. Кузнєцової. С. 642–665.

2. Гражданское законодательство Израиля / сост., предисл., пер. с иврита М.С. Хейфец; науч. ред. Н.Э. Лившиц. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2003. 480 с.

3. Демченко О.В. Правовий режим майна в багатоквартирному житловому будинку: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00. Київ, 2011. 20 с.

4. Державні будівельні норми України. Будинки і споруди. Житлові будинки. Основні положення ДБН В.2.2-15-2005, затверджені Наказом Держбуду України від 18 травня 2005 р. № 80 (зі змінами). URL: http://dbn.co.ua/load/normativy/dbn/1-1-0-1.

5. Дзера О.В. Вибране: збірник наукових праць. Київська школа цивілістики. Київ: Юрінком Інтер, 2016. 872 с.

6. Житлове законодавство в Україні: стан та шляхи удосконалення: монографія / за заг. ред. М.К. Галянтича. Київ: КВІЦ, 2006. 564 с.

7. Житлове право України: навчальний посібник / за ред. В.С. Гопанчука, Ю.О. Заіки. Київ: Істина, 2003. 208 с.

8. Інструкція про порядок проведення технічної інвентаризації об'єктів нерухомого майна від 24 травня 2001 р., затв. Наказом Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України № 127. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0582-01.

9. Право власності на житло в Україні: доктрина та реалізація: монографія / за заг. ред. О.Д. Крупчана та В.В. Луця. Київ: НДІ ПрПіП ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2016. 247 с.

10. Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності: Закон України від 17 листопада 2009 р. Відомості Верховної Ради України. 2010. № 1. Ст. 2.

11. Про приватизацію державного житлового фонду: Закон України від 19 червня 1992 р. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 36. Ст. 524.

12. Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні: Закон України від 11 грудня 2003 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1382-15.

13. Про судову практику у справах про злочини проти власності: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0010700-09.

14. Протокол до Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини (Париж, 20.III.1952). URL: http://www.coe.kiev.ua/docs/cets/cets009.htm.

15. Скаржинський М.В. Житло як об'єкт цивільно-правових відносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Київ, 2006. 21 с.

16. Скрипник В.Л. Захист права власності при примусовому припиненні права власності: монографія. Кременчук: Вид. Щербатих О.В., 2018. 200 с.

17. Спасибо-Фатеева И.В. Понятие имущества и имущественных прав и их места среди объектов гражданских прав. Страницы Харьковской цивилистики: в 3 ч. Харьков: ХНУ им. В.Н. Каразина, 2010. Ч. 3: Доктора Харьковской цивилистической школы / сост. С.Н. Бервено, И.В. Венедиктова, Е.А. Греков и др.; под общ. ред. И.В. Венедиктовой и С.Н. Бервено. С. 288–307.

18. Справа «Баклі проти Сполученого Королівства». CaseofBuckleyv. The United Kingdom judgment of 29 September 1996. URL: http://nudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58076#(«itemid»:[“001-58076»]}.

Статья посвящена изучению понятия «жилое помещение», определению особенностей его правового режима. Установлено, что жилье как объект гражданского права имеет специальный правовой статус. Предложено систематизировать правовые нормы, которые содержатся в отдельных отраслях законодательства, в отдельную главу Гражданского кодекса Украины в разделе «Объекты гражданских прав».

Ключевые слова: объекты гражданских прав, имущество, жилые помещения, правовой режим.

The article is devoted to the clarification of “living quarters”, determination of its legal regime characteristics. It has been established that housing as an object of civil law has a special legal status. It is proposed to systematize the legal norms contained in separate branches of legislation into a separate chapter of the Civil Code of Ukraine in the section “Objects of civil rights”.

Key words: objects of civil rights, property, dwelling, legal regime.

УДК 347.161+347.61/.64

Олександр Соболєв,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ЛЮБОВ ЯК МОРАЛЬНО-ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА

У статті розглянуто любов як морально-правову категорію приватного права. Доведено, що правове значення любові потенційно може виявлятися в цивільних правовідносинах, пов'язаних із визнанням судом особи обмежено дієздатною чи недієздатною, та в сімейних правовідносинах, зокрема шлюбних, оскільки Всесвітньою організацією охорони здоров'я у 2011 році любов зараховано до психічних захворювань. Аргументовано, що юридичному факту – шлюбу, що є підставою створення сім'ї, може «юридично загрожувати» любов; певний стан любові може бути визнаний психічним захворюванням, що може впливати на можливість визнання шлюбу недійсним.

Ключові слова: любов, морально-правова категорія, приватне право, психічне захворювання, обмеження дієздатності, визнання особи недієздатною, шлюб, вільна згода на укладення шлюбу, недійсність шлюбу.

Попытаешься рассуждать о любви –
потеряешь рассудок
Французская пословица

Постановка проблеми. Сьогодні вже не виникає жодних сумнівів, що галузі науки повністю ізолювати одна від одної неможливо. Це стосується і юриспруденції. Звісно, правові норми різноманітних галузей права містять у собі терміни, зміст яких не розкривається безпосередньо як у самій нормі права, так і в законодавстві загалом. Прикладом цього можуть слугувати деякі норми приватного права, які містять такі терміни, як «блага» (глава 15 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 року (далі – ЦК України)), «любов» (абз. 4 ч. 2 ст. 1; ч. 1 ст. 55 Сімейного кодексу України від 10 січня 2002 року (далі – СК України)), «смерть» (ч. 1 ст. 1220 ЦК України), «воля» (ч. 3 ст. 203 ЦК України) тощо. Визначення зазначених термінів розкривається в галузях науки, які не належать до правових, проте включення їх до тексту нормативно-правових актів надає їм певну «правову оболонку». Можна зазначити, що таке моральне благо, як любов, стає морально-правовою категорією й має певне правове значення, зокрема, у приватноправових відносинах.

Дослідження значення любові на розвиток приватноправових відносин у доктрині приватного права ретельно не здійснювалось. Проведено окремі дослідження підстав недійсності шлюбу [1], морально-правових принципів у сімейному праві України [2], підстав і порядку обмеження дієздатності фізичної особи чи визнання її недієздатною [3; 4]. Проте всі ці дослідження не стосувалися характеристики психічного стану особи з урахуванням впливу любові.

Метою статті є з'ясування правового значення любові як морально-правової категорії та можливої підстави визнання фізичної особи обмежено дієздатною чи недієздатною, визначення правових наслідків, пов'язаних із цим почуттям людини, щодо укладення шлюбу, визнання його недійсним.

Виклад основного матеріалу. Термін «любов» зустрічається в СК України в трьох випадках. У частині 2 ст. 1 СК України зазначається, що регулювання сімейних відносин здійснюється СК України з метою побудови сімейних відносин на паритетних засадах, на почуттях взаємної любові та поваги, взаємодопомоги й підтримки. Частина 1 ст. 55 СК України передбачає, що дружина і чоловік зобов'язані спільно піклуватися про побудову сімейних відносин між собою та іншими членами сім'ї на почуттях взаємної любові, поваги, дружби, взаємодопомоги. Відповідно до ч. 1 ст. 150 СК України, батьки зобов'язані виховувати дитину в дусі поваги до прав і свобод інших людей, любові до своєї сім'ї та родини, свого народу, своєї Батьківщини. У цьому контексті необхідно розрізняти передусім різні прояви любові як моральної категорії: любов до дружини (чоловіка); любов до дитини; любов до батьків; любов до сім'ї та родини; любов до свого народу, своєї Батьківщини.

Із системного аналізу СК України можна дійти висновку, що хоча визначення шлюбу

© О. Соболєв, 2018

як сімейного союзу жінки і чоловіка, який зареєстрований у органі державної реєстрації актів цивільного стану (ч. 1 ст. 21 СК України), не містить поняття любові, проте саме любов і є мотивом для його укладення. Незважаючи на те що любов у сімейних стосунках існує в різних проявах (любов батьків до дитини, любов дитини до матері та батька), науковий інтерес становить визначення правових наслідків любові між чоловіком і жінкою в тих відносинах, які підлягають правовому регулюванню.

Перш ніж розглянути прояви любові в сімейному праві та її правові наслідки, необхідно визначитися з тлумаченням цього терміна в різних галузях знань. Так, етика визначає любов як вище морально-естетичне почуття, яке означає міцну душевну прихильність і безкорисливе прагнення до іншої людини. Любов будується на таких якостях, як безкорисливість, самовідданість, самовіддача. Любов – дуже емоційне почуття, вона характеризується високим душевним піднесенням, розквітом бажань, високою готовністю розчинитися в предметі любові. Любов завжди соціальна. Вона сама є проявом соціальності людини. Любов – провідна потреба людини й головний аспект її існування в людському суспільстві [5].

Що стосується психології, то наприкінці XX сторіччя соціальні психологи значно просунулися вперед, вивчаючи природу любові, як вона зароджується й розквітає. Стародавні греки вважали, що це дивне, таке, що супроводжується отупінням, відчуття, це суміш головокружіння, бажання, радості і тривоги, яке набуває форми божевілля (курсив наш – О. С.), призводить до різноманітних ірраціональних вчинків і проявів одержимості (курсив наш – О. С.) [6, с. 347].

Сучасні психологи вважають, що любов – це відносно стійке, глибинне, що досягає сили пристрасті, домінуюче почуття тяжіння одного індивіда до іншого індивіда, інтуїтивно прийнятого як максимальна цінність. Індивідуально-інтимне почуття любові пов'язане з традиціями та нормами суспільства, особливостями сімейного виховання. Проте у виникненні любові першопричинну роль можуть відігравати й ситуативні фактори, що обумовлюють абсолютне прийняття любимої людини, яке іноді призводить до зниження загальноприйнятих вимог до неї [7, с. 204].

Психологи вважають, що любов – це комплексний афективний стан і переживання, пов'язане з первісним лібідинозним катексисом об'єкта. Почуття характеризується піднесеним настроєм та ейфорією, іноді екстазом, часом болем, обмеження ж у любові може викликати значні психічні зрушення [7, с. 204; 8].

Як цілісно-еротична гіпердомінанта любов може чинити гальмівний вплив на різноманітні сфери психічної діяльності людини [7, с. 204].

Філософія визначає любов як поглиблене почуття, спрямоване на іншу особу, людську спільність або ідею. Любов включає в себе порив і волю до сталості, що оформлюється в етичні вимоги вірності. Любов виникає саме через вільне й «непередбачуване» вираження глибин особистості, її не можна примусово ні викликати, ні подолати. Важливість і складність явища любові визначається тим, що в ньому, як у фокусі, перетинаються протилежності біологічного й духовного, особистого й соціального, інтимного й загальнозначущого [9, с. 328–329].

Багато уваги почуттю любові приділялося з боку психіатрів. Так, ще наприкінці XIX сторіччя німецький психоневролог Рихард фон Крафт-Ебінг – засновник сучасної сексопатології, видав фундаментальну наукову працю з психопатології під назвою «Злочини любові. Статева психопатія». У роботі автор приділив велику увагу сексуальній патології: садизму, мазохізму, асексуальності тощо [10]. Фактично в той самий час відомий італійський учений і криміналіст Чезаре Ломброзо видає наукову працю «Любов у схиблених», де приділяє увагу виникненню фактів божевілля від любові [11, с. 363].

Звертає на себе увагу медичне визначення любові. Любов – це типове антропонозне захворювання, що характеризується ураженням життєво-важливих органів, частково серця й центральної нервової системи. Клініка: інкубаційний період індивідуально, від декількох секунд до десятиріч. У стадії розпалу відзначається тахікардія, тахіпное, розгубленість, блідість шкіри, слинотеча тощо. Ускладнення: суїцид, психоз, істерія [12]. Американські лікарі вважають любов дійсно хворобою, гострим психічним розладом.

І тепер дослідження факту любові як психічного захворювання не втратило актуальності. Так, на початку XXI сторіччя англієць, практикуючий психолог-клініцист Френк Телліс видає наукову працю «Любовна хвороба: любов як психічний розлад» (під час перекладі російською мовою книга отримала назву «Любов як хвороба»), в якій він приділяє значну увагу розгляду такого неоднозначного з психологічного погляду стану, як любов. Варто звернути увагу на те, що Ф. Телліс навіть запропонував перелік симптомів цієї хвороби, до яких зарахував депресію, купівлю коштовних подарунків,

нав'язливі ідеї, жалість щодо себе, безсоння й багато іншого [13].

Звернувшись до історії, треба зазначити, що з часів Галена до XVII сторіччя лікарі вважали любовну недугу цілком обґрунтованим і допустимим діагнозом. У багатьох випадках лікарі задовольнялися простим діагнозом «любов», оскільки вважалося, що любов і недуг були практично одним і тим самим. Любовний недуг як діагноз почав утрачати свою популярність у медичному середовищі з XVIII сторіччя й остаточно вийшов із уживання в XIX сторіччі. На початок XX сторіччя він практично перестав зустрічатися в медичній літературі. З погляду тривалості свого існування «любовний недуг» був одним із найбільш стійких діагнозів в історії медицини [13, с. 29].

Уже через сторіччя Всесвітня організація охорони здоров'я (далі – ВООЗ) після тривалого вивчення історії хвороби у 2011 році внесла любов у реєстр психічних захворювань, присвоївши їй міжнародний шифр F 63.9 (пункт «Розлад звичок і потягів»). У списку захворювань любов знаходиться зразу ж після алкоголізму, ігроманії, токсикоманії, клептоманії. Варто зазначити, що у ВООЗ склали перелік її симптомів, до яких належать нав'язливі думки про іншу людину, різкі перепади настрою, безсоння, перепади артеріального тиску, головний біль, алергічні реакції, необдумані імпульсивні вчинки, а також жалощі до себе та завищене почуття власної гідності. За різними оцінками, строки захворювання можуть продовжуватися до декількох років. Але варто зазначити, що медицині вже давно відома патологічна залежність від любові, яка отримала в психіатрії назву за ім'ям її першої встановленої жертви – синдром Аделі.

Викладе вище призводить до виникнення низки проблемних правових питань, зокрема чи можна визнавати закоханих обмежено дієздатними або недієздатними особами; визнавати шлюб недійсним тощо.

Для з'ясування цього питання передусім звернемося до норм ЦК України. Частина 1 ст. 36 ЦК України передбачає, що суд може обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона страждає на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій і (або) керувати ними.

Згідно з ч. 1 ст. 39 ЦК України, фізична особа може бути визнана судом недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій і (або) керувати ними.

Узагалі дієздатність, відповідно до ст. 30 ЦК України, пов'язана з певними якостями фізичної особи, а саме здатністю усвідомлювати значення своїх дій, керувати ними та передбачати наслідки їх учинення. Ці якості залежать від таких цензів фізичної особи, а саме досягнення нею певного віку, стану її психіки. Якщо ж фізична особа не здатна усвідомлювати значення своїх дій і (або) керувати ними, вона може бути судом або обмежена в дієздатності, або визнана недієздатною. Вирішення цього питання є гарантією захисту прав і законних інтересів фізичних осіб, з одного боку, і створенням механізму здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав особи, яка не може самостійно їх належним чином здійснити й захистити, з іншого боку.

Відповідно до абз. 2, 3 ст. 1 Закону України «Про психіатричну допомогу» від 22 лютого 2000 року, психічні розлади – це розлади психічної діяльності, визнані такими згідно з чинною в Україні Міжнародною статистичною класифікацією хвороб, травм і причин смерті; тяжкий психічний розлад – розлад психічної діяльності (затьмарення свідомості, порушення сприйняття, мислення, волі, емоцій, інтелекту чи пам'яті), який позбавляє особу здатності адекватно усвідомлювати навколишню дійсність, свій психічний стан і поведінку.

При цьому психічний розлад як підстава для обмеження дієздатності фізичної особи чи визнання її недієздатною повинен бути підтверджений висновком судово-психіатричної експертизи. Так, відповідно до ст. 298 Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 року, суд за наявності достатніх даних про психічний розлад здоров'я фізичної особи призначає для встановлення її психічного стану судово-психіатричну експертизу. У виняткових випадках, коли особа, щодо якої відкрито провадження у справі про обмеження її в цивільній дієздатності чи визнання її недієздатною, явно ухиляється від проходження експертизи, суд у судовому засіданні за участю лікаря-психіатра може постановити ухвалу про примусове направлення фізичної особи на судово-психіатричну експертизу.

Як наслідок, обмеження цивільної дієздатності фізичної особи судом тягне за собою обмеження її права розпоряджатися майном (продавати, обмінювати, дарувати майно тощо) та вчиняти інші правочини, що виходять за межі дрібних побутових, а також позбавлення права такої особи самостійно одержувати заробіток, пенсію та інші доходи й самостійно розпоряджатися ними.

У деяких випадках стан хворого в разі враження його психічною хворобою – любов – проблематично зарахувати чи до психічного розладу, який істотно впливає на його

здатність усвідомлювати значення своїх дій і (або) керувати ними, чи до хронічного розладу, стійкого психічного розладу, що впливає на здатність фізичної особи усвідомлювати значення своїх дій і (або) керувати ними. Так, як уже зазначено вище, стан любові може тривати як від декількох секунд, так і потягом усього життя, його прикладом може послугувати любов Адель Гюго до англійського офіцера Альберта Пінсона, яка тривала протягом 54 років, тобто фактично все її життя. Як зазначено вище, це й послугувало назві психічній хворобі, заснованій на любові, – синдром Аделі. Тобто стан любові в людини може бути в діапазоні від нетривалого психічного розладу до хронічного і стійкого психічного розладу.

Доречно навести дві основні якості, запропоновані С.С. Алексєєвим, що є характерними для суб'єктів права. По-перше, це особа, учасник суспільних відносин, яка за своїми особливостями може бути носієм суб'єктивних прав та обов'язків. По-друге, це особа, яка реально здатна брати участь у правовідносинах, набула властивості суб'єкта права в силу юридичних норм [14, с. 138, 139]. Отже, учасник цивільних правовідносин має бути право- та дієздатним задля реальної участі в цивільних правовідносинах. Хоча необхідно враховувати, що С.С. Алексєєв зазначав, що діти й душевнохворі є суб'єктами права, так як цивільне законодавство визнає достатнім для цього однієї правоздатності [15, с. 386].

Г.В. Мальцев зазначав, що право не терпить відсутності юридично значущої волі в суб'єкта, і з цим треба погодитися [16, с. 34]. Виходячи з вищевказаного, можна зробити висновок, що, дійсно, закоханий має певні прояви душевної хвороби, у зв'язку з чим є таким, що потенційно може бути визнаний судом обмежено дієздатним або недієздатним.

Проаналізуємо вплив любові учасника сімейних правовідносин на стан сімейних правовідносин. Стаття 51 Конституції України від 28 червня 1996 року проголошує, що шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка. Це конституційне положення відбито й у СК України. Так, згідно з ч. 1 ст. 24 СК України, шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року в частині 2 ст. 16 указує, що шлюб може укладатися тільки за вільної та повної згоди сторін, які одружуються. Отже, особа, яка укладає шлюб, повинна усвідомлювати значення своїх дій і їх наслідки, це і є підставою для вільного волевиявлення своєї волі на укладення шлюбу. Вільне волевиявлення особи на укладення шлюбу має виявлятися в тому, що вона може обрати собі ту чи іншу особу дружиною або чоловіком, мати певні відомості про неї, чітко розуміти всі моральні, майнові та правові наслідки шлюбу. Усе це має бути неупереджено оцінено, і на підставі цього зроблено відповідні висновки перед здійсненням такого кроку в житті, як укладення шлюбу.

З.В. Ромовська зазначає, що діяти вільно може лише той, хто усвідомлює сутність і значення своїх дій, бажає шлюбу з конкретною особою та володіє можливістю керувати своїми діями. Недієздатний, а також той, хто позбавлений можливості усвідомлювати свої дії та (або) керувати ними з інших причин, не може вважатися таким, що діє вільно. Особа, яка перебуває в стані алкогольного, токсичного, наркотичного сп'яніння або не може діяти вільно під впливом хвороби чи каліцтва, має право на шлюб, але не має можливості його реалізувати до тих пір, поки перебуватиме в такому стані [17, с. 52].

Наявність у наречених певного стану любові й, відповідно, зарахування ВООЗ любові до психічних захворювань можуть свідчити про наявність правових підстав визнання шлюбу недійсним за рішенням суду, оскільки, відповідно до ч. 1 ст. 40 СК України, шлюб визнається недійсним за рішенням суду, якщо він зареєстрований без вільної згоди жінки або чоловіка. Згода особи не вважається вільною, зокрема, тоді, коли в момент реєстрації шлюбу вона страждала тяжким психічним розладом, перебувала в стані алкогольного, наркотичного, токсичного сп'яніння, в результаті чого не усвідомлювала сповна значення своїх дій і (або) не могла керувати ними, або якщо шлюб зареєстровано в результаті фізичного чи психічного насильства.

Частина 3 ст. 39 СК України чітко визначає, що недійсним є шлюб, зареєстрований з особою, яка визнана недієздатною. Але варто звернути увагу на той факт, що наявність психічного розладу сама по собі без визнання хворої особи недієздатною в судовому порядку не може бути перешкодою для укладення шлюбу [18, с. 153]. Варто зазначити, що, на думку фахівців із сімейного права, реєстрація шлюбу з особою, яка визнана судом недієздатною, зустрічається досить рідко. Такі «шлюби» є недійсними від моменту їх реєстрації [17, с. 73].

Висновки

Підсумовуючи, необхідно зазначити, що любов є морально-правовою категорією приватного права, значення якої може виявлятися в цивільних правовідносинах, пов'язаних із визнанням судом особи обмежено дієздатною чи недієздатною, та в сімейних правовідносинах, зокрема шлюбних, оскільки ВООЗ у 2011 році любов зараховано до психічних захворювань. Причому такому юридичному факту, як шлюб, що є підставою створення сім'ї, підставою виникнення сімейних правовідносин, сьогодні може «юридично загрожу-

вати» любов, любов набуває «антагоністичного» значення щодо шлюбу. Здавалось би, що любов є мотивом укладення шлюбу, проте певний стан любові може бути визнаний психічним захворюванням. Якщо взяти за основу висновки вчених з медицини, психології, психіатрії та інших галузей наук і застосувати їх до юриспруденції, шлюб як такий може юридично припинити своє існування. Певний стан любові, визнаний як психічний розлад, може стати підставою й для обмеження цивільної дієздатності фізичної особи чи визнання особи недієздатною, відповідно, може потягнути за собою певні правові наслідки щодо участі обмежено дієздатної чи недієздатної особи в цивільних правовідносинах.

Список використаних джерел:

1. Ковтунова Л.Ю. Інститут недійсного шлюбу у сімейному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Харківський нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2015. 20 с.
2. Чернега В.М. Морально-правові принципи в сімейному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Нац. академія прокуратури України. Київ, 2015. 20 с.
3. Андрюшкова О.А. Поняття та підстави обмеження цивільної дієздатності фізичної особи за законодавством України та зарубіжних країн. Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. Серія «Право». 2012. Вип. 19. С. 195–201.
4. Волкова Н.В. Процесуальні особливості розгляду справ щодо обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною (окремі аспекти). Актуальні проблеми держави і права. 2010. Вип. 56. С. 124–132.
5. Мораль и личность. Индивидуальная этика. Любовь. URL: http://ethicscenter.ru/lyubov.html (дата обращения: 10.10.2018).
6. Аронсон Э., Уилсон Т., Эйкерт Р. Большая психологическая энциклопедия. Почему человек ведет себя так, а не иначе. Психологические законы человеческого поведения. Санкт-Петербург: Прайм-ЕВРОЗНАК, 2008. 528 с.
7. Еникеев М.И. Психологический энциклопедический словарь. Москва: ТК Велби, Проспект, 2006. 560 с.
8. Национальная психологическая энциклопедия. URL: https://vocabulary.ru/lubov.html (дата обращения: 10.11.2018).
9. Философский энциклопедический словарь / гл. ред.: Л.Ф. Ильичев, П.Н. Федосеев, С.М. Ковалев, В.Г. Панов. Москва: Сов. энциклопедия, 1983. 840 с.
10. Крафт-Эбинг Рихард фон. Преступления любви. Половая психопатия / перевод с немецкого. Москва: Алгоритм, 2017. 624 с.
11. Ломброзо Ч. Гениальность и помешательство / общ. ред., предисл. проф. Л.П. Гримака. Москва: Республика, 1996. 398 с.
12. Медицинское определение любви. URL: https://otveklik.com/30328-medicinskoe-opredelenie-lubvi.html (дата обращения: 10.11.2018).
13. Тэллис Ф. Любовь как болезнь / пер. с англ. Д.А. Ананьев. Бендеры: Полиграфист, 2006. 208 с.
14. Алексеев С.С. Общая теория права: в 2 т. Москва: Юрид. лит., 1982. Т. II. 360 с.
15. Алексеев С.С. Общая теория права: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Проспект, 2009. 576 с.
16. Мальцев Г.В. Социалистическое право и свобода личности. Теоретические вопросы. Москва: Юридическая литература, 1968. 142 с.
17. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар. 3-тє вид., перероб. і доп. Київ: Правова єдність, 2009. 432 с.
18. Аргунова Ю.Н. Недееспособность и опека (Вопросы и ответы). Москва: Грифон, 2013. 224 с.

В статье рассматривается любовь как морально-правовая категория частного права. Доказывается, что правовое значение любви потенциально может иметь свое проявление в гражданских правоотношениях, связанных с признанием судом лица ограниченно дееспособным или недееспособным, и в семейных правоотношениях, в частности брачных, поскольку Всемирной организацией здравоохранения в 2011 году любовь отнесена к психическим заболеваниям. Аргументируется, что юридическому факту – браку, являющемуся основанием создания семьи, может «юридически угрожать» любовь; определенное состояние любви может быть признано психическим заболеванием, что может потенциально влиять на возможность признания брака недействительным.

Ключевые слова: любовь, морально-правовая категория, частное право, психическое заболевание, ограничение дееспособности, признание лица недееспособным, брак, свободное согласие на заключение брака, недействительность брака.

The author of the article has studied love as a moral and legal category of private law. It has been proved that the legal meaning of love can potentially have its manifestation within civil legal relations related to the recognition of a person partially incapacitated or incompetent by the court, as well as within family legal relations, in particular marriage, since the World Health Organization classified love as a mental illness in 2011. It has been argued that love can "legally threaten" a legal fact – a marriage, which is the basis for creating a family; a certain state of love can be recognized as a mental illness, which may potentially affect the possibility of recognizing a marriage as invalid.

Key words: love, moral and legal category, private law, mental illness, restriction of legal capacity, recognition of a person incompetent, marriage, free consent for marriage, invalidity of marriage.

УДК 347

Владислав Ткаченко,
здобувач кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ЩОДО ОСОБЛИВОСТЕЙ ВИНИКНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ОБ'ЄКТИ САМОЧИННОГО БУДІВНИЦТВА

У статті досліджено підстави виникнення права власності на самочинно збудовані об'єкти нерухомості. Здійснено співвідношення підстав і способів набуття права власності. Проаналізовано судові позиції з приводу застосування статті 392 Цивільного кодексу України в контексті об'єкта самочинного будівництва.

Ключові слова: право власності, визнання права, набуття права, самочинне будівництво, нерухомість.

Постановка проблеми. Останніми роками все більш нагальним та актуальним стає питання щодо основного змісту і правових наслідків самочинного будівництва, зведення якого порушує адміністративну процедуру, встановлену містобудівельними нормами і правилами. Таке існування швидкостворених і довгоіснуючих самовільно збудованих будівель різного цільового призначення супроводжується масовим бажанням їх легалізувати. Однією з причин, що породжує таку ситуацію, є відсутність у державі узгодженої політики щодо запобігання та протидії будівництву, яке здійснюється з порушенням установленого порядку.

Мета статті – дослідити підстави виникнення права власності на самочинно збудовані об'єкти нерухомості, проаналізувати судові позиції з приводу застосування статті 392 Цивільного кодексу України в контексті об'єкта самочинного будівництва.

Виклад основного матеріалу. Сьогодні за всього наукового й законодавчого доробка в цій сфері правове регулювання значної частини питань щодо захисту прав і законних інтересів осіб, які є власниками самочинно зведеного об'єкта, практично не здійснюється та набуває ознак системного явища. Відповідно, потребують законодавчого врегулювання питання, які стосуються підстав виникнення права власності на самочинно збудовані об'єкти нерухомості.

Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) [1] установлює виняткові підстави набуття права власності на новостворене майно, яким є і самочинне будівництво. Так, відповідно до ч. 2 ст. 331 ЦК України, право власності на новостворене нерухоме майно виникає з моменту завершення будівництва (створення майна). Якщо договором або законом передбачено прийняття нерухомого майна до експлуатації, право власності виникає з моменту його прийняття до експлуатації. Якщо право власності на нерухоме майно, згідно із законом, підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту такої державної реєстрації.

Частина 2 ст. 328 ЦК України закріплює, що право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не випливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом. Першочергово варто відмітити, що право власності набувається за наявності певних юридичних фактів, а саме мова йде про підстави та способи набуття права власності.

А.А. Єрошенко під підставами або способами набуття права власності розумів окремий факт або їх сукупність, із якими закон пов'язує появу суб'єктивного права [2, с. 69–70]. На думку Є.А. Суханова, який розмежовував зазначені поняття, підставами виникнення (набуття) права власності є різні правопороджуючі юридичні факти. Підстави набуття права власності також називаються титулами власності, які, зауважує автор, можуть набуватися різними способами [3, с. 205]. С.С. Алексєєв узагалі уникає пов'язувати підстави/способи набуття права власності з юридичними фактами й визначає способи як «шляхи юридичного впливу, котрі виражені в юридичних нормах, в інших елементах правової системи» [4, с. 157].

Національне законодавство, врегульовуючи відносини власності, оперує поняттям «підстави набуття права власності». А про способи мова йде, наприклад, у ч. 2 ст. 16 ЦК України стосовно способів захисту цивільних прав. Отже, підставами набуття права власності є такий юридичний склад, із яким пов'язується виникнення певних право-

© В. Ткаченко, 2018

відносин, а способами набуття права власності – юридичні факти й/або фактичні дії (сукупність дій), які тягнуть за собою виникнення права власності [3, с. 211].

Як правомірно відмічає Н.В. Вороніна, окрім юридичних фактів, до передумов виникнення і припинення права власності належать норми права, що регулюють ці підстави і правосуб'єктність учасників правовідносин власності. Норми права виражені у відповідних нормативно-правових актах, наприклад, у ЦК України, а елемент правосуб'єктності висуває певні вимоги до правоздатності й дієздатності власників. За вольовою ознакою юридичними фактами-підставами виникнення і припинення права власності можуть бути як дії, так і події. Діями, внаслідок яких виникає або припиняється право власності, також можуть бути як юридичні вчинки, так і юридичні акти, залежно від того, чи мав намір власник своїми діями створити юридичні наслідки [5].

Традиційним є поділ підстав виникнення права власності на первісні й похідні. Первісними є такі підстави, за якими право власності виникає вперше або незалежно від волі попереднього власника. Серед первісних підстав виділяють створення нової речі; привласнення загальнодоступних дарів природи; набуття прав власності на безхазяйну річ; переробка речі; набувальна давність; знахідка; затримання бездоглядної домашньої тварини; знайдення скарбу. Відповідно, похідними вважаються такі підстави, за яких право власності на майно виникає за волею попереднього власника. Серед похідних підстав виділяють правочини, спрямовані на передачу майна у власність; спадкування; приватизація [6, с. 98].

У контексті дослідження підстав набуття права власності на об'єкти самочинного будівництва доречно навести твердження Д.І. Меєра стосовно способів набуття власності, які автор поділяв так: 1) «пов'язані з володінням», до яких учений зарахував передачу, давність, воєнну здобич і знахідку; 2) «незалежно від володіння» – використання, прирощення, змішування. Науковець узагалі вважав поділ способів правонабуття на первісні та похідні недоцільним і таким, що не має ніякого практичного інтересу, тому що, по-перше, на його думку, право із цим поділом не пов'язує ніяких юридичних наслідків; по-друге, оскільки «в нашому юридичному побуті немає речей, які нікому не належать, а якщо вони й існують у світі, то є цілком чужими юридичним визначенням, як, наприклад, планети» [7, с. 53].

Так, в основі виникнення права власності на самочинне будівництво лежить юридичний факт, спрямований, власне, на виникнення нового правовідношення. Отже, право власності на нерухому річ в особи, яка здійснила її незаконне зведення, виникає незалежно від раніше існуючого права іншої особи, тобто за відсутності будь-якого правонаступництва. Відповідно, таку підставу в рамках традиційної класифікації варто зарахувати до первинних способів набуття права власності. Більше того, в цьому випадку право власності виникає не внаслідок існування самої речі до моменту її створення або до моменту специфікації існуючої речі, в результаті чого виникає новий об'єкт права власності, а в результаті одностороннього правочину з присвоєння створеної (зміненої) нерухомої речі.

Адже як стверджують М. Вилаш і Д. Ерш, до первісного набуття права власності зараховують те, що не ґрунтується на правах власності, яке вже існує у зв'язку із цією річчю [8, с. 226–227].

Зважаючи на складність правомірного або «законного» будівництва чи ірраціонального його використання для забезпечення особистих потреб, законодавець передбачає можливість «узаконення» самочинного будівництва. Тому положення ст. 376 ЦК України передбачають випадки, коли особа законним шляхом може набути права власності на об'єкти самочинного будівництва: по-перше, право власності на самочинно збудоване нерухоме майно може бути за рішенням суду визнане за особою, яка здійснила самочинне будівництво на земельній ділянці, що не була їй відведена для цієї мети, за умови надання земельної ділянки в установленому порядку особі під уже збудоване нерухоме майно (ч. 3 ст. 376), по-друге, на вимогу власника (користувача) земельної ділянки суд може визнати за ним право власності на нерухоме майно, яке самочинно збудоване на ній, якщо це не порушує права інших осіб (ч. 5 ст. 376).

Отже, має місце законодавчо створена конструкція, коли особа, яка порушила під час будівництва норми ст. 376 ЦК України, за певних обставин усе ж таки може розраховувати на юридичне закріплення за собою права власності на об'єкт, що визнається в судовому порядку.

Дійсно, особа не набуває права власності на об'єкт будівництва на підставі передбаченого законом (ст. 331 ЦК України) фактичного (юридичного) складу, адже в цьому «ланцюжку» відсутній певний необхідний елемент (елементи). Саме цей дефект виправляє суд, наділяючи у визначених законом випадках особу певними правами, тобто перетворюючи відповідні правовідносини (невласник стає власником, вступаючи

в абсолютні правовідносини з необмеженими колом осіб щодо предмета своєї власності). Щоправда й таке рішення не перетворює особу на власника остаточно, адже, відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [9], для виникнення речового права потрібна ще і його державна реєстрація, перед проведенням якої носій відповідних реєстраційних повноважень ще раз перевірить фактичний склад щодо набуття права власності на предмет повноти й законності.

Коли мова йде про самочинне будівництво, вживається поняття «визнання права власності», а не «набуття права власності», оскільки визнання права власності є одним зі способів захисту права власності, який передбачений ст. 392 ЦК України. Проте законодавець установлює інший, спеціальний, порядок набуття права власності на такі об'єкти, який є складнішим за процедуру визнання права власності на підставі ст. 392 ЦК України, а тому має регулюватися іншими нормами цивільного законодавства.

Цивілістична наука традиційно виділяє дві основні точки зору щодо розуміння судового визнання суб'єктивного права. Так, прихильники першої точки зору, серед яких – О.П. Вершинін, М.А. Гурвич, К.П. Побєдоносцев та інші, розглядають суб'єктивне право як об'єктивну реальність, яка існує поза свідомістю суб'єкта, яку можна пізнавати нарівні з фактами дійсності. Такий погляд на природу визнання права ґрунтується на тому, що в процесі своєї діяльності суд установлює наявність (відсутність) певних фактів у спірному правовідношенні й, виходячи із цього, розробляє висновки, передбачені нормою права, що підлягає застосуванню в цьому випадку. При цьому враховується, що в судовому процесі досліджуються факти двоякого роду: факти об'єктивної дійсності (різні події і явища життя) і власне юридичні факти (підстави для настання правових наслідків). Судове пізнання розуміється прихильниками цієї теорії як процес, що складається з двох обов'язкових частин: установлення фактичних обставин справи та їх юридичної оцінки. Отже, разом із пізнанням реальної дійсності з її правовою оцінкою суд також робить висновок і про наявність (відсутність) між сторонами певних прав та обов'язків, тобто наявність (відсутність) спірного правовідношення [10, с. 186–187; 11, с. 17].

Інша точка зору, якої дотримуються С.В. Курильов, В.М. Семенов та інші, пропонує розглядати суб'єктивне право як щось «утворюване» в ході судової діяльності й «закріплюване» в її результаті. Право вважається явищем, яке отримує свою остаточну цілісність і силу тільки за підсумками судового процесу [12, с. 48].

Отже, традиційно в юридичній літературі позови за змістом поділяють pronuntiatio (визнанням суб'єктивного права або факту), condemnatio (присудженням відповідача до певної дії/бездіяльності на користь позивача) й adiudicatio (перетворенням відносин сторін спору). Беручи за основу таку класифікацію в рамках цієї проблематики, можемо сказати, що позов про визнання не може стати підставою виникнення прав на нерухомість, так як у цій ситуації позов має на меті захистити право позивача, яке, на його думку, у нього є (наприклад, право на конкретний об'єкт нерухомості), але заперечується іншою особою. Суд своїм рішенням лише підтверджує це право. Рішення за позовом про присудження також не може бути підставою виникнення прав на нерухомість. У подібній ситуації відповідач усупереч волі примушується до вчинення певних дій на користь позивача (наприклад, передати нерухомість за договором). Суд лише констатує наявність або відсутність права, саме ж судове рішення не створює суб'єктивні права й обов'язки, їх створює норма матеріального права, застосована судом під час вирішення справи. Тобто в цьому випадку рішення суду не може бути самостійною підставою виникнення цивільних прав та обов'язків і не може підміняти собою необхідний юридичний склад. Отже, право або вже існує, і суд його тільки підтверджує, або виникає на підставі якихось інших юридичних фактів і в процесі реалізації отримує судовий захист.

Так, за загальним правилом, позов про визнання права власності на майно необхідний позивачеві тоді, коли в інших осіб виникають сумніви щодо належності йому цього майна, створюється неможливість реалізації позивачем свого права власності у зв'язку з наявністю таких сумнівів чи втратою належних правовстановлюючих документів на майно, в тому числі коли інші особи чинять перешкоди власнику або незаконно вилучають його у власника. Проте досить часто цей спосіб захисту застосовується особами, які не є власниками майна, а лише бажають набути його у власність, проте не можуть це зробити у зв'язку із законодавчими обмеженнями, заборонами або щоб спростити порядок набуття такого майна у власність в обхід спеціальної процедури [13, с. 20]. Наприклад, це стосується випадків визнання права власності на об'єкти самочинного й незавершеного будівництва.

У Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування суда-

ми України статті 376 Цивільного кодексу України (про правовий режим самочинного будівництва)» від 2012 року [14] не передбачається можливості застосування ст. 392 до визнання права власності на самочинне будівництво, адже в цьому разі має застосовуватись спеціальна норма ст. 376, а не ст. 392 ЦК України, яка не встановлює самостійні підстави для набуття права власності, а лише надає суду право підтвердити вже наявне право власності у власника.

У 2013 році Верховний Суд України висловив такі аргументи щодо застосування ст. 392 до таких відносин: рішення суду про визнання права власності на самочинно збудований об'єкт не є підставою для набуття права власності в таких випадках, оскільки набуття права власності регулюється окремими нормами й зазначені вище позови заявляються формально не для визнання, а для набуття права власності, задоволені вони бути не можуть; передумовою для застосування ст. 392 ЦК України є відсутність іншого, окрім судового, шляху для відновлення порушеного права, наприклад, у разі неможливості отримання дубліката правовстановлюючого документа [15].

У 2014 році Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у Постанові «Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав» відзначив, що потреба в способі захисту права власності, передбаченого ст. 392 ЦК України, виникає тоді, коли наявність суб'єктивного права власника, не підтверджена відповідними документами, підлягає сумніву, не визнається іншими особами або ними оспорюється, а не в тому разі, коли цими особами не виконується відповідне рішення, ухвалене раніше, а також коли позов стосується самочинно збудованого майна [16].

Отже, з огляду на те що, відповідно до ст. 328 ЦК України, набуття права власності – це певний юридичний склад, із яким закон пов'язує виникнення в особи суб'єктивного права власності на певні об'єкти, суд під час застосування цієї норми повинен установити, з яких саме передбачених законом підстав, у який передбачений законом спосіб позивач набув право власності на спірний об'єкт і чи підлягає це право захисту в порядку, передбаченому ст. 392 ЦК України. Тому можливість виникнення права власності за рішенням суду ЦК України передбачає лише в ст. ст. 335 і 376 ЦК України. У всіх інших випадках право власності набувається з інших не заборонених законом підстав, зокрема з правочинів (ч. 1. ст. 328 ЦК України). Стаття 392 ЦК України, у якій ідеться про визнання права власності, не породжує, а підтверджує наявне в позивача право власності, набуте раніше на законних підставах, у тому випадку, якщо відповідач не визнає, заперечує або оспорює наявне в позивача право власності, а також у разі втрати позивачем документа, який посвідчує його право власності.

Попри це, для «узаконення» самочинного будівництва зацікавленій особі потрібно звернутись до суду з позовом про визнання права власності на самочинно побудований об'єкт нерухомого майна. Крім того, до позовної заяви необхідно подати висновок компетентних органів про можливість надійної та безпечної експлуатації об'єкта. Цей юридичний факт (винесення позитивного судового рішення) виступає як гарантія законності фактичного складу, наявного на стороні позивача, а також як необхідний елемент для закінчення юридичного складу, оскільки без позитивного судового рішення на стороні заявника право власності ще не виникає.

Системний аналіз цивілістичних положень дає підстави стверджувати, що під «визнанням права» в окремих випадках мається на увазі не власне визнання як результат задоволення позову про визнання, а саме зміна правовідношення, тобто задоволення перетворювального позову. Таке рішення має матеріально-правову дію, яка встановлює суб'єктивне право. Якраз воно й може слугувати юридичним фактом, що завершує фактичний склад, який є підставою виникнення речових прав на нерухомість.

Тому підтримуємо позицію І.О. Дзери, що вищенаведені роз'яснення судів і наукові здобутки не усувають усіх проблем, що виникали й виникають під час застосування способу захисту про визнання права та права власності. З метою уникнення неоднакового тлумачення положень ст. 392 ЦК України автор пропонує розширити перелік підстав для судового визнання права власності й викласти її в такій редакції: «Власник майна може пред'явити позов про визнання права власності, якщо це право оспорюється або не визнається іншою особою, а також у разі відсутності у тому числі внаслідок втрати у нього документа, який засвідчує його право власності» [13, с. 22–23]. Така деталізація нівелює колізію стосовно використання в правовому обігу терміна «визнання» чи «набуття» права власності в контексті самочинного будівництва. Крім того, практикою вироблено тенденцію, що особа, яка має намір «узаконити» самочинно зведений об'єкт нерухомості, звертається до суду з позовом про визнання права власності на цей об'єкт.

Висновки

Отже, законодавець визнає існування специфічного об'єкта – «самочинного будівництва», яке в будь-якому випадку вважається нерухомістю, але без наявності в особи, яка здійснила будівництво, юридичних прав на цю річ, що виключає її із цивільного обороту. Тобто фізично існуючий об'єкт будівництва не можна вважати юридично існуючим.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356.
2. Ерошенко А.А. Личная собственность в гражданском праве. Москва: Юрид. лит., 1973. 208 с.
3. Харьковская цивилистическая школа: право собственности: монография / под ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2012. 424 с.
4. Алексеев С.С. Теория права. Москва: БЕК, 1994. 224 с.
5. Вороніна Н.В. Способи набуття та припинення права власності. Актуальні проблеми держави і права. 2009. Вип. 51. С. 60–65.
6. Мичурин Е.А. Гражданское право: учебное пособие. Харьков: Юрсвит, 2006. 315 с.
7. Мейер Д.И. Русское гражданское право: в 2 ч. Москва: Статут, 1997. Ч. 1 по исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. 290 с.
8. Основные институты гражданского права зарубежных стран: сравнительно-правовое исследование / под ред. В.В. Залесского. Москва: Норма, 2000. 648 с.
9. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 01.04.2004 № 1952-IV. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 51. Ст. 553.
10. Добровольский А.А. Исковая форма защиты права. Основные вопросы учения об иске. Москва: Изд-во Моск. ун-та, 1965. 190 с.
11. Вершинин А.П. Способы защиты гражданских прав в суде: автореф. дисс. ... докт. юрид. наук в форме науч. доклада. Санкт-Петербург, 1998. 56 с.
12. Советское гражданское процессуальное право: учебник / В.П. Воложанин, А.Ф. Козлов, К.И. Комиссаров, Ю.К. Осипов и др.; под общ. ред.: К.С. Юдельсон. Москва: Юрид. лит., 1965. 471 с.
13. Дзера І.О. Деякі питання визнання права власності за статтею 392 Цивільного кодексу України. Підприємство, господарство і право. 2018. № 5. С. 19–24.
14. Про практику застосування судами статті 376 Цивільного кодексу України (про правовий режим самочинного будівництва): Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 № 6. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/ show/v0006740-12.
15. Аналіз деяких питань застосування судами законодавства про право власності при розгляді цивільних справ: Лист від 01.07.2013. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VSS00069.html.
16. Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав: Постанова Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07.02.2014. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/ v0005740-14.

В статье исследованы основания возникновения права собственности на самовольно возведенные объекты недвижимости. Осуществлено соотношение оснований и способов приобретения права собственности. Проанализированы судебные позиции касательно применения статьи 392 Гражданского кодекса Украины в контексте объекта самовольного строительства.

Ключевые слова: право собственности, признание права, приобретение права, самовольное строительство, недвижимость.

The article investigates the grounds for the right of ownership to self-constructed real estate objects. The relation of the grounds and methods of acquiring the property right is carried out. The judicial positions on the application of Article 392 of the Civil Code of Ukraine in the context of the self-constructed building object have been analyzed.

Key words: ownership, recognition of rights, acquisition of rights, unauthorized construction, real estate.

УДК 347.97

Оксана Угриновська,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка

Григорій Гембара,
магістр юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка

СПРОЩЕНЕ ПОЗОВНЕ ПРОВАДЖЕННЯ: ЗАКОНОДАВЧА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ТА ПРОБЛЕМИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

У статті досліджується спрощене позовне провадження як новела Цивільного процесуального кодексу України з погляду законодавчого регулювання та проблем застосування на практиці. Висвітлено колізійні норми і сформовано висновки щодо їх вирішення, а також проаналізовано застосування відповідних процесуальних норм у цивільному судочинстві.

Ключові слова: цивільне судочинство, спрощене позовне провадження, малозначні справи.

Постановка проблеми. В Україні рівень правової свідомості та правової культури є дуже низьким порівняно з іншими європейськими країнами, проте він зростає, і все більше людей бажають вирішувати свої спори у правовому полі. Унаслідок цього в державі виникає обов'язок створити належні правові умови, порядок та інструменти для розв'язання таких конфліктів.

З кожним роком збільшується кількість судових справ, які відрізняються між собою, зокрема, і рівнем складності, тому для ефективнішого захисту прав та інтересів особи держава оптимізує цивільне процесуальне законодавство й, відповідно, виділяє ті справи, які можуть бути розглянуті за якнайменш коротші стоки, за спрощеною процедурою, але з дотриманням принципів (засад) цивільного судочинства.

Запровадження спрощеного позовного провадження стало важливим кроком для підвищення ефективності цивільного судочинства, проте законодавче регулювання цього нововведення не є на достатньо високому рівні, внаслідок чого в судовій практиці виникає неоднозначне застосування відповідних процесуальних норм і неможливість виконання завдань цивільного судочинства. Тому виникла необхідність написання статті на цю актуальну сьогодні тему.

Метою статті є висвітлення проблем і недоліків правового регулювання спрощеного позовного провадження та розроблення висновків щодо їх вирішення, також аналіз судової практики щодо проблем застосування норм, які регулюють розгляд справ у порядку спрощеного позовного провадження.

Виклад основного матеріалу. Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII Цивільний процесуальний кодекс (далі – ЦПК) України викладено в новій редакції, в якій одним із нововведень є розгляд справ у порядку спрощеного позовного провадження [3]. Законодавець виділив із позовного провадження дві форми: загальне і спрощене провадження.

Спеціальними ознаками, які відрізняють спрощене позовне провадження від загального позовного провадження, є такі:

– скорочені строки розгляду;

– відсутність стадії підготовчого провадження;

– розгляд справи, за загальним правилом, у порядку письмового провадження, тобто без повідомлення (виклику) сторін;

– відсутність судових дебатів;

– неможливість розгляду зустрічного позову;

– обмежена можливість касаційного оскарження справ, які розглядаються в порядку спрощеного позовного провадження.

Варто зазначити, що законодавець допустив неоднозначне найменування цього нововведення, оскільки, назвавши главу **«Розгляд справ у порядку спрощеного провадження»**, він фактично виділив спрощене позовне провадження в ще один вид судочинства, що суперечить його ознакам і правовій природі, хоча й статті, які містяться в

© О. Угриновська, Г. Гембара, 2018

ції главі, оперують поняттям «спрощене позовне провадження».

З аналізу законодавчих положень ЦПК України можна побачити колізію процесуальних норм, оскільки з ч. 4 ст. 19 ЦПК України випливає, що спрощене позовне провадження призначене для розгляду певних категорій справ, а також інших справ, для яких пріоритетним є **швидке вирішення справи**. Водночас у ч. 2 ст. 274 ЦПК України зазначено, що в порядку спрощеного позовного провадження може бути розглянута **будь-яка інша справа**, зарахована до юрисдикції суду, за винятком справ, зазначених у ч. 4 цієї статті [3]. Тобто в порядку спрощеного позовного провадження можуть бути розглянуті й такі справи, для яких не є пріоритетним швидкий розгляд справи, що суперечить меті запровадження цієї форми позовного провадження.

Згідно з п. 2 ч. 6 ст. 19 ЦПК України, малозначними справами є справи незначної складності, визнані судом малозначними, крім справ, які підлягають розгляду лише за правилами загального позовного провадження, і справ, ціна позову в яких перевищує п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб [2]. Визнання справи малозначною законотворець фактично ототожнює з процедурою вирішення питання про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження за клопотанням позивача, якщо така справа не повинна розглядатися в спрощеному позовному провадженні. Такий законодавчий підхід дає сторонам можливість визначати форму позовного провадження й реалізує засаду диспозитивності в цивільному процесі.

Справи, що розглядаються в порядку спрощеного позовного провадження, можна диференціювати залежно від того, вони **повинні** чи **можуть** розглядатися за такими правилами:

1) справи, які **суд обов'язково** розглядає в порядку спрощеного позовного провадження: справи, у яких ціна позову не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб; справи, що виникають із трудових відносин; справи про надання судом дозволу на тимчасовий виїзд дитини за межі України тому з батьків, хто проживає окремо від дитини, у якого відсутня заборгованість зі сплати аліментів і якому відмовлено другим із батьків у наданні нотаріально посвідченої згоди на такий виїзд;

2) справи, щодо яких **суд за власним розсудом за наявності відповідного клопотання позивача** вирішує питання про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження: будь-які інші справи, зараховані до юрисдикції суду, за винятком справ, які зазначені в ч. 4 ст. 274 ЦПК України.

Законодавча позиція щодо імперативного визначення категорій справ, які розглядаються в порядку спрощеного позовного провадження, має значні недоліки, її реалізація є недосяжною в певних випадках на практиці.

По-перше, якщо ціна позову не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб (станом на 01.01.2018 – 176 200 грн), то справа обов'язково розглядається за правилами спрощеного позовного провадження. Визначення малозначності справи виключно за ціною позову є спірним, оскільки ціна позову не свідчить про простий спосіб захисту, невеликий обсяг доказового матеріалу та можливість установлення всіх обставин справи в скорочені строки.

По-друге, законодавець визначає, що справи, які виникають із трудових відносин, повинні розглядатися лише в порядку спрощеного позовного провадження. Проте це положення не враховує, що право на працю є невід'ємним природним правом людини й, відповідно, судовий захист має бути найефективніший. У справах, що виникають із трудових правовідносин, як правило, є декілька позовних вимог, велика кількість доказів і вирішення такої справи **в строк 60 днів** є ускладненим, а то й неможливим. Це підтверджується такими прикладами:

1) Залізничний районний суд м. Львова ухвалою суду від 11 квітня 2018 року відкрив провадження у справі за позовом ОСОБА_1 до Комунальної 3-ї стоматологічної поліклініки м. Львова про стягнення заробітної плати. Рішення суду в цій справі, що розглядалася в порядку спрощеного позовного провадження, прийнято 26 жовтня 2018 року [4];

2) Ковпаківський районний суд м. Суми ухвалою суду від 20 серпня 2018 року відкрив провадження у справі за позовом ОСОБА_1 до Публічного акціонерного товариства «Сумське машинобудівне науково-виробниче об'єднання» про стягнення заборгованості із заробітної плати й середнього заробітку за час затримки розрахунку під час звільнення. Рішення суду в цій справі, що розглядалася в порядку спрощеного позовного провадження, прийнято 2 листопада 2018 року [5];

3) Білопільський районний суд Сумської області ухвалою суду 6 серпня 2018 року відкрив провадження у справі за позовом ОСОБА_1 до Комунального підприємства «Житловик Білопілля», третьої особи: Білопільської міської ради Сумської області, про поновлення на роботі та стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу. Рішення суду в цій справі, що розглядалася

в порядку спрощеного позовного провадження, прийнято 2 листопада 2018 року [6].

Як бачимо, в кожному із цих прикладів є порушення строків розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження.

Ураховуючи вищенаведені обґрунтування, вважаємо, що задля виконання завдань цивільного судочинства варто надати суду дискреційні повноваження щодо визначення, може бути справа, у якій ціна позову не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, і справа, що виникла з трудових відносин, розглянута в спрощеному позовному провадженні, враховуючи її обставини, чи ні, оскільки такі справи не завжди можливо розглянути в коротші строки за відсутності стадії підготовчого провадження та за обмеженої дії окремих процесуальних інститутів.

Під час вирішення питання про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження за наявності відповідного клопотання позивача суд обов'язково враховує:

1) ціну позову;

2) значення справи для сторін;

3) обраний позивачем спосіб захисту;

4) категорію і складність справи;

5) обсяг і характер доказів у справі, в тому числі чи потрібно у справі призначити експертизу, викликати свідків тощо;

6) кількість сторін та інших учасників справи;

7) чи становить розгляд справи значний суспільний інтерес;

8) думку сторін щодо необхідності розгляду справи за правилами спрощеного позовного провадження [2].

Ціна позову як критерій, ураховуючи наступні положення цієї статті, не може перевищувати п'ятисот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, інакше справа може бути розглянута лише за правилами загального позовного провадження. А якщо ціна позову не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, то справа обов'язково розглядається за правилами спрощеного позовного провадження. Із цього можна зробити висновок, що справи, в яких ціна позову від ста до п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, **можуть, але не повинні** розглядатися в порядку спрощеного позовного провадження.

Усі інші критерії є оціночними поняттями, і законодавець надає суду можливість самостійно визначати їх у конкретній справі.

Проблемним видається критерій урахування обсягу та характеру доказів у справі. Згідно із загальними правилами подання доказів, такі повинні бути подані позивачем разом із поданням позовної заяви, а відповідачем, третьою особою, яка не заявляє самостійних вимог, – разом із поданням відзиву або письмових пояснень третьої особи (ч. ч. 2–3 ст. 83 ЦПК України). Отже, суд відкриваючи провадження, може дійти висновку про можливість розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження, зокрема, з огляду на наявність невеликого обсягу доказів у справі та нескладного їх характеру. Однак у ч. 8 ст. 83 ЦПК України встановлено виняток із загального правила подання доказів у справі, який передбачає, що докази, не подані в установлений законом або судом строк, до розгляду судом не приймаються, крім випадку, коли особа, яка їх подає, обґрунтувала неможливість їх подання в указаний строк з причин, що не залежали від неї [2]. Отже, якщо відповідач не подав заяву із запереченнями проти розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження, проте подав відзив, у якому вказує на нові обставини, що входять у предмет доказування, то позивач може подати нові докази внаслідок неможливості їх подання в установлений законом строк з причин, що не залежали від нього, а саме зазначення нових обставин, які входять у предмет доказування відповідачем. Але таке подання нових доказів позивачем може унеможливити швидке вирішення справи та призвести до вимушеного порушення строків розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження. Тому врахування цього критерію судом під час вирішення питання про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження не завжди є можливим. Також у зв'язку з вищенаведеним доходимо висновку, що потрібно надати суду можливість переходу в загальне позовне провадження (шляхом постановлення ухвали) з ініціативи сторін чи з власної ініціативи, це усуне процесуальну пастку суду й вимушене порушення процесуальних норм.

Варто зауважити, що таке законодавче формулювання, як «кількість сторін та інших учасників справи», не є зовсім правильним, оскільки сторонами в цивільному процесі є позивач і відповідач, то більше їх не може бути. Можлива участь кількох позивачів і (або) кількох відповідачів (процесуальна співучасть), проте сторін у цивільному процесі завжди є лише дві. Тому правильним було б таке формулювання: кількість позивачів, відповідачів та інших учасників справи.

У спрощеному позовному провадженні заборонено розглядати певні категорії справ, які передбачені в ч. 4 ст. 274 ЦПК України, проте не зовсім зрозуміло, за якими критеріями законодавець їх визначав.

Наприклад, справи про розлучення можуть бути розглянуті лише за правилами загального позовного провадження, а справи про поділ майна подружжя можуть розглядатися в порядку спрощеного позовного провадження. При цьому якщо ціна позову у справах про поділ майна подружжя не перевищує ста прожиткових мінімумів для працездатних осіб, то вони обов'язково розглядаються в спрощеному позовному провадженні. Однак справи про розірвання шлюбу, як правило, є нескладними через невеликий обсяг обставин у предметі доказування, а під час поділу майна подружжя, враховуючи майновий інтерес кожного з них, набагато складніше встановити дійсні обставини справи. Тому вважаємо, що варто надати суду право за наявності клопотання позивача та з урахуванням заперечень відповідача вирішувати питання про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження щодо тих категорій справ, які визначені в ч. 4 ст. 274 ЦПК України.

Суд вирішує питання про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження на стадії відкриття провадження у справі. За якими правилами позовного провадження буде розглядатися справа, суд повинен зазначити в ухвалі про відкриття провадження у справі (п. 4 ч. 2 ст. 187 ЦПК України). На практиці суди, вирішивши розглядати справу в порядку спрощеного позовного провадження, часто постановляють **ухвали про відкриття спрощеного позовного провадження**, а саме: Дрогобицький міськрайонний суд Львівської області 1 листопада 2018 року постановив ухвалу про відкриття спрощеного позовного провадження у справі [7], Яготинський районний суд Київської області 1 листопада 2018 року постановив ухвалу про відкриття спрощеного позовного провадження у справі [8], Любашівський районний суд Одеської області 6 листопада 2018 року постановив ухвалу про відкриття спрощеного позовного провадження [9]. Уважаємо, що це не відповідає законодавчій термінології, з огляду на те що стадія відкриття провадження у справі є незалежною від того, за якими правилами позовного провадження буде розглядатися справа. Тому такою, що відповідатиме термінології ЦПК України, буде постановлення **ухвали про відкриття провадження у справі**.

Якщо суд в справах, які **можуть, а не повинні** бути розглянуті за правилами спрощеного позовного провадження, **без відповідного клопотання позивача** розгляне справу в такому порядку, то рішення в результаті такого розгляду підлягає скасуванню, оскільки порушення процедури вирішення питання, за якими правилами позовного провадження розглядати справу (а саме відсутність клопотання позивача), є **обов'язковою підставою** для скасування судового рішення в розумінні п. 7 ч. 3 ст. 376 ЦПК України.

З аналізу норм, що регулюють питання апеляційного провадження, вбачається, що розгляд справи в порядку загального позовного провадження, яка підлягала розгляду за правилами спрощеного позовного провадження, **не є обов'язковою підставою** для скасування судового рішення. Проте це є порушенням норм процесуального права й може бути підставою для скасування або зміни рішення, якщо воно призвело до неправильного вирішення справи.

Справа в порядку спрощеного позовного провадження розглядається за правилами, встановленими для розгляду справи в порядку загального позовного провадження, з особливостями, які встановлені в главі «Розгляд справ у порядку спрощеного провадження» (ч. 1 ст. 279 ЦПК України). Оскільки стадії підготовчого провадження немає, то суд повинен учинити дії щодо підготовки справи самостійно до розгляду справи по суті, тобто до відкриття першого судового засідання. Це випливає з того, що завданням розгляду справи по суті є розгляд і вирішення спору на підставі зібраних у підготовчому провадженні матеріалів. І тут виникають проблеми, а саме:

1) суд не може роз'яснити учасникам справи, які обставини справи входять до предмета доказування, які докази мають бути подані тим чи іншим учасником справи, внаслідок чого учасники справи подають докази ще в судовому засіданні, що робить неможливим розгляд справи в передбачені ЦПК України строки;

2) суд не може з'ясувати, чи повідомили сторони всі обставини справи, які їм відомі;

3) якщо суд вирішить призначити експертизу, то він не може забезпечити реалізацію права учасників справи запропонувати питання, роз'яснення яких, на їхню думку, потребує висновку експерта, тим самим порушує процесуальну норму, що має наслідком визнання такого висновку експерта недопустимим доказом і неможливість посилання судом на нього під час ухвалення судового рішення;

4) під час подання учасником справи заяви, яка не є заявою по суті справи, або клопотання суд не може врахувати думки інших учасників справи щодо задоволення чи відмови в задоволенні такої заяви або клопотання.

Отже, наявність таких законодавчих недоліків тягне за собою неефективний розгляд

справи по суті, порушення процесуальних прав учасників справи і, як наслідок, необґрунтоване та незаконне рішення по суті справи. Тому варто запровадити механізм вирішення цих питань судом до початку розгляду справи по суті, а саме надати **право суду в разі необхідності** викликати учасників справи для вирішення процесуальних питань щодо підготовки справи до розгляду по суті, а фактично провести підготовче засідання.

Висновки

Для ефективного розгляду справ у порядку спрощеного позовного провадження, уникнення порушення процесуальних норм і для реалізації мети спрощеного позовного провадження необхідно внести зміни у відповідні положення ЦПК України, якими, по-перше, надати суду дискреційні повноваження щодо визначення можливості розгляду справ, у яких ціна позову не перевищує ста прожиткових мінімумів для працездатних осіб, і справ, що виникають із трудових відносин за правилами спрощеного позовного провадження, виходячи з їх обставин; по-друге, надати суду право за наявності клопотання позивача та з урахуванням заперечень відповідача вирішувати питання про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження щодо тих категорій справ, які визначені в ч. 4 ст. 274 ЦПК України; по-третє, дати можливість суду в певних випадках з ініціативи сторін чи з власної ініціативи перейти зі спрощеного позовного провадження в загальне; по-четверте, надати право суду в разі необхідності викликати учасників справи для вирішення процесуальних питань щодо підготовки справи до розгляду по суті, а фактично провести підготовче засідання; по-п'яте, усунути колізії процесуальних норм і недоліки законодавчої термінології.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28.06.1996. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1996. № 30. Ст. 141. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80/.

2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2004. № 40–41, 42. Ст. 492. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15.

3. Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2017. № 48. Ст. 436. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2147-19.

4. Рішення Залізничного районного суду м. Львова від 26.10.2018 по справі № 462/2063/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77605851.

5. Рішення Ковпаківського районного суду м. Суми від 02.11.2018 по справі № 592/11315/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77611707.

6. Рішення Білопільського районного суду Сумської області від 02.11.2018 по справі № 573/1283/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77679246.

7. Ухвала Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області від 01.11.2018 по справі № 442/6696/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77533781.

8. Ухвала Яготинського районного суду Київської області від 01.11.2018 по справі № 382/1671/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77541337.

9. Ухвала Любашівського районного суду Одеської області від 06.11.2018 по справі № 518/1050/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77641668.

В статье исследуется упрощенное исковое производство как новелла Гражданского процессуального кодекса Украины с точки зрения законодательного регулирования и проблем применения на практике. Освещены коллизионные нормы и сформированы выводы по их решению, а также проанализировано применение соответствующих процессуальных норм в гражданском судопроизводстве.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, упрощенное исковое производство, незначительные дела.

The article describes simplified legal proceedings as a novelty of the Civil Procedural Code of Ukraine in terms of legislative regulation and application problems in practice. The collision rules and conclusions of their solving are highlighted, as well as the application of the relevant procedural rules in civil litigation are analyzed.

Key words: civil litigation, simplified proceedings, minor cases.

УДК 347.23:347.922.15

Георгій Харченко,
докт. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМИ ПОЗОВНОЇ ДАВНОСТІ ПІД ЧАС ВИТРЕБУВАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК ЗА ПОЗОВАМИ В ІНТЕРЕСАХ ДЕРЖАВИ

Стаття присвячена правовому аналізу судової практики України щодо відмови судів застосовувати правові наслідки спливу позовної давності за позовами, які висуваються до добросовісних набувачів під час витребування земельних ділянок на користь держави. Акцентовано увагу на неповному дослідженні та врахуванні судами всіх обставин, що мають істотне значення для справедливого вирішення таких справ. Сформульовано пропозиції щодо вдосконалення чинного цивільного законодавства України з порушеного питання.

Ключові слова: захист права власності, добросовісний набувач, позовна давність, принцип належного урядування, принцип юридичної визначеності.

Постановка проблеми. Останнім часом за ініціативою прокуратури в Україні збільшується кількість судових справ щодо витребування на користь держави земельних ділянок, які свого часу були передані у приватну власність за рішеннями неуправнених на це місцевих державних адміністрацій. Часто відповідні позовні вимоги подаються вже після спливу трьохрічного строку, коли оспорювані дії органів державної влади мали місце. Сформована в Україні судова практика застосування позовної давності із цих питань викликає сьогодні багато нарікань з огляду на необхідність дотримання в праві принципу справедливості й урахування позиції Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) з розгляду подібних спорів. Зазначене зумовлює доцільність проведення правового аналізу правомірності відмови судів застосувати наслідки спливу позовної давності за позовами, що висуваються в інтересах держави під час витребування земельних ділянок від добросовісних набувачів.

Окремі питання щодо захисту в Україні інтересів добросовісних набувачів під час витребування майна на користь держави розглядали в працях і публікаціях такі вітчизняні вчені й правознавці-практики: В. Веремко, Р. Губський, Р. Кобець, О. Кот, М. Процик, Ю. Пшевлоцький, Л. Тарасенко, Р. Титикала та інші.

Метою статті є правовий аналіз недоліків вітчизняної судової практики щодо незастосування правових наслідків спливу позовної давності під час задоволення позовних вимог, які висуваються в інтересах держави щодо витребування земельних ділянок від добросовісних набувачів.

Виклад основного матеріалу. Одразу звернемо увагу на те, що питання застосування правових наслідків спливу позовної давності, як правило, вирішується не на користь відповідачів, незважаючи на те що в Постанові від 16.11.2016 у справі № 487/10132/14-ц Верховний Суд України (далі – ВСУ) сформулював правову позицію, що порівняльний аналіз термінів «довідався» та «міг довідатися», які містяться в ст. 261 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, дає підстави для висновку про *презумпцію можливості й обов'язку особи знати про стан своїх майнових прав*, а тому доведення факту, через який позивач не знав про порушення свого цивільного права й саме із цієї причини не звернувся за його захистом до суду, недостатньо. Позивач повинен також довести той факт, що він не міг дізнатися про порушення свого цивільного права, що також випливає із загального правила, встановленого ст. 60 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України (ст. 81 за чинною редакцією ЦПК України (додано нами – *Г. Х.*)), про обов'язковість доведення стороною спору тих обставин, на котрі вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень. Відповідач, навпаки, мусить довести, що інформацію про порушення можна було отримати раніше [1].

Зазначимо, що правовий висновок ВСУ, на жаль, не дає чіткої відповіді, чим суди мають керуватися більше – презумпцією обізнаності особи (позивача) про стан свого майнового права чи все-таки обов'язком відповідача довести, що позивач мав можливість дізнатися про порушення раніше. На практиці розгляд цієї категорії справ виглядає так.

© Г. Харченко, 2018

По-перше, добросовісні набувачі в таких справах залишаються самотніми в доведенні, що держава в особі відповідного державного органу могла раніше, ще до спливу трьохрічного строку з моменту порушення права, дізнатися про це. Інший відповідач – державний орган, рішення якого оспорюється, по суті, просто самоусувається від судового розгляду справи, оскільки це рішення, як правило, приймалось попереднім керівництвом і, відповідно, ніхто з державних службовців не має бажання протиставляти себе державі. Тобто, фактично весь тягар щодо доведення неправомірності висунутих проти добросовісних набувачів вимог, у тому числі доведення факту спливу позовної давності, за такими справами покладається в цивільному процесі виключно на добросовісних набувачів, тоді як представники державного органу-відповідача зазвичай не з'являються на судові засідання й не спростовують вимоги позивача.

По-друге, все ще, на жаль, поширеною є судова практика, коли суди оцінюють як доказ у справі твердження позивача та прокуратури, що позивач довідався про порушення свого права лише після відповідного повідомлення прокуратури, яка, у свою чергу, дізналася про це під час перевірки законності оспорюваного рішення. Суди при цьому не ставлять собі запитання: чому така перевірка проведена не протягом трьохрічного строку після винесення оспореного рішення, а вже після спливу чотирьох, а подекуди навіть семи й більше років (див., наприклад, справу № 674/31/15-ц [2])? І як, нарешті, такі твердження позивача і прокуратури узгоджуються з тим, що останні за законодавством наділені повноваженнями контролю за законністю діяльності тих державних органів, рішення яких вони оспорюють?

Таку судову практику цікаво оцінити через призму статистичних даних. Наприклад, у 2013 році кількісний штат працівників органів прокуратури в Україні був найвищим з усіх країн Європи: 43 на 100 тисяч населення, тоді як у Німеччині цей показник – 5, у Молдові – 16, у середньому в Європі – 10, навіть у Росії – 32 прокурори на 100 тис. населення [3, с. 1].

З огляду на ці показники, малообґрунтованою вбачається позиція тих судів, які, задовольняючи позовні вимоги й відмовляючись уважати пропущеним строк позовної давності, пояснюють свій висновок тим, що без перевірки законності прийнятого, а потім оспореного рішення прокуратура не могла дізнатися про вчинення правопорушення, оскільки із самого змісту рішення факт правопорушення виявити не можна, і хоча прокуратура (та/або позивач) була своєчасно про це рішення поінформована, проте не могла знати, що було вчинене порушення права позивача.

Безперечно, така судова практика може мати далекосяжні й згубні наслідки для всього цивільного обороту. За таким підходом можна вимагати скасування та визнання недійсними будь-яких актів суб'єкта владних повноважень і правочинів, як наслідок, переглянути, наприклад, усі результати приватизації, відбираючи в нових власників (уже добросовісних набувачів) усе їхнє майно лише на тій підставі, що колись дуже давно якийсь орган державної влади допустив правопорушення у своїй діяльності, а оскільки інший державний орган, зокрема прокуратура, заявлять, що дізналася про ці порушення тільки зараз, тоді строк позовної давності не сплив і майно може бути повернуто знову до державної власності. Якщо тут ще згадати, що за радянські часи взагалі не існувало такої форми права власності, як приватна, а все, як правило, перебувало в державній власності, тоді все майно, яке колись перейшло з державної власності до приватної, буде знаходитися під ризиком того, що воно, незважаючи на трьохрічний строк позовної давності, може підпасти під оспорювання й витребування на користь держави.

Однак насправді саме держава й має забезпечувати стабільність і прогнозованість цивільного обороту. Вона, зазначено в Постанові ВСУ від 08.06.2016 (справа № 6-3029цс15), є відповідальною за прийняті її органами незаконні правові акти. Їх скасування не має ставити під сумнів стабільність цивільного обороту, підтримувати яку покликані норми про позовну давність. На відміну від інших учасників цивільних правовідносин, держава несе ризик спливу строку позовної давності на оскарження нею незаконних правових актів державних органів, якими порушено право власності чи інше речове право [4].

Утім прикладів урахування вищезгаданої позиції в судовій практиці майже немає, судові інстанції переважно нехтують фактами спливу позовної давності під час захисту інтересів держави, надаючи їм очевидну перевагу над інтересами приватних осіб.

По-третє, складність доведення добросовісним набувачем факту обізнаності або можливості обізнаності раніше позивача та прокуратури про порушення майнового права полягає в тому, що суди зазвичай не сприймають як доказ у справі супровідні листи, якими оспорене рішення надсилалось до позивача і прокуратури, як звіт про діяльність відповідного державного органу. Указують,

що такі листи не доводять факту їх отримання, оскільки за усталеною в Україні практикою листування між державними органами відбувається простим, а не рекомендованим способом. Звісно, позивач і прокуратура при цьому стверджують, що в їхніх програмах автоматизованого документообігу та контролю такі листи не зареєстровані, а суди сприймають такі твердження як доведений факт без підтвердження будь-якими іншими доказами й перевірки правдивості таких тверджень (чи були збої в програмі документообігу, випадки втрати даних, чи є можливість у позивача вносити зміни в базу даних і взагалі чи належним чином поставлена сама робота щодо реєстрації всієї кореспонденції, що отримується позивачем, тощо).

Отже, виникає ситуація, коли добросовісним набувачам насправді дуже складно доводити, що держава в особі відповідного державного органу, так само як і прокуратура, якщо не знали, то принаймні могли дізнатися про факт правопорушення своєчасно й, відповідно, своєчасно висунути свої позовні вимоги в межах строку позовної давності. За таких обставин суди вбачають справедливим не стільки керуватися презумпцією обізнаності позивачем про стан своїх майнових прав, скільки констатувати, що строк позовної давності державними органами не був пропущений, оскільки останні не могли дізналися про це раніше й, відповідно, добросовісний набувач не зміг як відповідач довести іншого.

Убачаємо, що такий підхід суперечить практиці ЄСПЛ, який у своїх рішеннях неодноразово підкреслював, що «позовна давність – *це законне право правопорушника* уникнути переслідування або притягнення до суду після закінчення певного періоду після скоєння правопорушення. Термін позовної давності, що є звичайним явищем у національних законодавствах держав-учасниць Конвенції, виконує кілька завдань, у тому числі забезпечує юридичну визначеність та остаточність, запобігаючи порушенню прав відповідачів, які можуть трапитись у разі прийняття судом рішення на підставі доказів, що стали неповними через сплив часу» (п. 570 Рішення від 20.09.2011 за заявою № 14902/04 у справі ВАТ «Нафтова компанія «Юкос» проти Росії»; п. 51 Рішення від 22.10.1996 за заявами № 22083/93, 22095/93 у справі «Стаббінгс та інші проти Сполученого Королівства») [5].

Усі державні органи, звертає увагу ЄСПЛ, мають діяти й чітко дотримуватися у своїй діяльності принципу «належного урядування». Останній передбачає, що в разі, коли йдеться про питання загального інтересу, зокрема якщо справа впливає на такі основоположні права людини, як майнові права, державні органи повинні *діяти вчасно й у належний і якомога послідовніший спосіб* (див. Рішення ЄСПЛ у справах «Beyeler v. Italy» від 28.05.2002, п. 120 [6], «Öneryildiz v. Turkey» від 18.09.2002, п. 128 [7]). На державні органи, зокрема, покладено *обов'язок запровадити внутрішні процедури, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок* (див., наприклад, Рішення ЄСПЛ у справі «Lelas v. Croatia» від 20.05.2010, п. 74 [8]) і сприятимуть юридичній визначеності в цивільних правовідносинах, які зачіпають майнові інтереси (див. рішення ЄСПЛ у справах «Beyeler v. Italy» від 28.05.2002, п. 119 [6], «Öneryildiz v. Turkey» від 18.09.2002, п. 128 [7]).

Наголошується, що принцип «належного урядування», як правило, не повинен перешкоджати державним органам виправляти випадкові помилки, навіть ті, причиною яких є їхня власна недбалість (див., наприклад, Рішення ЄСПЛ у справі «Moskal v. Poland» від 15.09.2009, п. 73 [9]).

Інакше кажучи, державні органи, які не впроваджують або не дотримуються власних процедур, не повинні мати можливість отримувати вигоду від своїх протиправних дій або уникати виконання своїх обов'язків (див. рішення ЄСПЛ у справі «Lelas v. Croatia» від 20.05.2010, п. 74 [8]). Ризик будь-якої помилки державного органу повинен покладатися на саму державу, а помилки не можуть виправлятися за рахунок осіб, яких вони стосуються (див. рішення ЄСПЛ у справі «Gashi v. Croatia» від 13.12.2007, п. 40 [10]).

Важливо підкреслити, що в контексті скасування помилково наданого права на майно принцип «належного урядування» покладає на державні органи обов'язок *діяти невідкладно, виправляючи свою помилку* (див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справі «Moskal v. Poland», п. 69 [9]).

У світлі сказаного вбачається неприпустимою позиція тих судів, які у своїй оцінці, коли відповідний орган державної влади міг дізнатися про скоєне щодо державної земельної ділянки правопорушення, не бере до уваги наявність у позивача відповідних повноважень контролю за діяльністю іншого державного органу, який разом із добросовісним набувачем земельної ділянки виступає одним із відповідачем у справі. Ідеться, зокрема, про обласні державні адміністрації, які, відповідно до ст. 33 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» [11], у межах своїх повноважень *здійснюють контроль* за діяльністю районних державних адміністрацій, а голови районних державних адмі-

ністрацій *регулярно інформують* про свою діяльність голів обласних державних адміністрацій, щорічно та на вимогу звітують перед ними. Мета такого контролю встановлена ч. 2 ст. 33 вищезазначеного Закону, а саме: забезпечити відповідність розпоряджень голови райдержадміністрації Конституції України та законам України, рішенням Конституційного Суду України, актам Президента України, Кабінету Міністрів України.

Доречно звернути увагу на те, що згаданим вище Законом визначається цілий комплекс заходів для реалізації наданих обласним державним адміністраціям контрольних повноважень, зокрема проведення перевірок; отримання статистичної та іншої інформації; залучення вчених, спеціалістів, представників громадськості до проведення перевірок тощо. Якщо ж при цьому врахувати, що порушення із земельних питань в Україні мають насправді постійний і системний характер, це, звичайно, мало б спонукати відповідні державні органи більш прискіпливо ставитися до належного виконання своїх обов'язків щодо контролю. Отже, позиція судів, які не визнають сплив позовної давності після чотирьох, п'яти й більше років потому, коли правопорушення відбулося, виглядає, на наш погляд, неприйнятною.

З боку судової влади, на жаль, не надається належної оцінки й тому факту, що розпорядження органів державної влади *є відкритими (публічними) та загальнодоступними*. За усталеною й системною практикою, всі акти місцевих державних адміністрацій в Україні розміщуються на їхніх офіційних сайтах в Інтернеті, тобто вони знаходяться у відкритому доступі. Так само відкритими й доступними, відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 01.07.2004 № 1952-IV [12], в Україні є й відомості Державного реєстру речових прав на нерухоме майно (п. 5 ч. 1 ст. 3).

За цим законом, що важливо, держава *гарантує* об'єктивність, достовірність і повноту відомостей про зареєстровані права на нерухоме майно, що, звичайно, має передбачати посилену відповідальність держави за законність проведеної реєстрації речових прав на земельну ділянку. Без цього така реєстрація втрачає практичний сенс для учасників цивільного обороту, коли раптом потім може з'ясуватися, що рішення, на підставі якого державна земельна ділянка перейшла у приватну власність, прийняте неуправненим на це державним органом влади, поза його повноважень.

З огляду на зазначене, вбачається, що державні органи та прокуратура, маючи, згідно з чинним законодавством України, широкі владні повноваження щодо контролю за діяльністю інших державних органів, рішення яких вони оспорюють у суді, мають можливість, відповідно до принципу «належного урядування», своєчасно дізнаватися й відповідно реагувати на факт правопорушення, а тому й суди, визначаючись щодо пропущення строку позовної давності, повинні в разі захисту інтересів держави надавати перевагу й відповідно застосовувати презумпцію обізнаності позивача про стан своїх майнових прав, а не вимагати від добросовісних набувачів доведення обставин, що позивач знав або міг дізнатися своєчасно про порушення свого права. Важливо те, що згадана вище презумпція випливає зі змісту ст. 261 ЦК України [13], тобто з норми матеріального права, тоді як обов'язок відповідача – зі ст. 81 ЦПК України [14], тобто з норми процесуального права. Оскільки суди, відповідно до чинного законодавства України, мають вирішувати спори керуючись нормами саме матеріального права, вбачається, що навіть якщо відповідач не зможе або просто не надасть докази того, що позивач знав або міг дізнатися своєчасно про порушення свого права, питання спливу позовної давності все одно має вирішуватися на користь відповідача, якщо, звичайно, позивач не надасть суду докази (а не твердження) того, що він насправді не міг своєчасно дізнатися про порушення свого права через певні обставини, які йому в цьому заважали.

Певні надії на зміну наявної в судовій владі практики невизнання спливу позовної давності покладалися на новий склад ВСУ. Однак перші його рішення поки не виправдовують такі сподівання. Знову використовується та сама аргументація, коли сам по собі факт отримання позивачем, тобто, наприклад, облдержадміністрацією, розпорядження районної державної адміністрації, яке оспорюється в суді, не свідчить про порушення вимог закону під час його прийняття, а тому позивач нібито не міг своєчасно дізнатися про скоєне правопорушення [15]. Знову судом не надається належної правової оцінки, що позивач, відповідно до чинного законодавства України, має необхідні повноваження контролю за відповідачем, а з огляду на поширену практику зловживання щодо земельних питань, такий контроль мав би бути з боку позивача своєчасним і повним. Не є виною добросовісних набувачів, що звітування перед позивачем про прийняті райдержадміністрацією рішення відбувалось неповно, без надання додатків до прийнятих рішень, без зазначення категорії земель, із яких виділялись спірні

земельні ділянки, тощо. Отже, хибною є практика перекладання наслідків неналежного урядування в Україні на приватних осіб-набувачів земельних ділянок у ситуації, коли механізм стягнення компенсації колишньому добросовісному власникові-набувачу до цього часу на законодавчому рівні не запроваджено [16, с. 173].

Висновки

На підставі проведеного вище дослідження матеріалів судової практики, норм чинного законодавства України з порушеного в статті питання вбачається доцільним резюмувати таке:

1. Вирішуючи питання щодо можливого спливу позовної давності, суди мають застосовувати презумпцію обізнаності позивача про стан його майнового права, а не посилатися на процесуальний обов'язок відповідача довести, що позивач мав можливість дізнатися про скоєння правопорушення раніше. Презумпція має перевагу, оскільки базується на нормі матеріального, а не процесуального права.

2. У законодавство України щодо державної реєстрації речових прав на майно та їх обтяжень доцільно вести зміни й покласти на особу, яка здійснює державну реєстрацію речових прав і їх обтяжень, обов'язок щодо перевірки законності правової підстави набуття, зміни або припинення речових прав на майно та їх обтяжень. Відповідно, у разі незаконності проведеної реєстрації держава (або нотаріус і держава (як субсидіарний відповідач)) має відшкодувати добросовісній потерпілій стороні всі завдані їй збитки, у тому числі упущену вигоду.

3. З метою посилення юридичних гарантій захисту речових інтересів добросовісних набувачів від посягань держави на їхнє майно, коли весь тягар негативних наслідків за помилки державних органів держава намагається перекласти із себе на приватних осіб, доцільним убачається встановлення, що позовна давність за позовами на користь держави (суб'єкта владних повноважень) щодо витребування майна від добросовісних набувачів установлюється в три роки з моменту скоєння правопорушення.

Список використаних джерел:

1. Постанова Верховного Суду України від 16.11.2016 у справі № 487/10132/14-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/62948851 (дата звернення: 30.11.2018).

2. Постанова Верховного Суду від 21.11.2018 у справі № 674/31/15-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78129908 (дата звернення: 30.11.2018).

3. Пояснювальна записка до Проекту Закону України «Про чисельність органів прокуратури України» від 18.12.2013. 4 с. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=49360 (дата звернення: 30.11.2018).

4. Постанова Верховного Суду України від 08.06.2016 у справі № 6-3029цс15. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58789864 (дата звернення: 30.11.2018).

5. Постанова Верховного Суду України від 16.09.2015 у справі № 6-68цс15. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/51078286 (дата звернення: 30.11.2018).

6. Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Beyeler v. Italy on 28 May 2002. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60485 (дата звернення: 30.11.2018).

7. Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Öneryildiz v. Turkey on 18 June 2002. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60510 (дата звернення: 30.11.2018).

8. Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Lelas v. Croatia on 20 May 2010. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98827 (дата звернення: 30.11.2018).

9. Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Moskal v. Poland on 15 September 2009. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94009 (дата звернення: 30.11.2018).

10. Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Gashi v. Croatia on 13 December 2007. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84005 (дата звернення: 30.11.2018).

11. Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 09.04.1999 № 586-XIV. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/586-14 (дата звернення: 30.11.2018).

12. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 01.07.2004 № 1952-IV. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1952-15 (дата звернення: 30.11.2018).

13. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 30.11.2018).

14. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення: 30.11.2018).

15. Постанова Верховного Суду від 23.05.2018 у справі № 469/1291/16-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74505912 (дата звернення: 30.11.2018).

16. Процик М.В. Особливості розгляду віндикаційних позовів у судовій практиці. Восьмі юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присвячені пам'яті Є.В. Васьковського: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 18 травня 2018 р.). Одеса, 2018. С. 171–175.

Статья посвящена правовому анализу судебной практики Украины об отказе судов применять правовые последствия истечения исковой давности по искам, предъявляемым к добросовестным приобретателям при истребовании земельных участков в пользу государства. Акцентировано внимание на неполном исследовании и учете судами всех обстоятельств, имеющих существенное значение для справедливого решения таких дел. Сформулированы предложения по усовершенствованию действующего гражданского законодательства Украины в этом вопросе.

Ключевые слова: защита права собственности, добросовестный приобретатель, исковая давность, принцип надлежащего управления, принцип юридической определенности.

The article is devoted to the legal analysis of the judicial practice of Ukraine about the refusal of courts to apply the legal consequences of expiration of the limitation of actions on claims against bona fide purchasers when a land is requested in favor of the state. Attention is focused on the incomplete investigation and accounting by the courts of all circumstances that are essential for a fair resolution of such cases. Formulated proposals to improve the current civil legislation of Ukraine in this matter.

Key words: protection of property rights, bona fide purchaser, limitation of actions, principle of good governance, principle of legal certainty.

УДК 347.772

Олеся Харченко,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри інтелектуальної власності юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

НЕВІДПОВІДНІСТЬ ПОЗНАЧЕННЯ ПУБЛІЧНОМУ ПОРЯДКУ, ПРИНЦИПАМ ГУМАННОСТІ Й МОРАЛІ ЯК АБСОЛЮТНА ПІДСТАВА ДЛЯ ВІДМОВИ В НАДАННІ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ЗНАКА

У статті здійснено комплексний правовий аналіз основних підходів до оцінювання невідповідності позначення публічному порядку, принципам гуманності й моралі на основі дослідження положень нормативно-правових актів і судової практики України та зарубіжних держав. Автором зазначено загальні зауваження щодо оцінювання вказаних підстав для відмови в наданні правової охорони знака, сутність і зміст понять «публічний порядок» і «мораль», що включені до пункту 1 статті 5 Закону, досліджено останні тенденції оцінювання позначень на відповідність цим критеріям у практиці Апеляційної палати Мінекономрозвитку України. Зроблено висновок, що практика оцінювання на відповідність чи невідповідність позначення, що заявляється, згідно з частиною 1 статті 5 Закону є не сталою категорією, а, навпаки, такою, що динамічно розвивається в рішеннях закладу експертизи та Апеляційної палати МЕРТ. Заявникам під час подання заявок на знаки для товарів і послуг варто враховувати як загальні «універсальні» зауваження щодо цієї абсолютної підстави для відмови в реєстрації, так і практику відповідного національного органу експертизи й органу, що реалізує державну політику у сфері інтелектуальної власності.

Ключові слова: торговельна марка, знак для товарів і послуг, мораль, публічний порядок.

Постановка проблеми. Сьогодні спостерігається тенденція зростання кількості заявок на отримання торговельних марок: так, за І півріччя 2018 року до ДП «Укрпатент» надійшло 19 108 заявок, що становить 105% від кількості заявок за аналогічний період 2017 року [1], що, у свою чергу, свідчить про доцільність отримання охорони й зацікавленість заявників у отриманні правової охорони їхніх позначень щодо якості торговельних марок. Так, станом на 1 вересня 2018 року (з 1992 року) до державних реєстрів включено 247 028 свідоцтв на знаки для товарів і послуг з урахуванням розділених реєстрацій. Разом із тим очевидним є той факт, що не всі заявки на знаки для товарів і послуг відповідають умовам правової охорони знака, а отже, постає доцільність дослідження окремих умов відповідності правовій охорони охороноспроможності знаків і тенденцій практики їх застосування закладом експертизи.

Охорону прав на торговельні марки в Україні досліджувала О. Піхурець; охорону прав на торговельні марки в Україні та Європейському Союзі розглядав Я. Іолкін. Методику судово-експертного дослідження знаків для товарів і послуг розробляв Г. Прохоров-Лукін. Водночас комплексно питання щодо невідповідності позначення публічному порядку, принципам гуманності й моралі у вітчизняній доктрині майже не розглядалось.

Мета статті полягає в комплексному правовому аналізі основних підходів до невідповідності позначення публічному порядку, принципам гуманності й моралі на основі дослідження положень нормативно-правових актів і судової практики України та зарубіжних держав.

Виклад основного матеріалу. У доктрині права інтелектуальної власності прийнято розрізняти два види підстав для відмови в наданні правової охорони знака – так звані «абсолютні» й «відносні» підстави:

– абсолютні підстави для відмови стосуються самих умов дійсності знака та сформульовані з метою захисту інтересів споживача, а саме: знак повинен бути відмітним, не вводити в оману, не суперечити нормам моралі й не порушувати статтю 6ter Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року;

– до «відносних підстав» відмови зараховують підстави, пов'язані з існуванням раніше відомого конфліктуючого знака. Вони називаються «відносними», оскільки знак, реєстрація якого запитується, має стосунок до інших, раніше відомих чи зареєстрованих

© О. Харченко, 2018

знаків. Такі підстави враховують інтереси тільки приватних осіб і ніяк не зачіпають питання інтересів споживачів загалом.

Однією з абсолютних підстав для відмови в наданні правової охорони, відповідно до пункту 1 статті 5 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (далі – Закон), є суперечність знака публічному порядку, принципам гуманності й моралі, вимогам Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» [3].

Зазначена норма українського закону кореспондується зі статтею 6 quinquies Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року. «В. – Товарні знаки, що підпадають під дію цієї статті, можуть бути відхилені при реєстрації чи визнанні недійсними лише в таких випадках: 3. Якщо знаки ***суперечать моралі чи громадському порядку*** [...] Мається на увазі, що знак не може розглядатися як такий, що суперечить громадському порядку, з тієї єдиної причини, що він не відповідає якому-небудь положенню законодавства про знаки, за винятком випадку, коли саме це положення стосується громадського порядку» [4].

Ця підстава в наданні правової охорони знака відображена в більшості правових систем світу. Наприклад, у ЄС у Директиві Європейського парламенту та Ради (ЄС) «Про зближення законодавств Держав-членів щодо торговельних марок» від 16 грудня 2015 року № 2015/2436 у статті 4 «Абсолютні підстави для відмови або недійсності» визначено, що не підлягають правовій охороні «f) торговельні марки, що суперечать публічному порядку й або прийнятим принципам моралі» [5]. Зазначене положення дослівно відтворено в частині 2 статті 193 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [6].

Так, в Англії у статті 3 (3) (a) Закону про торговельні марки (1994 рік) також зазначено, що торговельна марка не може отримати правову охорону, якщо вона (a) суперечить державній політиці або прийнятим принципам моральності [7].

У США в § 1052 закону Ленхема («Про торговельні марки», основний закон, що регламентує на федеральному рівні реєстрацію й використання торговельних марок) визначено, що не підлягає реєстрації позначення, яке «(a) складається з або містить *аморальний*, оманливий чи скандальний зміст, який може зневажити або помилково припустити зв'язок із людьми, що живуть або мертві, інституціями, віруваннями чи національною символікою, або привертають їх до зневаги» [8].

Разом із тим щодо підстав відмови в реєстрації необхідно зазначити такі загальні зауваження:

Оскільки правова охорона торговельної марки має територіальний характер, одне і те саме позначення може отримати правову охорону, наприклад, у країні походження (враховуючи національні розуміння щодо критерію моральності й публічного порядку) і не отримати правову охорону в інших державах через невідповідність абсолютній підставі для відмови в реєстрації.

Така сама ситуація можлива й у випадках транслітерування словесних позначень іноземного походження українською мовою без урахування їх лінгвістичних особливостей, отже, що українська транслітерація набуде негативних конотацій і/або порушуватиме правила орфографії української мови.

Оцінка на відповідність чи невідповідність позначення, що заявляється, цій абсолютній підставі для відмови й реєстрації передбачає об'єктивне оцінювання самого позначення й не може залежати виключно від суб'єктивних уявлень про мораль і/або публічний порядок експерта закладу експертизи.

Оцінка на відповідність чи невідповідність позначення, що заявляється, цій абсолютній підставі для відмови в реєстрації повинна стосуватись усього суспільства, а не певної соціальної групи.

Оцінка на відповідність чи невідповідність позначення, що заявляється, цій абсолютній підставі для відмови в реєстрації передбачає оцінювання самого позначення відповідно до конкретних товарів і/ або послуг, а не його можливу реєстрацію за відповідним заявником.

За такої оцінки доцільно розглянути будь-яке семантичне значення словесної частини позначення, в тому числі «сленгові» значення словесної частини позначення.

Відмова в реєстрації відповідного позначення як торговельної марки не може однозначно свідчити про заборону використання такого позначення як торговельної марки (без правової охорони) загалом.

Оскільки сутність і зміст понять «моральність», «публічний порядок» є не сталим, а, навпаки, змінюються з плином часу, під час установлення того, чи суперечить заявлене позначення публічному порядку, мають ураховуватися всі особливості, що можуть бути йому притаманні, в тому числі сучасне розуміння сутності слів або зображень, що є його елементами, та їх сприйняття в суспільстві

[9, с. 3]. При цьому така сутність повинна бути оцінена на дату подання заявки.

Відмова в реєстрації позначення за цими підставами має корелюватися з правом заявника на свободу вираження поглядів, що передбачене статтею 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: «1. Кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади й незалежно від кордонів» [10]. Практика Європейського суду з прав людини свідчить, зокрема, про поширення статті 10 Конвенції на комерційні форми вираження поглядів [11]. Отже, орган експертизи додатково має аргументувати, що відмова в реєстрації знака є, наприклад, «необхідною в демократичному суспільстві» для однієї з дозволених цілей, що зазначені в частині 2 статті 10 Конвенції.

Сутність понять «публічний порядок», «гуманність» і «мораль», що включені до пункту 1 статті 5 Закону, визначаються через основні права і свободи людини та суспільства загалом, які базуються на положеннях законодавства України, загальновизнаних нормах і принципах міжнародного права та спеціального законодавства щодо правової охорони торговельних марок, а перелік випадків, коли державна реєстрація торговельної марки може їм не відповідати, не є вичерпним і має узагальнений характер. На підтвердження цієї тези можна навести пункт 4.3.1.1. Правил складання, подання та розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг, що також містить примірний відкритий перелік характеристик позначення відповідно до пункту 1 статті 5 Закону. Так, установлюється таке: чи не належить заявлений знак до позначень *порнографічного характеру, чи не містить антидержавних расистських лозунгів, емблем і найменувань екстремістських організацій, нецензурних слів і виразів тощо*. Якщо заявлене позначення або хоча б один із його елементів належать до позначень, зазначених в абзаці 1 цього пункту, подальший розгляд заявки припиняється й заявнику надсилається рішення про відхилення заявки [12].

Під час аналізу відповідних підстав у наданні правової охорони знака окремо вбачається за необхідне розглянути сутність і зміст понять «публічний порядок» і «мораль», що включені до пункту 1 статті 5 Закону, а також практику їх застосування в Україні.

Так, у довідниковій літературі можна знайти такі визначення поняття «мораль»:

Мораль – система норм і принципів поведінки людей у ставленні один до одного та до суспільства [13];

Мораль – у перекладі з латинської мови це одна з форм суспільної свідомості, соціальний інститут, що виконує функцію регулювання поведінки людей у всіх без винятку сферах життя [14].

Норми моралі є правилами поведінки, що встановлюються відповідно до уявлень людей про добро і зло, справедливість і несправедливість, борг, честь, гідність та охороняються силами громадської думки або внутрішнім переконанням. Серед форм моральної свідомості особливо виділяють *принципи моралі* – моральні вимоги, що виражені найбільш узагальнено. Якщо норма моралі наказує, які конкретно вчинки людина повинна здійснювати, а поняття моральної якості характеризує окремі сторони поведінки й риси характеру особистості, то принципи моралі висловлюють вироблені в моральній свідомості суспільства вимоги, що стосуються моральної сутності людини, її призначення, сенсу її життя й характеру взаємин між людьми [15]. Інакше кажучи, принципи моралі – це основоположні вимоги, що охоплюють суспільне та особисте життя людини, виступають у вигляді норм поведінки людей у певних ситуаціях.

Мораль щільно пов'язана з правом, проте мораль і право є самостійними нормативно-регуляторними системами. До принципів моралі, зокрема, належать такі принципи: гуманізму, милосердя, рівності, альтруїзму, справедливості, розсудливості, миролюбства, патріотизму [16, с. 129].

В українському законодавстві існує термін «суспільна мораль», який, відповідно до статті 1 Закону України «Про захист суспільної моралі», визначається як «система етичних норм, правил поведінки, що склалися у суспільстві на основі традиційних духовних і культурних цінностей, уявлень про добро, честь, гідність, громадський обов'язок, совість, справедливість».

Згідно зі статтею 2 цього Закону, в Україні забороняється:

1. Виробництво й обіг у будь-якій формі продукції порнографічного характеру.

2. Виробництво та розповсюдження продукції, яка:

– пропагує війну, національну й релігійну ворожнечу, зміну шляхом насильства конституційного ладу або територіальної цілісності України;

– пропагує фашизм і неофашизм;

– принижує або ображає націю чи особистість за національною ознакою;

– пропагує бузувірство, блюзнірство, неповагу до національних і релігійних святинь;

– принижує особистість, є проявом знущання з приводу фізичних вад (каліцтва), з душевнохворих, літніх людей;

– пропагує невігластво, неповагу до батьків;

– пропагує наркоманію, токсикоманію, алкоголізм, тютюнопаління та інші шкідливі звички [17].

Убачається, що позначення, які самі по собі (без прив'язки до відповідної продукції) відповідають означеним вище критеріям, не можуть отримати правову охорону як торговельної марки й не можуть використовуватись як знаки для товарів і послуг без реєстрації.

Норма ж про заборону реєстрації торговельних марок, яка суперечать *публічному порядку*, покликана захистити споживачів від впливу на них скандальних назв товарів, семантика яких, зокрема, порушує суспільні інтереси й популяризує заборонені види діяльності, такі як використання наркотиків, насилля, пропаганда аморального образу життя тощо [16, с. 341].

Законодавством України поняття «публічний порядок» не визначено. Зміст поняття «публічний порядок» розкрито в пункті 12 Постанови Пленуму Верховного Суду України «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» від 24 грудня 1999 року № 12: «Під публічним порядком належить розуміти правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо)» [18].

У Постанові Пленуму «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 6 листопада 2009 року № 9 Верховний Суд України вказує на те, що перелік правочинів, які є нікчемними як такі, що порушують публічний порядок, визначений статтею 228 Цивільного кодексу України: 1) правочини, спрямовані на порушення конституційних прав і свобод людини та громадянина; 2) правочини, спрямовані на знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним. Такими є правочини, що посягають на суспільні, економічні та соціальні основи держави, а саме: правочини, спрямовані на використання всупереч закону комунальної, державної або приватної власності; правочини, спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування, розпорядження об'єктами права власності українського народу – землею як основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, її надрами, іншими природними ресурсами (стаття 14 Конституції України); правочини щодо відчуження викраденого майна; правочини, що порушують правовий режим вилучених з обігу або обмежених в обігу об'єктів цивільного права тощо. Усі інші правочини, спрямовані на порушення інших об'єктів права, передбачені іншими нормами публічного права, не є такими, що порушують публічний порядок [19].

Схоже тлумачення змісту поняття «публічний порядок» міститься й в інших актах судових органів, наприклад, у Постанові Верховного Суду України від 13 квітня 2016 року [20] і в Постанові Верховного Суду від 6 червня 2018 року [21], а саме: публічний порядок – це публічно-правові відносини, які мають імперативний характер і визначають основи суспільного ладу держави.

Подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг є свідомою дією заявника, що спрямована на набуття права інтелектуальної власності на торговельну марку. Отже, така дія, відповідно до частини 1 статті 202 Цивільного кодексу України, є правочином.

Згідно з частиною 2 статті 228 Цивільного кодексу України, правочин уважається таким, що порушує публічний порядок, якщо він був спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини та громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним [22].

Виходячи з наведених норм, під порушенням публічного порядку варто розуміти порушення публічних нормативно-правових актів: Конституції України, антимонопольного й іншого публічно-правового законодавства, в якому закріплені основи державного ладу, політичної системи, економічної безпеки держави. Прикладами цьому можуть бути, зокрема, правочини, що спрямовані на порушення конституційних прав і свобод людини та громадянина; незаконне відчуження або користування об'єктами права власності: правочини, вчинені з метою порушення антимонопольного законодавства (недобросовісна конкуренція), тощо [9, с. 65]. Позначеннями, що суперечать публічному порядку, можуть уважатися такі, що дискредитують, підривають авторитет, принижують гідність особи (групи осіб, об'єднаних спільними інтересами) чи включають у себе словесні або зображувальні елементи (площинні чи об'ємні), що заборонені державою та порушують права людини [9].

При цьому суперечність публічному порядку заявленого позначення або його елемента має бути очевидною. Лише натяк або невизначена можливість того, що хто-небудь може вирішити, що це позначення чи його елемент суперечитиме публічному порядку в певних обставинах, не може бути достатнім для відмови в реєстрації такого знака загалом. Крім того, суперечність заявленого позначення публічному порядку має установлюватися в тому числі з урахуванням переліку товарів і послуг, для яких позначення заявляється на реєстрацію; передбачуваного кола споживачів цих товарів (послуг); фактів, обставин і відомостей, які можуть свідчити на користь реєстрації знака [9, с. 74].

Так, у Рішенні Апеляційної палати від 23 червня 2016 року щодо заявки № m 2014 15286 – словесного позначення *«Пьешь, как дышишь»* для товарів 33 та послуг 35 класу МКТП (заперечення на рішення ДСІВ про відмову в реєстрації знака, оскільки заявлене словесне позначення є таким, що суперечить публічному порядку та принципам моралі) колегія Апеляційної палати зазначила, що позначення «Пьешь, как дышишь» за характером є слоганом, за допомогою якого сутність реклами донесено не в прямій, а порівняльній (алегоричній) формі з використанням метафори, крім того, колегія визначила, що заявлене позначення «Пьешь, как дышишь» (українською мовою «П'єш як дихаєш») як семантична структура є простою дієслівною метафорою, в основі якої закладено порівняння дії «п'єш» із дією «дихаєш» з ознакою якості напоїв, які п'єш, і повітря, яким дихаєш: напій такий же легкий, як (немов) повітря, яким дихаєш. При цьому воно не містить вигуку, команди чи заклику до будь-якої дії, зокрема до дії «пий!».

У зв'язку з видом продукції, для якого знак було заявлено на реєстрацію, колегія Апеляційної палати взяла до уваги те, що регулювання відносини, які виникають у процесі виробництва, розповсюдження та споживання реклами в Україні, а також вимоги і принципи реклами визначаються Законом України «Про рекламу» [23]. Пункт 3 статті 7 цього Закону встановлює, що реклама не повинна містити інформації або зображень, що порушують етичні, гуманістичні, моральні норми, нехтують правилами пристойності. Відповідно до пункту 3 статті 22 цього Закону, реклама алкогольних напоїв, знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються алкогольні напої, не повинна, зокрема, заохочувати до вживання алкогольних напоїв або негативно розцінювати факт утримування від уживання алкогольних напоїв; створювати враження, що більшість людей уживає алкогольні напої. Стаття 26 цього Закону встановлює порядок контролю за дотриманням законодавства України про рекламу. Так, пунктом 2 зазначеної статті відповідний центральний орган виконавчої влади має право приймати рішення про зупинення розповсюдження реклами, яка порушує встановлені до неї вимоги.

З огляду на зазначене, колегія Апеляційної палати вважає, що допущений до здійснення та здійснений значний обсяг реклами ТМ «Воздух» з використанням слогану «Пьешь, как дышишь» і «П'єш як дихаєш» свідчить про те, що така реклама відповідає загальним вимогам до неї, тобто не містить інформації, яка порушує моральні норми чи заохочує до вживання алкогольних напоїв. У результаті прийнято рішення про реєстрацію знака за заявкою № m 2014 15286 стосовно всіх товарів 33 та послуг 35 класів МКТП, наведених у переліку за зазначеною заявкою [24].

У Рішенні Апеляційної палати від 22 листопада 2017 року щодо заявки № m 201512443 – словесного позначення знака *«OMAR KHAYYAM»* стосовно товарів 33 класу МКТП: «вино, горілка, виноградна горілка» (заперечення на рішення ДСІВ про відмову в реєстрації знака, оскільки заявлене словесне позначення є таким, що суперечить публічному порядку, тому що містить у своєму складі ім'я і прізвище відомої в Україні особи, яка внесла значний вклад у світову культуру й літературу) Апеляційна палата дійшла висновку, що горілка під знаком «OMAR KHAYYAM» є алкогольним напоєм преміум класу, який має високу якість, ексклюзивний дизайн тари та етикетки, кілька ступенів захисту, що унеможливлює підробку продукту. Відмінні споживчі якості й оригінальний зовнішній вигляд продукції, що маркується знаком «OMAR KHAYYAM», викликають перше приємне враження та позитивну оцінку загалом. Зазначена продукція схвально сприймається громадськістю, в тому числі й у країнах Близького Сходу – Ірані та Іраку. Спосіб використання заявленого позначення у складі етикеток не створює неправильного розуміння (спотворення) особистості Омара Хайяма або ймовірності завдання шкоди репутації цій відомій особі чи применшення його вкладу у світову культуру й літературу. За результатами розгляду заперечення в межах мотивів, викладених заявником у запереченні та під час його розгляду, а також дослідивши матеріали апеляційної справи, колегія Апеляційної палати дійшла висновку про можливість задоволення заперечення апелянта [25].

Заявлені позначення можуть суперечити публічному порядку також у тому разі, якщо вони зачіпають інтереси громадськості або суперечать інтересам держави, якщо вони відтворюють імена і прізвища знаних державних чи громадських діячів, які внесли значний вклад в історію та світову культуру, або є їх спотворенням.

Наприклад, у Рішенні Апеляційної палати від 29 серпня 2017 року щодо заявки № m201502875 – позначення «МАЗЕПА НА ВЕРЕСОВОМУ МЕДУ» (заперечення на рішення ДСІВ про відмову в реєстрації знака, оскільки заявлене словесне позначення є таким, що суперечить публічному порядку) колегія Апеляційної палати вирішила, що використання заявленого позначення, яке поєднує в собі словесні елементи «МАЗЕПА» та «НА ВЕРЕСОВОМУ МЕДУ» як знака для товарів і послуг, яким маркуються товари, а надто заявлені товари 33 класу МКТП, є таким, що породжує враження про саркастичний семантичний зміст і нешанобливе ставлення до видатної української історичної й державницької постаті – гетьмана України Івана Мазепи, який уніс значний вклад в історію України. Використання знака «МАЗЕПА НА ВЕРЕСОВОМУ МЕДУ» для товарів 33 класу МКТП може зачіпати інтереси громадськості, ображати почуття українців, спотворювати, принижувати значення Івана Мазепи для українського суспільства [26].

Цікавим і прогресивним є також рішення колегії Апеляційної палати від 16 липня 2018 року щодо заявки № m 201607862 «ДЕНЬ ВИШИВАНКИ» для послуг 41 класу МКТП, згідно з яким позначення не відповідає публічному порядку, принципам гуманності й моралі «не лише у разі якщо позначення є образливим, пропагує бузувірство, блюзнірство, неповагу до національних і релігійних святинь, містить богохульні вирази чи елементи релігійної символіки, які зачіпають або ображають почуття віруючих, а й тоді, коли реєстрація заявленого позначення призведе до порушень правил поведінки, що склалися у суспільстві на основі його культурних цінностей [...] Реєстрація заявленого позначення як знака для товарів і послуг надало б його власнику виключне право забороняти будь-яким іншим особам використовувати без його згоди позначення «ДЕНЬ ВИШИВАНКИ» під час надання ними послуг освіти і навчання; розважальних послуг, влаштовування спортивних і культурних заходів, організовування та проведення семінарів, конкурсів, з'їздів, конференцій, концертів, презентацій, виставок, екскурсійних турів, культурних та етнічних фестивалів та свят, показів етнічного одягу, влаштовування інших заходів розважального, освітнього, культурного та спортивного характеру, присвячених етнічному українському одягу, побуту та мистецтву, та інших послуг 41 класу МКТП. Відтак, вчинення без згоди апелянта дій щодо використання знака та готування до вчинення таких дій, вважатиметься порушенням прав, що тягне за собою відповідальність згідно з чинним законодавством України. Отже, будь-яка особа, яка використовуватиме цей знак під час надання відповідних послуг під позначенням «ДЕНЬ ВИШИВАНКИ», буде зобов'язана отримати дозвіл на таке використання. З огляду на викладене, та на значення, яке набуло словосполучення «День вишиванки» в суспільстві колегія Апеляційної палати вважає, що набуття апелянтом виключного права забороняти використання позначення «ДЕНЬ ВИШИВАНКИ» стосовно переліку послуг 41 класу МКТП, може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, а відтак суперечитиме публічному порядку і принципам моралі» [27].

Висновки

Отже, практика оцінювання на відповідність чи невідповідність позначення, що заявляється, згідно з частиною 1 статті 5 Закону, є не сталою категорією, а, навпаки, такою, що динамічно розвивається в рішеннях закладу експертизи та Апеляційної палати МЕРТ. Заявникам під час подання заявок на знаки для товарів і послуг потрібно враховувати як загальні «універсальні» зауваження щодо цієї абсолютної підстави для відмови в реєстрації, так і практику відповідного національного органу експертизи й органу, що реалізує державну політику у сфері інтелектуальної власності.

Список використаних джерел:

1. Показники надходження та розгляду заявок і реєстрації охоронних документів за І півріччя 2018 року. URL: http://www.uipv.org/ua/1H_2018.

2. Всього зареєстровано. Державне підприємство «Український інститут інтелектуальної власності» (Укрпатент). URL: http://www.uipv.org/ua/vsjogo.html.

3. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15.12.1993 № 3689-XII. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3689-12.

4. Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_123.

5. Directive (EU) No. 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December

2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (Text with EEA relevance). URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=474409.

6. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011.

7. United Kingdom. Trade Marks Act 1994 (Unofficial Consolidation 2008). URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180800.

8. 15 U.S.C. 1052 (SECTION 2 OF THE LANHAM ACT): TRADEMARKS REGISTRABLE ON PRINCIPAL REGISTER; CONCURRENT REGISTRATION Taken from the U.S. Government Publishing Office in February 2016. URL: https://www.bitlaw.com/source/15usc/1052.html.

9. Методичні рекомендації з окремих питань проведення експертизи заявки на знак для товарів і послуг. URL: http://www.uipv.org/i_upload/file/metod-rek-tm-27092018.pdf.

10. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

11. CASE OF MARKT INTERN VERLAG GMBH AND KLAUS BEERMANN v. GERMANY (Application no. 10572/83). URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57648.

12. Про затвердження Правил складання і подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг: Наказ Держпатенту України від 28.07.1995 № 116. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0276-95/.

13. Бусел В.Т. Великий тлумачний словник сучасної української мови. Київ, Ірпінь: ВТФ «Перун», 2007. 1736 с.

14. Філософській словник / ред. І.Т. Фролова. 4 вид. Москва, 1980. 445 с.

15. Словарь по этике / под ред. И.С. Кона. Москва: Политиздат, 1983. 445 с.

16. Методика судово-експертного дослідження знаків для товарів і послуг (торговельних марок): звіт про НДР (закл.) / МЮ України, КНДІСЕ, НДЦСЕПІВ, НДІІВ АпрНУ; кер. Г.В. Прохоров-Лукін; викон.: А.В. Андрєєва та ін. № ДР 0108U005823. Київ: КНДІСЕ, 2009. 400 с.

17. Про захист суспільної моралі: Закон України від 20.11.2003 № 1296-IV. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1296-15.

18. 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 від 24.12.1999 № 12. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-99.

19. Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009 № 9. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09.

20. Постанова Верховного Суду України від 13 квітня 2016 року по справі 6-1528цс15. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/57731753.

21. Постанова Верховного Суду від 6 червня 2018 року по справі № 362/2841/16-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/74963331.

22. Цивільний кодекс України від 16.01.2003. Голос України. 2003. № 45–46, 47–48. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show//print?user=435-15.

23. Про рекламу: Закон України від 03.07.1996 № 270/96-ВР. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80.

24. Рішення Апеляційної палати Державної служби інтелектуальної власності України від 23 червня 2016 року проти рішення Державної служби інтелектуальної власності України від 29.04.2016 про відмову в реєстрації знака «Пьешь, как дышишь» за заявкою № m201415286. URL: http://www.me.gov.ua/Files/GetFile?lang=uk-UA&fileId=155e159e-3ba3-4038-9d3c-9a7be96af28a.

25. Рішення Апеляційної палати Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 22 листопада 2017 року проти рішення Державної служби інтелектуальної власності України від 23.12.2016 про відмову в реєстрації знака для товарів і послуг «OMAR KHAYYAM» за заявкою № m201512443. URL: http://me.gov.ua/Files/GetFile?lang=uk-UA&fileId=e05aa1a8-48ee-450b-a504-10c6b1339b0b.

26. Рішення Апеляційної палати Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 29 серпня 2017 р. проти рішення Державної служби інтелектуальної власності України від 12.12.2016 про відмову в реєстрації знака «МАЗЕПА НА ВЕРЕСОВОМУ МЕДУ» за заявкою № m201502875. URL: http://me.gov.ua/Files /GetFile?lang=uk-UA&fileId=87549f8a-1a07-4546-9f7e-cd2f5ad8a62a.

27. Рішення Апеляційної палати Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 16 липня 2018 року проти рішення Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 15.12.2017 про відмову в реєстрації знака для товарів і послуг «ДЕНЬ ВИШИВАНКИ» за заявкою № m201607862. URL: http://me.gov.ua/Files/GetFile?lang=uk-UA&fileId=7b050590-e3cd-483d-84d6-f19f466e086b.

В статье осуществлен комплексный правовой анализ основных подходов к оценке несоответствия обозначения публичному порядку, принципам гуманности и морали на основе исследования положений нормативно-правовых актов и судебной практики Украины и зарубежных государств. Автором отмечены общие замечания по оценке указанных оснований для отказа в предоставлении правовой охраны знака, сущность и содержание понятий «публичный порядок» и «мораль», которые включены в пункт 1 статьи 5 Закона, исследованы последние тенденции оценки обозначений на

соответствие этим критериям в практике Апелляционной палаты Минэкономразвития Украины. Сделан вывод, что практика оценки на соответствие или несоответствие заявляемого обозначения согласно части 1 статьи 5 Закона является не постоянной категорией, а, наоборот, такой, что динамично развивается в решениях заведения экспертизы и Апелляционной палаты МЭРТ. Заявителям при подаче заявок на знаки для товаров и услуг следует учитывать как общие «универсальные» замечания относительно этого абсолютного основания для отказа в регистрации, так и практику соответствующего национального органа экспертизы и органа, реализующего государственную политику в сфере интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: торговая марка, знак для товаров и услуг, мораль, публичный порядок.

In the article there is a comprehensive legal analysis of the main approaches on the evaluation of the inconsistency of the designation of public order, the principles of humanity and morality on the basis of the study of the provisions of legal acts and judicial practice of Ukraine and foreign countries. The author gives general comments on the assessment of the bases for denial of the legal protection of the trade mark. The essence and content of the concepts of "public order" and "morality", which are included in clause 1 of Article 5 of the Law, are defined as well. Besides, the latest tendencies in evaluating designations for compliance with these criteria have been researched in the practice of the Appeal Chamber of the Ministry of Economic Development and Trade of Ukraine. The author makes conclusion that the practice of assessment on compliance or discrepancy between the stated designation in the Part 1 of Art. 5 of the Law is not a permanent category, but on the contrary – is one that is dynamically developing in the decisions of the examination institution and the Appeals Chamber of the Ministry of Economic Development and Trade of Ukraine. Applicants during submitting applications for trademarks for goods and services should take into account either general "universal" remarks regarding this absolute ground for refusal of registration, or the practice of the corresponding national expert body and the body implementing the state policy in the field of intellectual property.

Key words: trademark, sign for goods and services, morals, public order.

УДК 347.5

Еліза Шигапова,
студентка міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

АСПЕКТИ ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ В ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

У статті розглянуто поняття, умови, критерії, актуальні проблеми відшкодування моральної шкоди в Україні, запропоновано практичні кроки для вирішення поставлених завдань згідно з практикою Європейського суду з прав людини.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, судова практика, моральна шкода, компенсація моральної шкоди.

Постановка проблеми. Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю згідно зі статтею 3 Конституції України. Установленням гуманістичного пріоритету в державі окреслено основні напрями розвитку суспільства й діяльності органів публічної влади. Серед прав, закріплених у фундаментальному II розділі Конституції, є право на відшкодування шкоди. Зазначається, що кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб під час здійснення ними своїх повноважень [1].

Інститут відшкодування моральної шкоди має й відповідне галузеве закріплення в системі національного законодавства, проте його практичне застосування породжує велику кількість питань, які потребують більш детального регулювання.

До таких питань, зокрема, можна зарахувати невизначеність кола осіб, що можуть претендувати на компенсацію моральної шкоди, відсутність порядку, критеріїв розрахунку такого відшкодування, неоднозначність визначення в Цивільному кодексі (далі – ЦК) України, непослідовність і протиріччя в судовій практиці тощо. У зв'язку з цим є потреба в дослідженні практики стосовно розгляду вимог щодо компенсації моральної шкоди Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд), на рішення якого посилаються в тому числі національні суди. Практика Суду є джерелом розвитку й позитивних перетворень національного права, тому становить інтерес як для цивілістики, так і для міжнародно-правової науки.

Питання відшкодування моральної шкоди часто порушуються цивілістами у зв'язку з наявною проблематикою застосування цього інституту. Зокрема, до таких дослідників належать А.Ю. Бабаскін, М.К. Галянтич, О.В. Грищук, І.М. Забара, О.В. Крикунов, В.Є. Мармазов, Л.Л. Нескороджена, І.С. Ніжинська, Н.В. Павловська, В.П. Паліюк, Я.С. Протопопова, В.Т. Смирнов, Л.П. Решетник, М.М. Фролов, В.Д. Чернадчук та інші.

Мета статті полягає в проведенні загальної характеристики поняття моральної шкоди, дослідженні й порівнянні судової практики рішень національних судів і рішень ЄСПЛ, окресленні наявних проблем і визначенні подальших перспектив.

Виклад основного матеріалу. Стаття 23 ЦК України визначає відшкодування моральної шкоди. Установлюється, що особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав. Моральна шкода полягає: 1) у фізичному болю і стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; 2) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; 3) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку зі знищенням чи пошкодженням її майна; 4) у приниженні честі й гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи [2].

Тобто, з одного боку, визначаючи, що «особа» має право на відшкодування моральної шкоди внаслідок порушення її прав, законодавець включає компенсацію й за порушення прав юридичних осіб, проте в частині 4 обмежує відшкодування лише ситуаціями,

© Е. Шигапова, 2018

пов'язаними з приниженням ділової репутації юридичних осіб, що загалом не суперечить практиці ЄСПЛ.

У свою чергу, згідно з Постановою Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31 березня 1995 року № 4, під моральною шкодою варто розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, завданих фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб. Зокрема, під немайновою шкодою, завданою юридичній особі, треба 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 учиненням дій, спрямованих на зниження престижу чи підрив довіри до її діяльності [3].

Відповідно до загальних підстав цивільно-правової відповідальності, обов'язковому доказуванню під час вирішення спору про відшкодування моральної (немайнової) шкоди підлягають наявність такої шкоди, протиправність діяння її заподіювача, наявність причинного зв'язку між шкодою і протиправним діянням заподіювача та вина останнього в її заподіянні. Зокрема, з'ясуванню підлягає підтвердження факту заподіяння позивачеві моральних чи фізичних страждань або шкоди немайнового характеру, за яких обставин чи якими діями (бездіяльністю) вони заподіяні, в якій грошовій сумі чи в якій матеріальній формі позивач оцінює заподіяну йому шкоду та з чого він при цьому виходить, а також інші обставини, що мають значення для вирішення спору. Частина 2 статті 57 ЦК України містить перелік засобів доказування: пояснення сторін, третіх осіб, їхніх представників, показання свідків, письмові докази, речові докази, зокрема звуко- та відеозаписи, висновки експертів. Протиправна поведінка особи, яка завдала моральної шкоди, може полягати в завданні каліцтва або іншого ушкодження здоров'я; протиправній поведінці щодо членів сім'ї чи близьких родичів потерпілого; знищенні чи пошкодженні майна; у приниженні честі, гідності, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи [4].

За змістом частини 1 статті 1167 ЦК України та інших норм законодавства, що регулюють ці правовідносини, моральна шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями або бездіяльністю, відшкодовується особою, яка її завдала, за наявності її вини. Так, про необхідність урахування вини закріплено також у Законі України «Про туризм» (стаття 33) та інших. Проте фізична чи юридична особа звільняється від відповідальності щодо відшкодування моральної шкоди, якщо доведе, що остання завдана не з її вини [2].

Критерії оцінювання, яким можна керуватися в призначенні розміру відшкодування моральної шкоди, різноманітні. Головне – щоб за їх допомоги можна було виміряти глибину і тривалість страждань (для фізичних осіб), оцінити втрати немайнового характеру (для юридичних осіб). Визначаючи розмір відшкодування моральної (немайнової) шкоди, суд має наводити в рішенні відповідні мотиви. Отже, розмір грошової моральної шкоди визначається судом у кожному випадку індивідуально, він повинен ураховувати конкретні обставини справи, які, на його думку, мають суттєве значення для розгляду справи [4].

Статтею 9 Конституції України передбачено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Зокрема, до них належить ратифікована Верховною Радою України Конвенція про захист прав людини і основних свобод та інші міжнародні договори [5].

Стаття 41 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод (далі – Європейська конвенція) [6] установлює, що якщо Суд визнає факт, що мало місце порушення Європейської конвенції або Протоколів до неї, а внутрішнє право Високої Договірної Сторони допускає можливість лише часткового відшкодування, Суд у разі необхідності надає потерпілій стороні справедливу сатисфакцію.

Необхідно зазначити, що при цьому Європейська конвенція не розкриває сутності використаного в ній поняття «справедлива сатисфакція», що дає ЄСПЛ змогу в силу наданої йому компетенції тлумачити зазначене поняття самостійно.

Справедлива компенсація може бути присуджена щодо матеріальних збитків, моральної шкоди, судових витрат. Так, згідно з Регламентом, моральна шкода – це шкода, що не піддається оцінюванню, може бути виражена в психічних чи фізичних стражданнях заявника. Якщо встановлено, що моральна шкода була заподіяна, і Суд уважає за необхідне присудити відповідну грошову компенсацію, оцінювання її розміру здійснюється на основі принципу справедливості й з урахуванням практики, що склалася.

Згідно з Практичною інструкцією, сформульованою Головою ЄСПЛ відповідно до

Правила 32 Регламенту 28 березня 2007 року, Суд надає компенсацію тільки в разі дотримання одночасно двох умов: Судом зроблено висновок про порушення Високою Договірною Стороною Європейської конвенції, національне право Високої Договірної Сторони не дає змоги повністю усунути наслідки цього порушення. Третя умова про наявність причинного зв'язку випливає із системного тлумачення рішень ЄСПЛ [7].

Так, стосовно першої умови у справі «Тімотієвич Д. проти України» суд зазначив, що застосування і тлумачення внутрішнього законодавства належить виключно до компетенції внутрішніх судових органів і в рамках статті 19 Конвенції, його єдиним обов'язком є забезпечення дотримання зобов'язань Договірних Держав у рамках Конвенції. У рішенні по справі «Калашников проти України» суд відмовив у стягненні матеріальних збитків, які завдані невиконанням рішення суду про стягнення заробітної плати, посилаючись на те, що повним та остаточним задоволенням вимоги заявника щодо відшкодування матеріальної шкоди буде виплата заборгованості за рішенням, яка йому досі належить. Друга умова – у рішенні у справі «Гаращенко проти України» щодо вимог про стягнення інфляційних витрат, зазначено, що немає необхідності розглядати цю вимогу на цьому етапі розгляду, беручи до уваги існування провадження в національних судах [8].

Стосовно умови про причинний зв'язок, то в рішенні по справі «Беньямінсон проти України» суд відхилив вимоги про відшкодування моральної (немайнової) шкоди, оскільки не знайшов жодного причинного зв'язку між визнаним порушенням щодо «розумного строку розгляду справи» (стаття 6 Конвенції) і таким видом шкоди, яку зазнала заявниця в результаті смерті свого чоловіка, адже його смерть настала після закінчення проти нього кримінального провадження у зв'язку з відсутністю складу злочину [9].

Справедливість компенсації як категорія, що застосовується й національним законодавцем, проте є не розкритою в судових прецедентах, визначається ЄСПЛ з урахуванням усіх обставин, а також особливостей справи. Суд суворо дотримується позиції, що відшкодування має виключно компенсаційний, а не каральний, обтяжуючий або запобіжний характер. Було б доцільно подібні керівні аспекти впровадити судовою практикою й в Україні, оскільки таке визначення ні в якому разі не є обмежувальним, дозволяючи Суду застосовувати різний підхід до того, чи завдано заявнику моральної шкоди, залежно від обставин та особливостей кожної справи, що розглядається [7].

У контексті дослідження постає необхідність проаналізувати як справи в межах українського судочинства, так і кейси ЄСПЛ задля виявлення й порівняння концептуальних і прецедентних моментів.

Самарський районний суд м. Дніпропетровська у справі від 21 квітня 2016 року № 206/164/16-ц (що незвично для української Феміди) призначив велику компенсацію за позовом щодо захисту прав інтелектуальної власності. Суд традиційно посилався на визначення моральної шкоди Верховного Суду, яким роз'яснено, що під моральною шкодою варто розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб. Суд бере до уваги доводи позивача ОСОБА_1 про завдання йому моральної шкоди, що виразилася в душевних стражданнях, яких він зазнав унаслідок протиправних дій відповідачів, у членів трудового колективу, ділових партнерів, фахівців у сфері інтелектуальної власності, патентних повірених та інших спеціалістів формується спотворена оцінка щодо рівня його фаховості як правоволодільця прав на патент. Ураховуючи ступінь їх глибини, керуючись принципом розумності та справедливості, суд доходить висновку про необхідність задовольнити його позовні вимоги в цій частині в повному обсязі, стягнувши з відповідачів на його користь 2 000 000,00 грн. як відшкодування моральної шкоди [10].

Суперечливою є Постанова Верховного Суду України від 6 листопада 2013 року № 6-111цс13, у якій викладено таку правову позицію: «Згідно зі ст. 611 ЦК України у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди. Правові наслідки порушення зобов'язання настають тільки у випадках, коли це передбачено законом або договором» [11].

Проте в рішенні Судової палати з розгляду цивільних справ Верховного суду у справі від 9 листопада 2016 року № 6-1575цс16 визначено, що моральна шкода має деліктне походження, тобто виникає із цивільного правопорушення, а не з договору, тому, якщо між сторонами спору існують договірні зобов'язання, стягнути моральну шкоди за їх порушення неможливо. Спір, який розгля-

дався Верховним Судом, стосувався порушення прав споживачів у сфері енергетики, тобто споживачу електроенергії тимчасово припинили її постачання й він намагався, посилаючись на Закон України «Про захист прав споживачів», стягнути з постачальника електроенергії моральну шкоду. Суди нижчих трьох інстанцій задовольнили його позов і застосували статті 4, 22 Закону України «Про захист прав споживачів». Проте Верховний Суд скасував усі ці рішення, відмовив споживачу електроенергії у стягненні моральної шкоди й указав на її деліктну природу, наявність договірних відносин між сторонами спору та неправильне застосування Закону України «Про захист прав споживачів» [12].

Щодо змістового порівняння з кейсами ЄСПЛ, то простежуються головні відмінності в тому, що Суд оперує більш широкими та змістовно наповненими категоріями як щодо самого визначення моральної шкоди, яке залежно від обставин кожної справи набуває індивідуальних ознак, так і щодо умов і критеріїв компенсації. Такі критерії, попри формальну схожість із тими, що окреслюються нормами вітчизняного законодавства, є підставою для правової визначеності й передбачуваності як елементів верховенства права, так і факторів для оцінювання судової перспективи. Негнучке використання тлумачення змісту моральної шкоди лише на основі постанови Верховного Суду містить практичну загрозу того, що в більшості випадків позовні вимоги про моральну шкоду залишаються незадоволеними. Також відмінним є й те, що ЄСПЛ виходить із презумпції спричинення моральної шкоди позивачу відповідачем та обов'язку саме відповідача спростувати таку презумпцію.

У контексті визнання ЄСПЛ існування спростовної презумпції завдання моральної шкоди прикладом може слугувати, зокрема, рішення від 15 жовтня 2009 року у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України», де Суд послався на своє рішення у справі Бурдова № 2, у якому зазначив таке: «Існує обґрунтована й водночас спростовна презумпція, що надмірно тривале провадження даватиме підстави для відшкодування моральної шкоди» [13].

Показовими й відмінними від правових позицій національних судів є положення в справі «Ромашов проти України» (заява № 67534/01) від 27 липня 2004 року. Фабула справи, що описується в пункті 20: «Заявник скаржиться на тривале невиконання рішення комісії з трудових спорів від 16 червня 1998 року, винесеного на його користь. Він також стверджує, що йому не було надано компенсацію за зменшення вартості присудженої йому суми, як визначено рішенням Лисичанського міського суду від 23 січня 2002 року. Він стверджує про порушення статей 13 і 17 Конвенції (995_004). Проте, по суті, він посилається на пункт 1 статті 6 Конвенції». Прецедентним є те, що Закон України «Про державну виконавчу службу» передбачав у статті 11, що шкода, заподіяна державним виконавцем фізичним чи юридичним особам під час виконання рішення, підлягає відшкодуванню в порядку, передбаченому законом, тобто прямо про моральну шкоду мови не йде. Судовою практикою склалась судова «традиція» відмовляти у відшкодуванні моральної шкоди на тій підставі, що законом не передбачено таке право в особи. Проте ЄСПЛ указав, що моральна шкода завдана самим фактом правопорушення.

Суд не розглядав питання щодо матеріальної шкоди, оскільки заявник не обґрунтовував таку шкоду. Проте Суд ураховує той факт, що в результаті виявлених порушень заявник зазнав моральної шкоди, яка не може бути виправленою шляхом лише констатації Судом факту порушення. Тобто випливає висновок, що сам лише факт правопорушення має своїм наслідком спричинення моральної шкоди [14].

Висновки

Отже, як висновок можна зазначити, що практика ЄСПЛ щодо відшкодування моральної шкоди є показовою для українського претендента, оскільки відмінними є як загальна презумпція спричинення моральної шкоди, підхід, що сам лише факт правопорушення є наслідком такого спричинення, так і визначення поняття, умов і критеріїв компенсації. Отже, проведений аналіз може стати основною для подальшого вдосконалення національного законодавства, а це, у свою чергу, буде відображено в послідовних судових рішеннях, які спиратимуться на європейський досвід правосуддя і трактування обставин на користь заявників.

Список використаних джерел:

1. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 3.

2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#n5471 (дата звернення: 27.10.2018).

3. Про судову практику в справах про відшкодування моральної шкоди: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 31.03.1995 № 4. URL: http://zakon.rada.gov.

ua/laws/show/v0004700-95 (дата звернення: 27.10.2018).

4. Методичні рекомендації Міністерства юстиції України щодо застосування цивільного законодавства про відшкодування моральної шкоди, 2015. URL: http://just.cg.gov.ua/web_docs/2950/2016/02/ docs/Цивільне%20законодавство%20України%20про%20відшкодування%20моральної%20шкоди.pdf (дата звернення: 27.10.2018).

5. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 9.

6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Закон України від 17.07.1997 № 475/97-ВР. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 24.10.2018).

7. Практическая инструкция по заявлению в Европейский Суд требований о справедливой компенсации. URL: http://europeancourt.ru/konvenciya-o-zashhite-prav-cheloveka-i-drugie-oficialnye-dokumenty/prakticheskaya-instrukciya-po-zayavleniyu-v-evropejskij-sud-trebovanij-o-spravedlivoj-kompensacii/ (дата звернення: 24.10.2018).

8. Паліюк В.П. Особливості застосування судами України Конвенції про захист прав людини та основних свобод: навчально-практичний посібник. Миколаїв: Атол, 2003.

9. МакБрайд Д. Юридична сила рішень Європейського суду і справедлива сатисфакція. Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / за ред. О.Л. Жуковської. Київ: ЗАТ «ВІПОЛ», 2004.

10. Рішення Самарського районного суду Дніпропетровська від 21 квітня 2016 р., судова практика № 206/164/16-ц. URL: https://protocol.ua/ua/2_mln_moralnoi_shkodi_ta_3_4_mln_vtrachenoi_vigodi_fantastichne_yak_dlya_ukraini_rishennya_sudu_u_sferi_zahistu_prav_intelektualnoi_vlasnosti/ (дата звернення: 27.10.2018).

11. Постанова Верховного Суду України від 6 листопада 2013 р., судова практика № 6-111цс13. URL: https://protocol.ua/ua/dosi _v_topi_vidshkoduvannya_moralnoi_shkodi_fizichnim_osobam/ (дата звернення: 27.10.2018).

12. Рішення Судової палати з розгляду цивільних справ Верховного Суду від 9 листопада 2016 р., судова практика № 6-1575цс. URL: https://protocol.ua/ua/vsu_pidstavoyu_dlya_styagnennya_moralnoi_shkodi_e_delikt_za_porushennya_dogovoru_moralna_shkoda_ne_styaguetsya/ (дата звернення: 27.10.2018).

13. Рішення Європейського суду з прав людини від 15.10.2009 у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України». Офіційний вісник України. 2010. № 13. Ст. 651.

14. Рішення Європейського суду з прав людини від 27 липня 2004 р., судова практика «Ромашов проти України» № 67534/01. URL: https://protocol.ua/ru/stattya_6_pravo_na_spravedlivii_sud_romashov_proti_ukrayini/ (дата звернення: 27.10.2018).

В статье рассмотрены понятие, условия, критерии, актуальные проблемы возмещения морального вреда в Украине, предложены практические шаги для решения поставленных задач согласно практике Европейского суда по правам человека.

Ключевые слова: Европейский суд по правам человека, судебная практика, моральный вред, компенсация морального вреда.

The article considers the concept, conditions, criteria, actual problems of compensation of moral harm in Ukraine, proposes practical steps to solve the tasks in accordance with the practice of the European court of human rights.

Key words: European court of human rights, judicial practice, moral harm, compensation of moral harm.

УДК 346.1

Олена Гончаренко,
канд. юрид. наук, доцент, доцент кафедри
міжнародного приватного, комерційного та цивільного права
Київського національного торговельно-економічного університету

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ САМОРЕГУЛІВНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ В УКРАЇНІ

У статті висвітлено питання проблемних та дискусійних моментів правового статусу, мети, ознак саморегулівних організацій в Україні. Зроблено висновок, що СРО виступають тією ланкою, що поєднує вираження та дотримання, узгодження приватного інтересу з публічним, тому мета створення СРО може бути пов'язана з виконанням певних публічних завдань. Створення СРО – презентація учасників певного ринку, сфери, галузі, виду господарської діяльності. Важливим моментом виступає визначення єдиного критерію, навколо якого об'єднуються суб'єкти господарювання та професійної діяльності у процесі створення СРО.

Ключові слова: саморегулювання, саморегулівні організації, саморегулювання господарської діяльності, господарська діяльність, суб'єкти господарювання та професійної діяльності.

Постановка проблеми. Важливість розробки проблематики функціонування в Україні саморегулівних організацій підтверджується постійним законодавчим удосконаленням напряму на дерегулювання та децентралізацію, увагою законодавця щодо поліпшення інвестиційного клімату. Прагнення України до мегаінтеграції з Європейським Союзом та переорієнтація економіки поставила перед українськими суб'єктами господарювання нові задачі. Так, законодавством України імплементується низка положень щодо якості товарів та послуг, екологічні стандарти, принципи соціально відповідального бізнесу. Тому завданням української держави є, перш за все, захист національних суб'єктів господарювання в умовах глобалізації та впливу сильних економік інших держав. Процеси глокалізації є відповіддю на глобалізаційні виклики, тому вони мають бути задіяні в удосконаленні правового регулювання саморегулівних організацій. Малі та середні підприємства є найменш захищеними в порівняні з великими, які мають потужній інтелектуальний, ресурсний та політичний (лобістський) потенціал. Саме вони прагнуть до об'єднань для представництва та захисту своїх інтересів. Такими виразниками інтересів суб'єктів господарювання певного виду економічної діяльності, галузі є саморегулівні організації.

Метою статті є визначення актуальних питань правового статусу саморегулівних організацій України з огляду на завдання щодо створення базового закону у цій сфері.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика поняття, юридичної природи, змісту діяльності, функціонального спрямування саморегулівних організацій досить активно обговорювалася та обговорюється в науковій спільноті України часів незалежності. Особливо значний доробок щодо вивчення діяльності саморегулівних організацій у сфері фінансових послуг з огляду на закріплену законодавчу можливість діяльності таких СРО на цьому конкретному ринку, на відміну від інших ринків. Отож питання правового статусу СРО досліджували О. Бакалінська, О. Беляневич, Є. Бондаренко, В.Кочин, В. Махінчук, І. Рекуненко Н. Філатова.

Водночас проблематика саморегулівних організацій для України не нова. Урядом схвалена Концепція реформування інституту саморегулювання в Україні від 10 травня 2018 р. № 308-р. [1] Однак таке регулювання не є достатнім в умовах сучасності.

Виклад основного матеріалу. Відомо біля п'яти законопроектів, які так і не стали законами, була запропонована Концепція базового законопроекту про саморегулівні організації, підготовлена Міністерством економічного розвитку та торгівлі Україні, Європейським банком реконструкцій та розвитку, Продовольчою та сільськогосподарською організацією ООН та експертним та громадським середовищем [2]. Кабінетом Міністрів України схвалено План заходів із реалізації Концепції реформування інституту саморегулювання в Україні, до якого входять, зокрема, розроблення в установленому законодавством порядку проекту Закону щодо саморегулювання в Україні та

© О. Гончаренко, 2018

розроблення та внесення в установленому порядку на розгляд Кабінету Міністрів України проектів законів про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо запровадження саморегулювання та делегування окремих функцій держави регулювання господарської або професійної діяльності саморегулівним організаціям [3]. Хочеться звернути увагу, що у змісті Концепції реформування інституту саморегулювання в Україні та Плані заходів до неї йдеться саме про вдосконалення інституту саморегулівних організацій, а не всієї системи саморегулювання в Україні, яка є більш ширшим поняттям та охоплюється не тільки формуванням інституційного середовища у вигляді СРО, а й розвитком корпоративної соціальної відповідальності, етичних стандартів тощо. Тому більш привабливою видавалася б більш вузька назва означених актів, наприклад, Концепція реформування саморегулівних організацій в Україні. Позитивно загалом оцінюючи наміри прийняття базового закону щодо діяльності саморегулівних організацій та окремих галузевих, можна акцентувати на потребі внесення змін і до Господарського кодексу України. Саме внесення змін до цього нормативно-правового акту забезпечить формування єдиного комплексного підходу на державному нормативно-правовому рівні з питань саморегулювання та діяльності саморегулівних організацій, а тому пропонуємо доповнити його Главою 2-1 за такою назвою: «Основні засади саморегулювання та форми участі саморегулівних організацій у сфері господарювання» [4, с. 121].

О.М. Залєтов відзначає: «Еволюція розвитку інституційних формувань та їх трансформація у фахові об'єднання є яскравим прикладом поступового переходу економіки України від жорстко адміністративного господарювання через госпрозрахункові відносини до створення умов фахового самоврядування і саморегулювання професій, галузей та сфер діяльності» [5,с. 235]. Однак такі умови станом на сьогодні законодавчо прописані суперечливо та недостатньо, тому не забезпечують ефективного функціонування саморегулівних організацій.

Діяльність СРО можна порівняти з танцем. Танець – це засіб вираження різноманітних поліжанрових художніх форм. Кожна особистість танцює по-своєму, виражає певні усталені прийоми через естетичні смаки, емоційно-позитивну сферу власної свідомості, в міру здібностей, ескізу музики тощо. Так і саморегулювання в різних сферах, видах, галузях економічної діяльності втілюється у формі «поліжанровості», яка носить певне особливе забарвлення, не притаманне іншим. Діяльність СРО різноманітна залежно від специфіки галузі, тому складно прописати однакові рецепти для всіх, однак головними особливостями, які потрібно враховувати, є ступінь державного втручання та регулювання (можливість делегування повноважень, контроль, нагляд).

Аналіз законодавчого закріплення діяльності СРО та сформована практика призводить до думки, що практична доцільність їх існування зводиться до можливості потреби делегування повноважень органами влади. Водночас і ця ідея має певні вади з огляду на таке: 1) чи допускається відповідно до українського законодавства делегування повноважень органами державної влади недержавним формуванням; 2) проблематика визначення кола повноважень, які мають бути делеговані.

Аналізуючи погляди науковців щодо поняття, статусу, мети та функцій СРО, можна вказати на такі моменти:

1. СРО – це некомерційна організація [6], непідприємницьке товариство [7, с. 289], неприбуткове об'єднання професійних учасників ринку [8, с. 405]. СРО створюється без мети отримання прибутку.

СРО є непідприємницькою організацією в розумінні статей 83, 85 ЦК України, неприбутковою організацією в розумінні статті 133.4.1. ПК України з обов'язковим внесенням контролюючим органом до Реєстру неприбуткових установ та організацій, здійснюють некомерційне господарювання в розумінні статті 52 ГК України.

В. Кочин підсумовує: «СРО є непідприємницьким товариством...Ця властивість надає юридичній особі лише організовувати ринок, а не бути його активним учасником» [9, с. 37]. СРО не є активними гравцями ринку у змісті підприємницьких відносин, однак вони мають бути ефективними регуляторами діяльності на цьому ринку як альтернатива діяльності державних регуляторів. Н. Кузнєцова робить такий висновок: «Непідприємницькі товариства та установи, враховуючи їхній спосіб створення, мету, інтенсивність участі в майнових відносинах тощо, правоздатні в підприємницькій сфері доти, доки залишаються в межах своєї мети» [10, с. 353].

Однак визначення цих характеристик не надає СРО кваліфікуючих ознак і не відділяє їх від інших непідприємницьких неприбуткових організацій: благодійних організацій, громадських організацій, спілок тощо. І. Капталан слушно зазначає: «Правове регулювання таких юридичних осіб, як громадські та релігійні організації, політичні партії, професійні та творчі спілки, самоврядні організації, адвокатські об'єднання,

організації роботодавців та ін., метою яких є задоволення громадських та духовних потреб людей ...відносяться до ...юридичних осіб приватного права, оскільки спільними ознаками для них є те, що їх члени не мають ні об'єктів права власності, ні інших майнових прав чи обов'язків у товаристві та не несуть відповідальності за зобов'язаннями юридичної особи [11, с. 415]. Тому однією з проблем потреби виокремлення статусу саморегулівної організації є важливість розумінні її особливих ознак. О.М. Непомнящий відзначає: «Саморегулівні організації мають інший характер. Вони створені за моделлю громадських організацій. На відміну від організацій професійного самоврядування, засновуються з ініціативи суб'єктів приватного права (фізичних та юридичних осіб, що належать до однієї чи суміжних професій) на принципах добровільності та членства. Вони не здійснюють владних повноважень держави» [12, с. 5]. В Україні СРО не просто створюються за моделлю громадських організацій – деякі з них до моменту набуття статусу СРО проходять обов'язкову реєстрацію як громадської організації, а деякі так і залишаються громадськими організаціями, які представляють та захищають інтереси суб'єктів господарювання.

Тому самоуправління (самоврядування) – це загальні ознаки всіх непідприємницьких організацій, якими володіють і СРО. Для України важливо створити чіткий та прозорий механізм надання громадським організаціям статусу СРО. Важливою відділною ознакою від інших непідприємницьких організацій бути саме сфера їх діяльності – упорядкування економічної діяльності.

2. СРО – це юридична особа, правовий статус якої потребує офіційного визнання в спеціальному Реєстрі саморегулівних організацій. Водночас до неї застосовуються загальні вимоги до юридичних осіб та спеціальні як до непідприємницьких юридичних осіб.

3. За своєю суттю такі організації є юридичними особами приватного права [13, с. 205]. Не дивлячись на делеговані публічні повноваження, СРО залишаються суб'єктами приватного права. В. Махінчук вказує, «що делегування повноважень державою має бути виваженим і зі збалансованими публічними і приватними інтересами» [14, с. 185]. Виконуючи певні публічні функції, СРО не втрачають свого приватного статусу, і в їх інтересах превалює задоволення приватних потреб, а не публічних. Однак у завданнях СРО можуть бути визначені публічні повноваження з виконання публічно корисних дій. Це баланс публічних і приватних інтересів у діяльності СРО з приматом приватних. Адже в разі діяльності організацій у ситуації навпаки складно говорити про особу приватного, а не публічного права. О. Вінник зазначає: «Загальне (публічні інтереси) не існує саме по собі в «чистому» вигляді. Приватний інтерес (як інтерес окремої особи) віддзеркалює певною мірою «загальне» – інтереси соціальної спільноти, суспільства в цілому» [15, с. 49]. У зв'язку із цим І. Венедіктова підсумовує: «Для попередження протиріч між публічним і приватним інтересом державі треба створити умови, коли додержання публічних інтересів було б вигідно всім носіям приватних інтересів, і додержання публічного інтересу реалізовувалося б у приватний. Таким чином створювався би універсальний інтерес – симбіоз публічного і приватного» [16, с. 107]. СРО виступають тією ланкою, що поєднує вираження та дотримання, узгодження приватного інтересу з публічним. Адже боротьба за надання якісних послуг і, як наслідок, запровадження кращих практик є взаємовигідною як для держави, так і для суб'єкта господарювання.

4. СРО створюється на основі членства, як правило, добровільного. Однак можливі ситуації примусового членства у СРО, що є більш виключенням, ніж правилом. Ідеологія визначення примусового критерію членства тяжіє до поняття «професійності» діяльності учасників ринку, яке наразі є недостатньо розробленим в українській науці, тому видається досить сумнівним критерієм для визначення на законодавчому рівні як підстави для поділу СРО з реалізації ідеї добровільного та примусового членства.

У той же час практика зарубіжного унормування має різноманітні приклади. Зокрема, в Польщі існують професії суспільної довіри, до яких відносять такі, що пов'язані з медициною, фармацевтикою, архітектуро тощо. Це так звані «соціальні», «регульовані» професії, які мають найбільший зв'язок із життям та здоров'ям, безпекою людини, тому і критерії допуску є підвищеними з обов'язковим членством у СРО.

5. СРО об'єднує учасників певної професійної спільноти та/або виду, галузі, ринку та сфери господарської діяльності. Створення СРО – презентація учасників певного ринку товарів, послуг, виробництва тощо. Основне – це відібрання єдиного критерію, навколо якого об'єднуються суб'єкти господарювання. Причому таким об'єднуючим «єдиним критерієм» може бути Класифікатор видів економічної діяльності, Господарський кодекс України, спеціальні закони, які регулюють господарську діяльність тощо. Законодавством не обмежується встановлення вичерпного переліку єдності критеріїв, навколо яких можуть створюватися СРО. У тому числі це може бути критерій як поєднання різних галузей

(міжгалузева, міжвидова) за певним загальним спорідненим для всіх суб'єктів господарювання напрямом (наприклад, дотримання правил корпоративної соціальної відповідальності, включаючи сталий розвиток), так і дрібнення в межах певної галузі, виду (наприклад, асоціація з виробництва органічних сирів тощо).

6. Метою створення СРО є впорядкування діяльності на певному ринку, в певній сфері, галузі, виді економічної діяльності, представлення та захист інтересів своїх учасників та створення відповідних правил поведінки (кодексів), контроль за їх виконанням. Причому мета може бути пов'язана з виконанням певних публічних завдань.

Закордонний досвід надає такі приклади. Асоціація польських банків – це самоврядна організація банків, і мета її діяльності визначена як представництво та захист спільних інтересів членів, проведення та підтримка заходів щодо розвитку польської економіки в рамках Європейського Союзу, міжнародне співробітництво; участь у соціальному діалозі шляхом надання надійних знань про діяльність банків та їх роль у сталому розвитку економіки країни [17]. До публічної мети в даному випадку можна віднести: підтримку заходів щодо розвитку польської економіки, участь у соціальному діалозі щодо сталого розвитку.

7. Репрезентативність СРО. Для офіційних, зареєстрованих СРО законодавством України передбачено доволі високий кількісний ценз, або відсотковий критерій учасників одного виду господарської, професійної діяльності. В іншому випадку, наприклад, це звичайне об'єднання професійних учасників фондового ринку без статусу СРО [18].

Водночас деякими законопроектами пропонується мінімальний склад засновників СРО – це дві особи. На нашу думку, такі міркування є дещо спрощеними, адже критерій кількості членства є показником дієвості та ефективності СРО. Виникає питання, навіщо двом суб'єктам господарювання створювати окрему юридичну особу у вигляді СРО. Такі дії відволікають значні фінансові та організаційні ресурси, адже обов'язково потрібно створити правила, відповідні органи СРО тощо. Звичайно, якщо це представники малого та середнього бізнесу, то така кількість учасників не є виправданою. Для великого бізнесу постає інша проблема – це перевірка на здійснення антиконкурентних дій.

З іншого боку, суб'єкти господарювання в кількості не менше 2 осіб, навіть якщо це представники малих та середніх підприємств, гіпотетично можуть визначити для себе таку потребу у створенні СРО. Однак їх домовленість слідувати певним правилам може бути досягнута і в іншій формі – наприклад, шляхом підписання меморандуму про співпрацю або ж шляхом усної домовленості тощо. Тому створення окремої СРО не завжди буде ефективною інституціоналізацією для упорядкування діяльності на певному ринку.

Вважаємо, що вказана кількість не відповідає вимозі репрезентативності. Однак, як уже було зазначено, особливості створення СРО в різних галузях економічної діяльності можуть значно відрізнятися, тому питання кількості учасників СРО залишається дискусійним.

У зв'язку з поняттям репрезентативності постають і інші проблеми, пов'язані з можливістю участі СРО відповідного рівня (національного, регіонального або ж місцевого) в міжнародних неурядових організаціях. На нашу думку, СРО регіонального та місцевого значення можуть об'єднуватися за потреби у СРО з національним статусом. Така СРО з національним статусом і може бути репрезентативною СРО на міжнародному рівні. Однак означене не позбавляє можливості СРО інших рівнів бути членами міжнародних організацій (це залежить від мети міжнародної неурядової організації).

8. Підвищені вимоги до СРО: розробка СРО власних саморегулівних норм; забезпечення прозорості та відкритості діяльності; наявність контролюючих функцій щодо учасників; можливість отримання делегованих повноважень; обов'язковість фінансової та нефінансової звітності тощо. Вказані питання пов'язані з функціональним призначенням СРО, тому розкрити навіть їх актуальні питання в межах статті не є можливим.

9. СРО – це особливий інститут, за допомогою якого врегульовуються взаємовідносини між державою, суб'єктами господарювання та споживачами товарів та послуг. СРО – це платформа, яка сприяє створенню домовленостей між усіма зацікавленими особами та яка є взаємовигідною для всіх. З одного боку, органи державної влади мають можливість зекономити свої ресурси щодо управління галуззю, водночас вони мають бути впевнені у прозорості та ефективності діяльності СРО. Видається, що в певних випадках створення СРО є більш вигідним для держави, ніж для самих суб'єктів господарювання. Адже створення СРО, розробка правил гри на ринку самими учасниками – це складна справа, оскільки всі процедури мають відбуватися на основі рівності та домовленостей, що може проявлятися в затягуванні процесу формування організації. Досягнення домовленостей між множинними непідпорядкованими суб'єктами – доволі невдячна справа. Тому і обговорюється питання не завжди добровільного порядку створення СРО.

Для суб'єктів господарювання – це можливість бути почутими завжди та бути залучени-

ми до процесу активного регулювання галузі, де вони прикладають найбільше зусиль; бути суб'єктами, а не об'єктами регулювання; бути певними у важливості та економічній доцільності від конкретної діяльності.

Для споживачів – це можливість безпосереднього звернення та отримання більш якісних стандартизованих товарів та послуг, вчасного та швидкого реагування на скарги та відшкодування збитків, завданих учасником СРО. Причому, не дивлячись на всі позитивні особливості діяльності СРО, негативний вплив має бути визначений та прогнозований.

Висновки

Отже, саморегулювання – це самостійне упорядкування господарської або професійної діяльності суб'єктами господарювання або професійної діяльності відповідно до обраних форм, засобів та способів, які не заборонені законом. Саморегулівна організація – це інституційна форма саморегулювання, яка полягає в об'єднанні суб'єктів господарювання або професійної діяльності з метою самостійного упорядкування діяльності в певній сфері, галузі, виді (видів), ринку, які вони представляють.

Інституціоналізація системи саморегулювання в Україні є важливим кроком для розвитку альтернативних способів регулювання господарської діяльності. Розвиток СРО є показником активності суб'єктів господарювання та їх можливостей самостійного упорядкування певних ринків, сфер, галузей та видів економічної діяльності.

Список використаних джерел:

1. Концепція реформування інституту саморегулювання в Україні: схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 10 травня 2018 р. № 308-р. URL: https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/pro-shvalennya-konc. Дата звернення 16 травня 2018 року.

2. Саморегулівні організації – це крок до «розумного регулювання». URL: http://brdo.com.ua/analytics/camoregulivni-organizatsiyi-tse-krok-rozumnogo-regulyuvannya/. Дата звернення 16 листопада 2018 року.

3. Про затвердження плану заходів з реалізації Концепції реформування інституту саморегулювання в Україні: розпорядження Кабінету Міністрів України від 29 серпня 2018 р. № 598-р. URL: https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/pro-zatverdzhennya-planu-zahodiv-z-realizaciyi-koncepciyi-reformuvannya-institutu-samoregulyuvannya-v-ukrayini. Дата звернення 16 листопада 2018 року.

4. Гончаренко О.М. Конституційні засади обмеження саморегулювання господарської діяльності. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. 2018. Випуск 50. Том 1. С. 120–123.

5. Залєтов О.М. Сутність і принципи саморегулювання на страховому ринку. Вісник ЖДТУ. 2013. № 2 (64) Серія: Економічні науки. С. 235–238.

6. Глаз К. Інститут стратегічних досліджень. Саморегулювання і інститут саморегулівних організацій в Україні. URL: http://ukrstrategy.com/uk/analitika/item/55-samoregulirovanie.html. Дата звернення 16 листопада 2018 року.

7. Філатова Н. Поняття та ознаки саморегулівних організацій. Вісник Академії правових наук України. 2013. № 1. С. 280–290.

8. Рекуненко І.І. Бондаренко Є.П. Особливості діяльності саморегулівних організацій на ринку фінансових послуг. Проблеми і перспективи розвитку банківської системи України: зб. наук. праць / Державний вищий навчальний заклад «Українська академія банківської справи Національного банку України». Суми, 2010. Т. 29. С. 394–407.

9. Кочин В. Саморегулівна організація: поняття та ознаки. Юридична Україна. 2014. № 9. С. 35–40.

10. Кузнецова Н.С. Поняття і класифікація юридичних осіб у цивільному праві України: теорія і практика. Вибрані твори. К.: ПрАТ «Юридична практика», 2014. 544 с.

11. Капталан І.М. Поняття непідприємницьких товариств. Актуальні проблеми держави і права. 2011. С. 410–415.

12. Непомнящий О. М. Децентралізація державного регулювання будівельної діяльності: закордонний досвід для України. 2014. № 1. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeBu_2014_1_30. Дата звернення 16 листопада 2018 року.

13. Філатова Н.Ю. Правове регулювання саморегулівних організацій у зарубіжних державах: особливості і тенденції. Університетські наукові записки. 2012. № 4(44). С. 205–213.

14. Махінчук В.М. Приватноправове регулювання підприємницьких відносин в Україні. К.: Юрінком Інтер, 2013. 320 с.

15. Вінник О.М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах: дис... д-ра юрид. наук: 12.00.04; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 2004.

16. Венедіктова І.В. Шляхи узгодження приватних і публічних інтересів та їх трансформація у цивільному праві. Актуальні проблеми приватного права: Збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Наталії Семенівни Кузнєцової / Відп. ред. Р.А. Майданик та О.В. Кохановська. К.: ПрАТ «Юридична практика», 2014. 564 с.

17. O Zwi zek Bank w Polskich. URL: http://zbp.pl/o-zbp/dzialalnosc. Дата звернення 16 листопада 2018 року.

18. Про цінні папери та фондовий ринок: Закон від 23.02.2006 року № 3480-IV. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3480-15. Дата звернення 16 травня 2018 року.

В статье освещены вопросы проблемных и дискуссионных моментов правового статуса, целей, признаков саморегулируемых организаций в Украине. Сделан вывод, что СРО выступают тем звеном, которое объединяет выражение и соблюдение, согласование частного интереса с общественным, поэтому цель создания СРО может быть связана с выполнением определенных общественных задач. Создание СРО – презентация участников определенного рынка, сферы, отрасли, вида хозяйственной деятельности. Важным моментом выступает определение единого критерия, вокруг которого объединяются субъекты хозяйствования и профессиональной деятельности при создании СРО.

Ключевые слова: саморегулирование, саморегулируемые организации, саморегулирование хозяйственной деятельности, хозяйственная деятельность, субъекты хозяйствования и профессиональной деятельности.

The article covers issues of problematic and discussion points of the legal status, goals, signs of self-regulatory organizations in Ukraine. It is concluded that SROs are the link that combines expression and compliance, the reconciliation of private interest with the public, so the goal of creating an SRO can be related to the fulfillment of certain public tasks. Creation of SRO - presentation of participants of a certain market, sphere, industry, type of economic activity. An important point is the definition of a single criterion, which combines business entities and professional activities when creating an SRO.

Key words: self-regulation, self-regulating organizations, self-regulation of economic activity, economic activity, subjects of management and professional activity.

УДК 34:346.7:620.91

Марина Кузьміна,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри господарського права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМИ СТВОРЕННЯ ОБ'ЄКТІВ ВІДНОВЛЮВАНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ

У статті досліджено законодавство щодо створення об'єктів відновлюваної енергетики, проаналізовано етапи їх створення, визначені деякі проблеми, що можуть виникати на кожному з етапів. Сформульовані висновки, спрямовані на вдосконалення чинного законодавства у цій сфері.

Ключові слова: відновлювана енергетика, альтернативні джерела енергії, відновлювані джерела енергії, об'єкти відновлюваної енергетики.

Постановка проблеми. Відповідно до Закону України «Про ринок електроенергії», прийнятому у 2017 році, створено ДП «НЕК «Укренерго» – енергетичну компанію з функціями оперативно-технологічного управління Об'єднаною енергосистемою України (ОЕС) та передачі електроенергії магістральними електромережами від генерації до регіональних електромереж енергопостачальних компаній (обленерго). Метою нового ринку електричної енергії є запровадження конкурентних механізмів функціонування ринку електричної енергії, вільний вибір контрагентів та забезпечення права споживача вільно обирати постачальника електричної енергії.

Законом передбачені різні механізми купівлі-продажу електричної енергії – двосторонні договори, ринок «на добу наперед» та внутрішньодобовий ринок. Для забезпечення достатніх обсягів електричної енергії, необхідних для балансування в реальному часі обсягів виробництва та імпорту електричної енергії і споживання та експорту електричної енергії, врегулювання системних обмежень в об'єднаній енергетичній системі України, а також фінансового врегулювання небалансів електричної енергії передбачений балансуючий ринок та ринок допоміжних послуг.

Ухвалення закону є необхідною передумовою структурних змін в електроенергетиці України, підґрунтям для модернізації галузі та інтеграції ринку електричної енергії України до регіональних енергетичних ринків з наступним входженням до загальноєвропейського енергетичного ринку.

Створення нового ринку енергії, безсумнівно, сприяє розвитку відновлюваної енергетики. Однак, окрім законодавчих змін, на наш погляд, необхідно проводити більш активну державну політику щодо активізації виробництва енергії з відновлюваних джерел шляхом дослідження регіонів України щодо наявності відновлюваних джерел і якщо є можливість, використовувати відновлювані джерела, то заборонити ремонт та будівництво нових об'єктів традиційної енергетики, натомість сприяти інвестуванню в об'єкти відновлюваної енергетики, заборонити проектування та будівництво нових, а також реконструкцію наявних котельнь у бюджетній сфері та житлово-комунальному господарстві для роботи на природному газі в разі наявності в регіоні достатньої кількості біомаси й інших альтернативних місцевих видів палива, стимулювати використання відновлюваної енергії та відходів у теплопостачанні та комбінованому виробництві теплової й електричної енергії.

Поточні темпи переходу на відновлювані джерела енергії в Україні, на жаль, не дозволять досягнути національну ціль – 11 % ВДЕ у 2020 році. Потрібно розширювати державну підтримку, що має виявлятися у спрощенні умов створення об'єктів відновлюваної енергетики, спрощенні умов доступу до мереж для виробників відновлюваної енергії та потенційних покупців енергії, а також у фінансово-економічних стимулах. Деякі із зазначених питань вже розглядалися нами в попередніх публікаціях [1].

У межах цієї статті розглянемо особливості створення об'єкта відновлюваної енергетики та проблеми, що можуть з'явитися на цьому шляху.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання відновлюваної енергетики досліджували О. Волошин (державне регулювання) [2], С.А. Свірков (цивільно-правові аспекти регулювання енергетики) [3], С.Д. Білоцький (механізми регулювання відносин у сфері екологічно орієнтованої енергетики) [4] та інші.

© М. Кузьміна, 2018

Метою статті є виявлення недоліків у процесі створення об'єкта відновлюваної енергетики, що можуть заважати її активному розвитку.

Виклад основного матеріалу. Важливим складником процесу активізації виробництва енергії з відновлюваних джерел є спрощення порядку створення об'єкта відновлюваної енергетики.

Для того щоб зареєструвати об'єкт відновлюваної енергетики, необхідно пройти такі етапи [5]: реєстрація юридичної особи; оформлення права на земельну ділянку; розроблення технічної документації (проектної документації на будівництво та введення в експлуатацію); отримання технічних умов та укладення договору приєднання до мережі; розроблення договору на приєднання до мережі; будівництво об'єкта та введення в експлуатацію електроустановок інженерного забезпечення; отримання ліцензії; підтвердження українського складника; встановлення «зеленого» тарифу; членство в оптовому ринку електроенергії; договір на продаж електроенергії; продаж електроенергії за «зеленим» тарифом.

Розглянемо особливості правового регулювання та проблеми, що можуть виникнути на цьому шляху.

Відповідно до законодавства отримати «зелений» тариф зможуть лише підприємства, єдиним видом діяльності яких є виробництво альтернативної енергії. Навіть суб'єкти господарювання, що здійснюють виробництво енергії з традиційних джерел, або суб'єкти господарювання, що здійснюють діяльність на об'єктах енергетики з одночасним використанням альтернативних та традиційних джерел енергії, не можуть отримати «зелений» тариф [6]. Тому суб'єкт господарювання створюється відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних та фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» від 15.05.2003 виключно для здійснення діяльності у сфері відновлюваної енергетики. Якщо суб'єкт господарювання вже існує, то в його статут вносяться зміни щодо такого виду діяльності, як «виробництво, передача та розподіл електроенергії».

Землями енергетичної системи визнаються землі, надані під електрогенеруючі об'єкти (атомні, теплові, гідроелектростанції, електростанції з використанням енергії вітру і сонця та інших джерел), під об'єкти транспортування електроенергії до користувача. Відповідно до Закону України «Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних об'єктів» від 09.07.2010, землі енергетики – це земельні ділянки, надані в установленому порядку для розміщення, будівництва та експлуатації енергогенеруючих підприємств, об'єктів альтернативної енергетики, об'єктів передачі електричної та теплової енергії, виробничих об'єктів, необхідних для експлуатації об'єктів енергетики, в тому числі баз та пунктів. Якщо підприємство вже має земельну ділянку, цільове призначення якої не стосується енергетичних об'єктів, необхідно розробити проект землеустрою й узгодити його з місцевою радою чи місцевою держадміністрацією. Крім того, землі державної та комунальної форми власності та права на них у разі будівництва об'єктів для енергетичної інфраструктури не підлягають продажу на конкурсних засадах.

На наш погляд, за прикладом іноземних країни слід більше впроваджувати об'єкти «зеленої» енергетики в інфраструктуру міста, наприклад, розташовувати на дахах об'єкти малої енергетики (сонячні панелі, вітряки). Також необхідно зробити пріоритетним механізм запровадження об'єктів відновлюваної енергетики в місті, наприклад, внести ці об'єкти у список таких, для яких не потрібні містобудівельні дозволи.

Проектна документація розробляється на будівництво електростанції, а також на введення її в експлуатацію. Вона розробляється спеціалізованими проектними організаціями на підставі містобудівних умов і обмежень, технічних умов і завдання на проектування.

Містобудівні умови й обмеження видаються Державною архітектурно-будівельною інспекцією, а технічні умови – органами, відповідальними за інженерне забезпечення об'єкта будівництва (водо-, тепло-, енерго-, газопостачання), вони чинні до завершення будівництва об'єкта незалежно від зміни замовника. Завдання на проектування складається та затверджується замовником за узгодженням із проектувальником, воно визначає вимоги замовника до архітектурних, інженерних, технологічних рішень об'єкта будівництва, його основних параметрів, вартості та організації його будівництва.

Проектна документація на будівництво затверджується замовником, а бюджетні проекти затверджуються відповідними органами влади. Проекти будівництва IV та V категорії складності, а також ті, що споруджуються на територіях зі складними інженерно-геологічними та техногенними умовами, із залученням державних чи комунальних підприємств чи кредитів, наданих під державні гарантії, потребують обов'язкової експертизи [7]. Серед об'єктів відновлюваної енергетики обов'язкової експертизи з недавнього часу не потребують вітроелектростанції, які від-

несено до об'єктів із незначними наслідками (СС1).

Дуже важливим та складним етапом є приєднання електроустановок до енергомережі. Порядок приєднання залежить від потужності таких установок, виду та місця їх розташування. Порядок приєднання регулюється Кодексом систем розподілу від 14.03.2018, в тому числі приєднання генерації з ВДЕ до розподільних пристроїв існуючої генерації. Замовник звертається до електропередавальної організації за місцем розташування його електроустановок із заявою про приєднання – йому видається підписаний проект типового договору про приєднання до електричних мереж електроустановки, яка виробляє електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії. Технічні умови видаються замовнику безоплатно. Електропередавальна організація забезпечує виконання будівельно-монтажних і пусконалагоджувальних робіт та введення в експлуатацію електроустановок до точки приєднання замовника.

Постановою КМУ «Про особливості приєднання до електричних мереж об'єктів електроенергетики, що виробляють електричну енергію з використанням альтернативних джерел» від 19.02.2009 № 126 визначені основні принципи, але єдина процедура підключення електростанцій до енергетичної мережі відсутня. До того ж примірний договір про приєднання, затверджений Постановою НКРЕ «Про затвердження Примірних договорів, які укладаються із суб'єктами господарювання, що виробляють електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії» від 11.10.2012 № 1314 за своєю структурою є рамковим та не встановлює чіткого порядку підключення.

Сертифікат, або декларація, про готовність об'єкта до експлуатації є підставою для укладення договорів про постачання необхідних для функціонування ресурсів – води, газу, тепла, електроенергії, включення даних про такий обєкт до державної статистичної звітності та оформлення права власності на нього відповідно до Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».

Заявник подає заяву про встановлення надбавки до «зеленого» тарифу за дотримання рівня використання обладнання українського виробництва, що підтверджується сертифікатом про українське походження, який видається Торгово-промисловою палатою України [8] відповідно до затверджених переліків обладнання, що може вважатися українського виробництва. Українське походження робіт із будівництва визнається таким за умови реєстрації на території України місцезнаходження підрядників (генерального підрядника), що виконують роботи з будівництва об'єкта електроенергетики. Діє стимулюючий коефіцієнт, що застосовується до «зеленого» тарифу у разі використання вітчизняного обладнання, в розмірі 5 % (локалізація 30 %) чи 10 % (локалізація 50%).

Для здійснення діяльності у сфері електроенергетики, яка ліцензується з урахуванням особливостей, визначених Законом «Про ринок електричної енергії», необхідно отримати ліцензію.

Тільки після проходження всіх перелічених етапів можна подавати заяву до НКРЕ про отримання «зеленого» тарифу.

Для кожного суб'єкта господарювання встановлюється «зелений» тариф індивідуально. Величина «зеленого» тарифу не може бути меншою від фіксованого мінімального розміру «зеленого» тарифу, який на кожну дату встановлення роздрібних тарифів для споживачів перераховується у національну валюту за офіційним валютним курсом Національного банку України на таку дату. За «зеленим» тарифом буде оплачуватися енергія, що виробляється станціями на альтернативних джерелах, за винятком енергії для власних потреб.

Дозволяється домогосподарствам встановлювати сонячні та вітряні установки потужністю до 30 кВТ з можливістю продажу надлишків виробленої енергії на ринок. Можна виділити такі етапи: 1) закупівля та монтаж генеруючої установки (сонячні панелі, інвертори, контролер заряду, акумуляторні батареї тощо); 2) письмове повідомлення енергопостачальника (обленерго) про готовність установки заявою-повідомленням та відкриття банківського рахунку для перерахування коштів; 3) після успішного розгляду заяви обленерго надання рахунку для оплати послуг з улаштування вузла обліку; 4) укладання договору купівлі-продажу електричної енергії, що вироблена з енергії сонячного випромінювання та/або вітру генеруючими установками, між обленерго та побутовим споживачем.

Гарантія походження електричної енергії – електронний документ [9], виданий на безоплатній основі на запит виробника електричної енергії, який підтверджує, що частка або визначена кількість електричної енергії вироблена в Україні з альтернативних джерел енергії. Гарантія доводить покупцю походження енергії з відновлюваних джерел. Гарантія мала би вирішальне значення, якби в Україні угода між виробником та споживачем альтернативної енергії укладалася би напряму. Так, у деяких країнах сертифікати, що

підтверджують відновлювальний характер енергії, використовуються для маркування товарів, що випускаються. Вважається, що споживачі, стурбовані проблемами екології своєї країни, захочуть купувати товари, виробники яких додержуються високих вимог виробництва. Для України це поки що, на жаль, не актуально, адже не має маркування «вироблено за допомогою «зеленої енергії».

Висновки

На наш погляд, для активізації розвитку відновлюваної енергетики необхідним є удосконалення та спрощення процесу створення нових об'єктів відновлюваної енергії. Для цього потрібне спрощення процедури створення об'єктів відновлюваної енергетики та підключення до мережі Укренерго, прискорення видачі дозволів та ліцензій через системи попередньої реєстрації, «єдиного вікна», а також визначення гарантії «зеленого» тарифу до введення в експлуатацію. Крім цього, треба оновити базове законодавство. Необхідним є оновлення Національного плану дій з відновлюваної енергетики щодо встановлення чітких обґрунтованих показників розвитку галузі на найближчу перспективу та прийняття Закону України «Про відновлювані джерела енергії» як базового закону у сфері відновлюваної енергетики. Мають бути визначені шляхи досягнення встановлених показників, джерела фінансування, прозорі механізми залучення іноземних і вітчизняних інвестицій. Крім цього, закон має містити основні положення щодо державного регулювання та стимулювання відновлюваної енергетики з чіткими механізмами реалізації, етапами та порядком створення нового об'єкта.

Список використаних джерел:

1. Кузьміна М. М. Форми інвестування у відновлювану енергетику. Економіка та право. 2017. № 2. С. 112-121.
2. Волошин О. Л. Механізми державного регулювання розвитку альтернативної енергетики в Україні : дис. канд. наук з державного управління. Київ, 2015. 194 с.
3. Свирков С. А. Основные проблемы гражданско-правового регулирования оборота энергии. М.: Статут, 2013. 479 с.
4. Білоцький С. Д. Міжнародно-правові засади та інституційні механізми регулювання відносин у сфері екологічно орієнтованої енергетики: монографія. Одеса: Фенікс, 2015. 546 с.
5. Як отримати зелений тариф. URL: http://www.saee.gov.ua/documents/green-card.pdf
6. Порядок встановлення перегляду та припинення дії «зеленого» тарифу для суб'єктів господарської діяльності: затверджений постановою НКРЕ від 02.11.2012 № 1421. Офіційний вісник України. 2012. № 92. Ст. 3757.
7. Порядок затвердження проектів будівництва і проведення їх експертизи: затверджений постановою КМУ від 11.05.2011 № 560. Офіційний вісник України. 2011. № 41. Ст. 1674.
8. Порядок визначення рівня використання обладнання українського виробництва на об'єктах електроенергетики... та встановлення відповідної надбавки до «зеленого» тарифу для встановлення надбавки до «зеленого» тарифу за дотримання рівня використання обладнання українського виробництва: затверджений Постановою НКРЕ від 10.12.2015 № 2932. Офіційний вісник України. 2016. № 14. Ст. 579.
9. Порядок видачі, використання та припинення дії гарантії походження електричної енергії для суб'єктів господарювання, що виробляють електричну енергію з альтернативних джерел енергії: затверджений Постановою КМУ від 24.07.2013 № 771. Офіційний вісник України. 2013. № 84. Ст. 3114.

В статье исследовано законодательство о создании объектов возобновляемой энергетики, проанализированы этапы их создания, определены некоторые проблемы, которые могут возникать на каждом из этапов. Сформулированы выводы, направленные на усовершенствование действующего законодательства в этой сфере.

Ключевые слова: возобновляемая энергетика, альтернативные источники энергии, возобновляемые источники энергии, объекты возобновляемой энергетики.

The article is investigated the legislation on the creation of objects of renewable energy, analyzes the stages of their creation, identifies some problems that may arise at each of the stages. Conclusions aimed at improving the current legislation in this area are formulated.

Key words: renewable energy, alternative energy sources: renewable energy sources, renewable energy facilities.

УДК 346.3

Катерина Намака,
студент магістратури кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

РИЗИКИ СТОРІН У ДОГОВОРІ ФРАНЧАЙЗИНГУ ТА ПРАВОВІ СПОСОБИ ЇХ МІНІМІЗАЦІЇ

Стаття присвячена сучасному стану ризиковості відносин, що виникають із договору франчайзингу. Здійснено аналіз причин та наслідків виникнення ризиків, запропоновані способи їх мінімізації. На основі проведеного дослідження здійснена класифікація ризиків у відносинах франчайзингу та запропоновані зміни до законодавства в частині регулювання цього інституту.

Ключові слова: франчайзинг, франчайзер, франчайзі, ризики, мінімізація ризиків.

Постановка проблеми. Бізнес-модель на основі відносин франчайзингу у всьому світі вже давно вважається однією з найбільш ефективних та рентабельних. Цей інструмент використовується у більшості сфер економіки – від готельно-ресторанного бізнесу та торгівлі до сфери медичного обслуговування. Франчайзинг набирає популярності і в Україні, що можна пояснити його перевагами порівняно з іншими формами підприємницької діяльності. Договір франчайзингу є дієвим інструментом, який дозволяє розвиватись як великому, так і малому бізнесу з оптимальним співвідношенням капіталовкладень та ризиків. Попри очевидні переваги, проблемним питанням залишається ризиковість відносин суб'єктів підприємництва, які виникають на основі такого договору, що зумовлено, зокрема, особливостями його укладення та виконання.

Аналіз останніх досліджень. Ризиковість франчайзингових відносин вже була предметом дослідження таких вчених, як М.П. Войнаренко, А.В. Круглянко, В.А. Луппа, З.Й. Опейда, Ю.С. Паніна, К.В. Романчук та ін. Проте питання мінімізації ризиків для підприємців, що вступають у відносини на основі договору франчайзингу, залишається малодослідженим. Крім того, цей інструмент є відносно новим для українського бізнес-середовища явищем, який розвивається та змінюється, і тому потребує нових досліджень.

Метою статті є виявлення та аналіз ризиків, що виникають під час здійснення підприємницької діяльності сторін франчайзингового договору в Україні, причин їх наявності та правових шляхів мінімізації.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до «Положення про франчайзинг» Всесвітньої організації інтелектуальної власності, «франчайзинг – це договір, за яким одна особа, франчайзер (правовласник), яка має розроблену систему бізнесу, дозволяє іншій особі – франчайзі – використовувати цю систему відповідно до вимог володільця франшизи в обмін на винагороду» [1]. Українськими вченими-економістами франчайзинг зазвичай розглядається крізь призму форми співробітництва, проте у вітчизняній юридичній доктрині цей термін використовується для позначення договірної конструкції. Отже, під франчайзингом у контексті нашого дослідження розуміємо відплатний договір, за яким одна сторона (франчайзер) передає іншій стороні (франчайзі) комплекс належних йому прав, на основі яких інша сторона здійснює підприємницьку діяльність.

Законодавство іноземних держав оперує саме термінами «франчайзинг», «франчайзер», «франчайзі», в українському законодавстві така термінологія не закріплена, натомість використовуються поняття «комерційна концесія», «правоволоділець», «користувач» відповідно. Детально не зупиняючись на особливостях вказаних понять, зазначимо, що у вітчизняних юридичних дослідженнях є дві позиції щодо їх співвідношення: 1) комерційна концесія розуміється як більш вузьке поняття, ніж франчайзинг (І. Рикова, Я. Сидоров); 2) ці поняття ототожнюються (З. Опейда, А. Афян, О. Новосельцев) [2, с. 155–156]. Згідно з офіційним тлумаченням, викладеним у листі Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва від 11.02.2004 № 761, термін «комерційна концесія» використовується в українському законодавстві на позначення правовідносин, які регулюються договором франчайзингу, тобто вказані поняття ототожнюються [3]. Такого висновку доходять і більшість науковців, наполягаючи на необхідності уніфікації понять. Тож у нашому дослідженні будемо використовувати ці терміни як однакові за змістом.

© К. Намака, 2018

Значна популярність ведення бізнесу на основі франчайзингових відносин пояснюється перевагами та більшими перспективами порівняно зі створенням бізнесу «з нуля». Так, основні переваги франчайзі полягають в економії часу і ресурсів на вивчення ринку та завоювання прихильності споживача, адже використовується вже готова бізнес-модель, популярність бренду, торгова марка франчайзера, стратегія розвитку, база клієнтів, що вже знайомі з відповідною продукцією (послугами). Крім того, франчайзі отримує підтримку та консультування з боку франчайзера, адже останній зацікавлений в успішності діяльності франчайзі. Для правоволодільця основна перевага полягає у розширенні бізнесу, в тому числі і виході на міжнародний ринок, без значних капіталовкладень, з можливістю контролювати користувача та отримувати регулярний дохід. Крім того, франчайзинг є економічно вигідним для держави, бо створює нові робочі місця.

Попри привабливість можливостей, які надає використання франшизи, для сторін договору франчайзингу водночас виникають і певні ризики. Деякі з них супроводжують будь-яку підприємницьку діяльність та пов'язані з нестабільністю української економіки, недостатнім розвитком ринку, несприятливим інвестиційним кліматом тощо. На ризиковість франчайзингових відносин впливає також недосконале правове регулювання. У світі цей інститут регулюється спеціалізованими нормативно-правовими актами. В Україні ж відносини франчайзингу (комерційної концесії) регулюються главою 36 Господарського кодекс України (далі – ГК України) [4], главою 78 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [5] та законодавством про захист інтелектуальної власності. Крім того, в деяких положеннях ГК України та ЦК України є розбіжності, внаслідок яких можуть виникнути проблеми під час їх практичної реалізації. Проте більшість ризиків франчайзингових відносин пов'язані саме з особливостями укладання, виконання та припинення дії договору.

Варто відзначити, що ризики виникають ще на стадії, яка передує укладенню договору комерційної концесії. Так, у світі франшизу продавати можна лише після апробації ведення бізнесу за цією франшизою [6]. Наприклад, у США хоч і немає прямої вимоги апробації бізнесу, проте через обов'язкове переддоговірне розкриття інформації франчайзі знає, якщо франшиза не апробована під час прийняття рішення про співпрацю. У деяких країнах (наприклад, Італія, Великобританія) тестування франшизи передбачено в законодавстві або в кодексах етики франчайзингу [7].

В Україні ж відсутнє пряме закріплення вимоги апробації бізнесу перед продажем франшизи. Внаслідок цього франчайзер часто пропонує франшизу бізнесу, що не довів свою комерційну вигідність та навряд чи принесе прибуток іншій стороні. Якщо потенційний франчайзі погодиться на співробітництво на основі такої франшизи, для нього виникає ризик фінансових втрат у майбутньому в процесі реалізації прав за договором франчайзингу. Проте, оскільки за українським законодавством предметом договору комерційної концесії є комерційний досвід, ділова репутація, то можна зробити припущення про непряму вимогу передавати саме апробовану франшизу.

Ситуація ускладнюється відсутністю регулювання переддоговірної стадії франчайзингових відносин. Переддоговірне розкриття визначеного переліку інформації є поширеною практикою у країнах Європейського Союзу (Франція, Італія, Бельгія, Іспанія, Румунія, Швеція та ін.). Наприклад, в італійському законодавстві закріплений обов'язок розголошення інформації (а саме: інформації щодо франчайзера, в тому числі фірмове найменування і статутний капітал та (на прохання потенційного франчайзі) копія фінансової звітності за останні три роки; детальної інформації про товарні знаки; короткого опису бізнесу, що є предметом франшизи; списку франчайзі, які в даний час працюють у франчайзинговій мережі) за 30 днів до моменту укладення договору франчайзингу. В Іспанії франчайзер повинен за 20 днів до укладення договору надати франчайзі всю інформацію, що міститься у реєстрі франчайзерів, зокрема назви та адреси компаній, які входять до франчайзингової мережі, інформацію про реєстрацію та статутний капітал; ліцензію на використання будь-якого товарного знаку; дату реєстрації та основні етапи створення і розвитку франчайзингової мережі; зміст і опис основних характеристик франшизи, у тому числі загальне пояснення бізнес-моделі, що виступає предметом франшизи, спеціальні характеристики «ноу-хау»; оцінку всіх необхідних інвестицій і витрат для того, щоб розпочати бізнес [8].

В окремих країнах порушення обов'язкових вимог щодо переддоговірного розкриття інформації навіть тягне за собою визнання договору франчайзингу недійсним, а також право франчайзі на відшкодування усіх завданих збитків [7]. В Україні відсутнє законодавче закріплення такого обов'язку, тому фактично така інформація може надаватись, коли договір вже укладено. Це спричиняє невигідне становище потенційного франчайзі, оскільки він позбавлений

реальної можливості здійснити необхідні розрахунки та визначити інвестиційну привабливість укладення договору франчайзингу залежно від своїх очікувань. На практиці сторони майбутнього договору проводять переговори та попередньо надають узгоджену ними інформацію. Однак для реального вирішення проблеми та захисту потенційного франчайзі від ризиків, пов'язаних із ненаданням інформації франчайзером на переддоговірній стадії, необхідно у законодавстві закріпити обов'язок франчайзера надавати чіткий перелік інформації, зокрема, щодо фінансового стану, наявності ліцензій, переліку франчайзі, що вже працюють у франчайзинговій мережі, розрахунок всіх інвестиційних витрат тощо.

Після укладення договору комерційної концесії виникають ризики для обох сторін. ЦК України у ст. 1120 [5] та ГК України у ст. 370 [4] передбачають обов'язок правоволодільця передати користувачеві технічну та комерційну документацію і надати іншу інформацію, необхідну користувачеві для здійснення прав, наданих йому за договором комерційної концесії, а також проінструктувати користувача і його працівників з питань, пов'язаних зі здійсненням цих прав. Предметом договору є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності (торговельних марок, промислових зразків, винаходів, творів, комерційних таємниць тощо), комерційного досвіду та ділової репутації [5]. Отже, укладаючи договір, франчайзер завжди ризикує через можливість недобросовісного використання франчайзі переданих прав. Нерідкими є випадки, коли укладення договору здійснюється лише з метою отримання доступу до стратегії розвитку бізнесу, клієнтської бази, маркетингових інструментів, IT-системи та ін. для подальшого неправомірного використання (наприклад, «злиття» інформації конкурентам чи використання для розвитку власного бізнесу).

Наведемо приклади захисту репутації бренду від неправомірного використання переданих прав у світі. Так, компанії Coca-Cola, Pepsi тримають у суворому секреті рецептуру свого напою і постачають франчайзі один із компонентів, без якого неможливе його приготування, у вже готовому стані. Компанія «МакДональдз» у франчайзингових договорах передбачає вимогу переходу права власності на підприємство франчайзі до мережевої компанії у разі порушення договору, зокрема розкриття інформації про ноу-хау [9, с. 181]. А деякі компанії, зокрема Starbucks, взагалі не практикують продаж франшиз, щоб мінімізувати ризики для репутації бренду.

Тому підтримуємо думку, що потрібно встановлювати певні обмеження для франчайзі у разі передачі вищезазначених прав. Наприклад, у разі передачі унікального обладнання треба обмежити доступ користувача до технічної документації; надане програмне забезпечення слід захистити від несанкціонованого доступу, копіювання й розмноження програмними або технічними засобами; не варто розкривати користувачеві повну стратегію розвитку бізнесу й конкретні маркетингові або рекламні плани [10, с. 218]. Також вважаємо доцільним передбачити у законодавстві обов'язок укладати договір про нерозголошення інформації, переданої відповідно до договору франчайзингу.

Наступною проблемою, що потенційно створює ризик для франчайзера, є передбачена ЦК України нікчемність умови договору, відповідно до якої правоволоділець має право визначати ціну товару (робіт, послуг), передбаченого договором, або встановлювати верхню чи нижню межу цієї ціни [5]. Таке положення викликає суперечність, адже унеможливлює встановлення єдиної цінової політики для всіх франчайзі. Особливо негативні наслідки таке положення може мати у разі, якщо на одній території діють кілька франчайзі. Тому заборона регулювання ціни правоволодільцем може потягнути за собою зловживання з боку франчайзі щодо завищення чи заниження ціни з метою отримання вищого прибутку. Це, у свою чергу, негативно впливатиме на репутацію бренду [2, с. 159]. Тому вважаємо доцільним виключити наведені положення із ЦК України.

Одним із найбільш суттєвих є ризик неотримання бажаного прибутку франчайзером. Приймаючи рішення про розширення бізнесу через застосування інструменту франчайзингу, правоволоділець здійснює попередні розрахунки рівня очікуваного прибутку. Проте, якщо сума належних виплат залежить від розміру прибутку франчайзі, недобросовісний франчайзі може спробувати приховати реальний прибуток від діяльності.

У такому випадку треба вирішувати цю проблему шляхом запровадження регулярного аудиту ведення господарської діяльності франчайзі, застосування гнучкої системи внесення франчайзингових платежів, відстрочки або тимчасового зниження додаткових виплат з одночасним посиленням контролю за роботою франчайзі [10, с. 219]. Також заходом мінімізації такого ризику є встановлення фіксованого розміру роялті у договорі.

Правоволоділець завжди ризикує своєю репутацією через невиконання франчайзі всіх вимог щодо якості та сервісу, адже споживач

не асоціює конкретний заклад чи підприємство з окремим користувачем франшизи. Тому у разі виникнення проблем із, наприклад, обслуговуванням, страждає репутація всієї мережі. Законодавством передбачена субсидіарна відповідальність за невідповідність якості товарів (робіт, послуг), які продаються (виконуються, надаються) франчайзі, та солідарну відповідальність за вимогами, що заявляються до франчайзі як виробника продукції (товарів) франчайзера. Наприклад, минулого року трапився інцидент в одному із закладів франчайзингової мережі «Львівська майстерня шоколаду», а саме невідповідність заявленої ваги десерту фактичній. Власник закладу (франчайзі) посилався на те, що все готується за технологією, що надана франчайзером. Останній публічно перепросив клієнта за такий інцидент та пообіцяв розібратись із ситуацією, зазначивши, що закладу загрожують санкції за невиконання технологічних вимог приготування страв. Як бачимо, обидві сторони заперечували свою вину, і через невідповідність діяльності франчайзі вимогам франчайзера репутація бренду постраждала.

Переходячи до аналізу ризиків для іншої сторони договору франчайзингу, насамперед звернемо увагу на ризик для франчайзі втратити можливість самостійно приймати рішення щодо управління. Зазвичай у договорі франчайзингу передбачений обов'язок франчайзі узгоджувати всі рішення з правоволоділцем чи уповноваженою ним особою, що, відповідно, позбавляє ці відносини елементу ініціативності з боку франчайзі, адже він має діяти «за інструкцією».

Втім, такий підхід не завжди виправданий. Наприклад, рекламні кампанії, які провадить правоволоділець, можуть не мати належного ефекту для франчайзі. Успішне функціонування всієї франчайзингової мережі потребує врахування інтересів всіх учасників [10, с. 220]. Неефективність жорсткого контролю за прийняттям рішення франчайзі вже була доведена на практиці. Наприклад, Chicken Delight (мережа ресторанів швидкого обслуговування у США) припинила своє існування внаслідок масової серії позовів з боку франчайзі, яким франчайзер намагався нав'язати економічно неприйнятне рішення [11, с. 111]. Тому належним заходом для мінімізації такого ризику є надання можливості франчайзі самостійно приймати деякі рішення, коригувати запропоновану франчайзером стратегію розвитку відповідно до об'єктивних потреб свого бізнесу, вирішувати оперативні господарські питання без узгодження з франчайзером.

Ризик, пов'язаний із недобросовісністю франчайзера, виникає у разі продажу багатьох франшиз в межах невеликої території, що веде до підвищення рівня конкуренції та зниження прибутків. Законодавство передбачає, що в договорі може бути передбачена територія поширення франшизи, тому для мінімізації цього ризику франчайзі, укладаючи договір, варто вимагати включення умови про його виключні права щодо володіння франшизою на конкретній території.

Франчайзі зазвичай обмежений у праві на вибір постачальників та суб'єктів, що обслуговують діяльність франчайзі, особливо якщо йдеться про франшизу в межах однієї країни. Дбаючи про свою репутацію, франчайзер буде вимагати, щоб франчайзі користувався послугами визначених постачальників. На перший погляд усе логічно. Однак не слід забувати про можливість зловживань з боку франчайзера. Трапляються випадки, коли опосередковано постачальник є залежним від правоволоділця або ж останній отримує вигоду (процент) від прибутку постачальника. У такому випадку обов'язок франчайзі купувати товар виключно у визначеного постачальника збільшує прибуток франчайзера. Тоді франчайзі, щоб захистити себе, може вимагати включення до договору переліку постачальників для можливості вибору.

Ризики для обох сторін залишаються і після припинення договірних відносин. Недобросовісність франчайзі після розірвання чи припинення договору породжує ризик використання ним основної ідеї бізнесу для власної діяльності, після чого він, по суті, стає конкурентом франчайзера (як приклад можна навести гучний скандал в Україні з вареничними «Победа» і «Катюша»). Для франчайзі ризик на цьому етапі полягає у відмові франчайзера укласти договір на новий строк. Це пов'язано з тим, що лише ЦК України передбачає право франчайзі, який належним чином виконував свої обов'язки, на укладення договору на новий строк на тих же умовах. У ГК України такого положення не знаходимо. Отже, щоб мінімізувати вказаний ризик, у договорі слід ретельно визначити умови розірвання, і бажано, щоб для припинення договірних відносин необхідні були вагомі підстави (наприклад, факти реалізації або виробництва продукції неналежної якості, підтверджені незалежною експертизою; факт зловживання франчайзі переданими правами тощо). Також доцільно включити пункт про автоматичне подовження терміну дії договору, якщо франчайзі не порушував умови договору і франчайзер не має претензій до його діяльності [10, с. 221].

На основі проведеного дослідження вважаємо за доцільне здійснити класифікацію ризиків, що виникають у відносинах

між сторонами договору франчайзингу, що сприятиме загальному розумінню проблеми ризиків у відносинах франчайзингу та уніфікації підходів до їх розуміння. Так, за характером ризиків виділяємо: 1) загальні ризики, характерні для будь-якої підприємницької діяльності; 2) ризики, що пов'язані з особливостями договірних відносин франчайзингу. За критерієм етапу співробітництва можна виділити: 1) ризики, що виникають на етапі перед укладенням договору; 2) ризики, пов'язані з реалізацією прав та виконанням обов'язків під час виконання договору франчайзингу; 3) ризики після припинення відносин за договором франчайзингу. За критерієм сторони договору франчайзингу: 1) ризики для франчайзі та 2) ризики для франчайзера у договорі франчайзингу.

Підсумовуючи, зазначимо, що для мінімізації можливих ризиків найперше правило – ретельно обирати контрагента та за можливості попередньо ознайомитись з результатами його діяльності, його репутацією у бізнес-середовищі. Потенційному франчайзі особливо варто звертати увагу на діяльність вже наявних користувачів франшизи. Серед конкретних способів мінімізації ризиків у відносинах між сторонами договору комерційної концесії виділяємо такі: 1) укладаючи договір, слід чітко і зрозуміло для обох сторін визначити порядок формування й перерахування всіх інвестиційних витрат та регулярних платежів; 2) у договорі передбачити умови, які встановлюють обмеження для франчайзі щодо використання переданих за договором прав (приклади таких обмежень наведені вище); 3) встановлювати у договорі порядок періодичного аудиту діяльності франчайзі; 4) передбачити коло питань, які франчайзі може вирішувати самостійно; 5) визначити територію, на якій франчайзі має виключні права за договором; 6) чітко сформулювати підстави та порядок відповідальності кожної сторони та санкції за порушення умов договору. Укладаючи договір франчайзингу, слід детально та однозначно прописувати всі умови для обох сторін. Це мінімальні, але дієві міри для уникнення ризиків та неприємних наслідків їх настання у франчайзингових відносинах.

Висновки

Досліджені ризики франчайзингових відносин не є вичерпними, адже кожен договір франчайзингу має свої особливості та «підводні камені». Крім того, ризиковість франчайзингових відносин породжується недостатньою обізнаністю з особливостями цього інструменту в українському підприємницькому середовищі. Укладаючи договір франчайзингу, потрібно усвідомлювати ризиковість такої діяльності, яка в тому числі залежить від добросовісності обох сторін. Більшість ризиків можна мінімізувати шляхом удосконалення правового регулювання. Тому першочерговим завданням має стати приведення законодавства у цій сфері у відповідність до сучасних вимог та потреб підприємництва в Україні. У зв'язку з цим вважаємо необхідним кроком на даному етапі прийняття окремого спеціалізованого Закону України «Про франчайзинг», який регулюватиме всі аспекти відносин між франчайзером та франчайзі. Крім положень, які вже передбаченні у ГК України та ЦК України, у законі необхідно закріпити перелік інформації, що обов'язково має бути надана франчайзером потенційному франчайзі на переддоговірній стадії відносин (зокрема, дані фінансової звітності франчайзера за останні 3 роки діяльності, інформація про товарні знаки, наявні ліцензії, перелік франчайзі, що вже працюють у франчайзинговій мережі, опис характеристик франшизи, перелік прав, що передаються за договором, а також детальна оцінка всіх необхідних інвестиційних витрат). Крім цього, необхідно передбачити право франчайзера встановлювати ціну реалізації товару чи надання послуг франчайзі. Варто також передбачити обов'язкове укладання договору про нерозголошення інформації разом з основним договором, а також закріпити право франчайзі на продовження договору на той самий строк, на тих самих умовах за відсутності порушень умов договору.

Список використаних джерел:

1. Романчук К.В., Кирій І.О. Операції франчайзингу: європейський досвід та українські реалії. Ефективна економіка. 2016. № 12.

2. Паніна Ю. С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Ужгород, 2017. 264 с.

3. Щодо договору комерційної концесії: Лист Держкомпідприємництва від 11.02.2004 № 761. Податки та бухгалтерський облік. 2004. № 40.

4. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2003. № 8, № 19–20, № 21–22. Ст. 144.

5. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2003. № 40–44. Ст. 356.

6. Родченко В., Кашуба Ю. Проблеми розвитку франчайзингу в Україні / Національний авіаційний університет. URL: http://jrnl.nau.edu.ua/index.php/EPSAE/article/viewFile/4653/4771.

7. Микуляк В., Махінова А. Українське обличчя франчайзингу. Юрист & закон. 2017. URL: http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA010789.

8. Горбачов О. Переддоговірне розкриття інформації в договорі комерційної концесії (франчайзингу): європейський досвід та українські реалії. URL:: https://blog.liga.net/user/ogorbachev/article/23212.

9. Корольчук О. П. Франчайзинг як спосіб активізації інтеграції вітчизняного бізнесу в глобальні виробничі та збутові мережі. Вісник Чернівецького торговельно-економічного інституту. Серія «Економічні науки». 2011. Вип. 3. С. 176-185.

10. Войнаренко М. П. Ризики у франчайзинговій діяльності підприємства. Вісник Хмельницького національного університету. Серія «Економічні науки». 2009. № 6. Т. 1. С. 218–222.

11. Опейда З. Й. Проблемні питання правового регулювання комерційної концесії (франчайзингу). Наукові записки НаУКМА. 2010. Т. 103 : Юридичні науки. С. 109-111.

Статья посвящена современному состоянию рискованности отношений на основании договора франчайзинга. Проведен анализ причин и последствий возникновения рисков, предложены способы их минимизации. На основе проведенного исследования осуществлена классификация рисков в отношениях франчайзинга и предложены изменения к законодательному регулированию этого института.

Ключевые слова: франчайзинг, франчайзер, франчайзи, риски, минимизация рисков.

The article is devoted to the current riskiness state of relationship under a franchise agreement. The reasons and consequences of the risks were analyzed, the ways of risk minimization were proposed. On the basis of the conducted research the classification of risks in franchising relations was made and changes of the legislative regulation of this institution the propositions were proposed.

Key words: franchising, franchiser, franchisee, risks, risk minimization.

УДК 346.16

Анастасія Токунова,
канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник відділу господарсько-правових досліджень проблем економічної безпеки
Інституту економіко-правових досліджень
Національної академії наук України

КЕРІВНІ ПРИНЦИПИ ООН У СФЕРІ БІЗНЕСУ І ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК ПРАВОВИЙ ІНСТРУМЕНТ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАЛОГО РОЗВИТКУ КРАЇНИ

Стаття присвячена питанню забезпечення сталого розвитку України, зокрема, через заходи, передбачені Порядком денним сталого розвитку на період до 2030 р. Виявлено, що в рамках реалізації цього підходу стосовно розвитку підприємницького сектору необхідним є поєднання бізнес-інтересів із дотриманням низки захисних норм щодо прав людини. Як один із інструментів для досягнення цього розглянуто Керівні принципи ООН у сфері бізнесу і прав людини. Окреслено сутність та особливості цього документа. Запропоновано шляхи імплементації відповідних положень до національної нормативно-правової бази.

Ключові слова: керівні принципи ООН, сталий розвиток, бізнес і права людини, стратегічне планування.

Постановка проблеми. Протягом останніх чотирьох років в Україні має місце унікальний для її попереднього економічного розвитку стан. По-перше, виконання зобов'язань, узятих у зв'язку з підписанням Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [1] (далі – Угода про Асоціацію), зумовило необхідність перебудови багатьох елементів правової систему з огляду на імплементацію положень цього документа.

По-друге, ситуація ускладнюється тим, що збройний конфлікт на сході та анексія Криму призвели до руйнування значної частини попередніх економічних зв'язків у країні й розвитку економічної кризи. Також події у Східній Україні неодноразово використовувалися та використовуються як важіль для протидії євроінтеграційним ініціативам країни.

Тому сьогодні складним, але дуже важливим викликом є реформування правової системи держави з урахуванням цих двох особливостей, що зумовлює актуальність розкриття теми роботи.

Питання забезпечення сталого розвитку неодноразово порушувалося науковцями. Так, різним аспектам цієї теми присвячено значну кількість досліджень як вітчизняних, так і зарубіжних учених. Особливо хотілося б відзначити результати, отримані в рамках написання дисертацій на здобуття наукових ступенів докторів наук Л.П. Баришнікової [2], С.В. Бурлуцької [3], В.Т. Лагно [4], Т.В. Кожухової [5], О.В. Шаповалової [6], О.В. Яценка [7]. Стосовно зарубіжних науковців, то ця тема в інших країнах досліджується вже значний час, тому напрацювання є значними. Серед останніх (виданих у 2018 р.) праць хотілося б відзначити роботи таких учених, як Б. Антоніч [8], Дж. Мак-Карні [9], О. Рейнолдз [10], Г. Шмідт-Трауб [11]. Разом із тим нестандартність ситуації, про яку зазначалося вище, а також новітні тенденції в розвитку правової системи Європейського Союзу (далі – ЄС) (про які буде вестися мова далі) зумовлюють необхідність пошуків сучасних шляхів забезпечення сталого розвитку.

Метою статті є внесення пропозицій щодо інструментів забезпечення сталого розвитку України в рамках, обумовлених новітніми підходами ЄС щодо відповідних процесів.

Виклад основного матеріалу. Одним із перспективних напрямів вирішення цього питання є забезпечення практичного впровадження Порядку денного сталого розвитку на період до 2030 р., прийнятого Генеральною Асамблею Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) 25 вересня 2015 р. [12], яким затверджено 17 Цілей Сталого Розвитку (далі – ЦСР). Аналіз державних і регіональних стратегічних документів у частині поставлених цілей і завдань дає можливість

© А. Токунова, 2018

побачити певний зв'язок із пріоритетами цього Порядку, хоча для повноцінної актуалізації до ЦСР ще необхідно докласти значні зусилля. При цьому актуальним є питання щодо того, на основі яких принципів, у який спосіб і якими засобами мають і будуть упроваджуватись доопрацьовані цілі та завдання у сфері економічного розвитку східних регіонів України. Натепер у чинних стратегічних документах деталізації цих аспектів приділяється замало уваги.

У пункті 67 розділу «Засоби впровадження і Глобальне партнерство» вказаної Резолюції зазначається таке: «Приватна підприємницька, інвестиційна та інноваційна діяльність – це одна з основних рушійних сил підвищення продуктивності, забезпечення всеохопного економічного зростання і створення робочих місць. ... Ми будемо сприяти динамічному й ефективно функціонуючому підприємницькому сектору, захищаючи при цьому трудові права і стандарти в галузі довкілля та здоров'я відповідно до релевантних міжнародних стандартів і договорів, інших поточних ініціатив у цьому напрямі, таких як Керівні принципи у сфері бізнесу і прав людини і трудові стандарти Міжнародної організації праці, Конвенція про права дитини й основні багатосторонні договори щодо довкілля, для учасників таких договорів» [12]. Отже, закріплюється необхідність розвитку підприємницького сектору лише в поєднанні з дотриманням низки захисних норм щодо прав людини, довкілля тощо. Також особлива увага акцентується на такому міжнародному документі, як Керівні принципи ООН у сфері бізнесу і прав людини (далі – Керівні принципи ООН).

Стосовно останніх, то вони затверджені у 2011 р. Резолюцією Ради ООН з прав людини A/HRC/RES/17/4 від 16 червня 2011 р. [13] у редакції, яку додано до доповіді Спеціального представника Генерального секретаря з питань прав людини і транснаціональних корпорацій та інших підприємств [14].

Керівні принципи ООН ґрунтуються на визнанні таких ключових аспектів:

«a) Чинних зобов'язань держав щодо поваги, захисту й забезпечення прав людини і основоположних свобод;

b) Ролі підприємств як спеціалізованих органів суспільства, що виконують спеціалізовані функції, від яких вимагається дотримуватись усіх відповідних законів і поважати права людини;

c) Необхідності того, щоб права й обов'язки узгоджувались із належними та ефективним засобами правового захисту в разі порушення.

Ці Керівні принципи застосовуються до всіх держав і до всіх підприємств, як транснаціональних, так й інших, незалежно від їх розміру, сектора, місцезнаходження, форми власності та структури» [14].

За своїм юридичним статусом і природою Керівні принципи ООН не створюють нові міжнародно-правові зобов'язання. Забезпечення обов'язковості застосування передається на розсуд держав-членів ООН, міждержавних структур тощо. Разом із тим сьогодні процес імплементації цього нормативно-правового акта досяг значного прогресу на рівні стратегічних нормативно-правових документів ЄС, Ради Європи, Організації Американських Держав (ОАД). Затвердження Національних планів дій щодо бізнесу та прав людини відбулося у 21 країні світу (при цьому ще 23 країни знаходяться у процесі розроблення чи зобов'язалися це зробити, а в 9 країнах ведеться робота, спрямована на запуск такого процесу) [15]. Також пріоритети щодо впровадження Керівних принципів ООН у практику ведення бізнесу для себе визначила низка глобальних груп і форумів, які мають значний вплив у сфері міжнародної економіки й торгівлі, такі як G7, Міжнародна конференція з фінансування розвитку тощо [16].

Ратифікувавши Угоду про Асоціацію, Україна не просто вийшла на новий рівень співпраці, а на законодавчому рівні визнала, що спільні цінності, на яких побудований ЄС а саме: демократія, повага до прав людини й основоположних свобод і верховенство права, є ключовими елементами цієї Угоди, що прямо закріплено в Преамбулі документа.

Тому доцільно брати до уваги ці підходи, в тому числі оскільки інтеграція питань прав людини у сферах регулювання та ведення бізнесу, внутрішньої та зовнішньої торгівлі, забезпечення процесів сталого розвитку досягли значного прогресу в ЄС.

Так, долучаючись до реалізації Порядку денного сталого розвитку на період до 2030 року, у 2017 р. прийняли спільну декларацію про Новий європейський консенсус щодо розвитку «Наш Світ, Наша Гідність, Наше Майбутнє» [17], у якому запобігання порушенням прав людини та просування Керівних принципів ООН закріплено як один із напрямів роботи в межах підрозділу 2.3 «Процвітання – Всеохоплююче та стале зростання та робочі місця» загальної платформи дій.

Указана позиція ЄС не є поодинокою нормою, і вона має суттєву підтримку в інших стратегічних документах. Зокрема, ужиття заходів щодо сприяння імплементації Керівних принципів ООН закріплено у 2015 р. у стратегії щодо торгівлі та інвестиційної діяльності «Торгівля для всіх» [18].

Також інтегрування їх положень виконано шляхом відповідного включення до концепції та заходів оновленої стратегії ЄС щодо Корпоративної соціальної відповідальності [19], у тому числі стосовно пропозиції країнам-членам розробити власні плани імплементації Керівних принципів ООН на національному рівні. Також варто приділити увагу рекомендаціям на адресу Європейського Парламенту, які надані за результатами Дослідження щодо імплементації Керівних принципів ООН [16] у 2017 р. на замовлення субкомітету з прав людини Європейського Парламенту. Серед них включено пропозицію щодо інтегрування питань бізнесу та прав людини до переговорних процесів з країнами-кандидатами в члени ЄС.

Відображений вище стратегічний підхід ЄС і приєднання до Порядку денного сталого розвитку на період до 2030 р. вже є суттєвою мотивацією для України щодо активізації роботи з питань бізнесу та прав людини. Окрім цього, наша країна є членом ще однієї впливової міжнародної організації – Ради Європи. А ця організація всебічно підтримує світові процеси в напрямі імплементації Керівних принципів ООН, багато в чому саме на цій роботі ґрунтуються подальші напрацювання в різних країнах.

Так, ще у 2014 р. прийнято декларацію Комітету Міністрів Ради Європи стосовно Керівних принципів ООН [20], у пункті 10 якої закріплено визначну підтримку стосовно їх імплементації та закликано країни-члени вчинити такі дії:

«a. уживати відповідних заходів для захисту від порушень прав людини з боку комерційних підприємств;

b. сформулювати й упроваджувати політику та заходи, спрямовані на те, щоб усі комерційні підприємства поважали права людини в ході всієї своєї діяльності в межах своєї національної юрисдикції;

c. уживати відповідних кроків для забезпечення того, щоб, коли такі порушення відбуваються на їхній території та/або юрисдикції, потерпілі мали доступ до ефективних засобів правового захисту;

d. розробляти національні плани дій щодо імплементації Керівних принципів ООН».

У 2016 р. Комітетом Міністрів Ради Європи затверджено Рекомендації щодо прав людини та підприємницької діяльності [21], адресовані країнам-членам. Цей документ включає детальне викладення побажань стосовно процесу, форми і змісту заходів, спрямованих на практичне впровадження Керівних принципів ООН.

З огляду на проаналізовану вище нормативну базу й наявну світову практику, для України вважається слушним започаткувати процес імплементації Керівних принципів ООН на національному рівні. На першочерговому етапі Україна має виконати положення Принципу 2 [14] і зробити чітку заяву стосовно її очікувань від бізнесу в контексті прав людини. У 2015 р. Указом Президента України вже затверджено Національну стратегію у сфері прав людини на період до 2020 року [22]. Убачається, що платформа саме цього документа може бути використана для означених вище цілей. Пропонується внести доповнення до стратегічного напряму «Створення умов для розвитку підприємницької діяльності» в такій редакції:

«Стимулювання розвитку підприємництва є одним із визначальних пріоритетів державної політики в умовах протидії ризикам загострення економічної кризи. При цьому держава Україна очікує поваги до прав людини в межах усієї діяльності від усіх суб'єктів підприємництва, які розташовані на її території та/або підпадають під її юрисдикцію.

Стратегічна мета:

забезпечення свободи підприємництва, створення умов для самозайнятості населення, забезпечення поваги до прав людини у сфері підприємницької діяльності.

Очікувані результати:

... створено умови та механізми для забезпечення поваги до прав людини суб'єктами підприємництва».

Задля подальшої реалізації вказаної вище стратегічної мети необхідним є відповідне оновлення Плану дій із реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 р. [23]. Найбільш логічним у цьому випадку вбачається виокремлення завдання щодо розроблення Національного плану дій щодо імплементації Керівних принципів ООН щодо підприємницької діяльності та прав людини.

При цьому така робота має проводитись у щільній координації з процесом напрацювання Стратегії Сталого Розвитку нашої держави на наступний період, після 2020 року.

Натепер Верховною Радою України одержано вже два Законопроекти щодо останнього питання: Проект Закону України від 7 серпня 2018 р. № 9015 і альтернативний Проект Закону України від 20 серпня 2018 р. № 9015-1 [24; 25]. Обидва названі Законопроекти розглядають забезпечення та захист права людини загалом як один із головних принципів розвитку держави. Проте на рівні викладення питань щодо розвитку бізнесу й економіки бракує означеного акцентування такого підходу.

Цілком вірогідно, що найближчим часом будуть розроблені нові варіанти проектів

стратегій у напрямі Сталого Розвитку. Але в будь-якому разі в ході цієї роботи пропонується докласти можливих зусиль щодо: 1) закріплення застосування Керівних принципів ООН як чинної глобально узгодженої основи для роботи у сфері бізнесу та прав людини; 2) включення окремого завдання щодо забезпечення поваги до прав людини у сфері підприємницької діяльності.

Висновки

У роботі проаналізовано підходи ЄС щодо досягнення цілей сталого розвитку, виявлено особливу роль Керівних принципів ООН у сфері бізнесу і прав людини. Розглянуто сутність цього документа, обґрунтовано доцільність застосування його положень у рамках розвитку сфери бізнесу в Україні. Запропоновано шляхи включення відповідних положень до Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 р., Плану заходів з її реалізації, викладено пропозиції щодо способу формулювання окремих положень Стратегії Сталого Розвитку України на наступний період.

Стосовно подальших напрямів наукових досліджень важливими є розвиток положень Керівних принципів ООН для забезпечення дотримання прав людини підприємствами в районах, що знаходяться під впливом конфліктів, розвиток корпоративної відповідальності за додержання прав людини, подальший пошук шляхів імплементації відповідних положень у національне законодавство.

Список використаних джерел:

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована із заявою Законом України від 16 вересня 2014 р. № 1678-VII. Офіційний вісник України. 2014. № 75. Т. 1. С. 83. Ст. 2125.

2. Баришнікова Л.П. Довгострокове прогнозування та державне регулювання сталого розвитку регіону як підсистеми національної економіки України: автореф. дис. ... докт. екон. наук: спец. 08.00.03 / Донец. держ. ун-т упр. Донецьк, 2013. 36 с.

3. Бурлуцька С.В. Формування стратегії забезпечення пружності сталого розвитку національної економіки: автореф. дис. ... докт. екон. наук: спец. 08.00.03 / Донбас. держ. машинобуд. акад. Краматорськ, 2016. 40 с.

4. Лагно В.Т. Механізм державного управління сталим розвитком регіонів на засадах регіонального та транскордонного співробітництва: автореф. дис. ... докт. наук з держ. упр.: спец. 25.00.02 / Донец. держ. ун-т упр. Маріуполь. 38 с.

5. Кожухова Т.В. Формування глобальної системи фінансування сталого розвитку: автореф. дис. ... докт. екон. наук: спец. 08.00.02 / ДонНУ. Вінниця, 2017. 40 с.

6. Шаповалова О.В. Адаптація господарського законодавства до вимог сталого розвитку: дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.04 / НАН України, Ін-т екон.-правових досліджень. Донецьк, 2007. 511 с.

7. Яценко О.В. Формування потенціалу сталого розвитку і конкурентоспроможності сільських регіонів на інноваційних засадах: автореф. дис. ... докт. екон. наук: спец. 08.00.05 / Миколаїв. нац. аграр. ун-т. Миколаїв, 2015. 387 с.

8. Antonich Beate. Norm contestation about sustainable development in the context of international public investment law disputes. Dissertation for the Degree of Doctor of Philosophy (Ph.D.), University of Pittsburgh, 2018, 272 p.

9. McCarney, Geoffrey R. Considering the Interface of Climate & Productive Natural Resource Use: Market Approaches to Enable Sustainable Development. Dissertation for the Degree of Doctor of Philosophy (Ph.D.), Columbia University, 2018, 162 p.

10. Reynolds, Orlagh. Examining the Legitimation Strategies of Sustainability-Oriented Entrepreneurs. Dissertation for the Degree of Doctor of Philosophy (Ph.D.), National University of Ireland Galway, 2018, 350 p.

11. Schmidt-Traub, Guido. On metrics and financing for the Sustainable Development Goals. Dissertation for the Degree of Doctor of Philosophy (Ph.D.), Wageningen University, 2018, 238 p.

12. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development: Resolution6 adopted by the General Assembly of the United Nations on 25 September 2015 № A/RES/70/1. URL: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E.

13. Human rights and transnational corporations and other business enterprises: Resolution adopted by the Human Rights Council 16 June 2011 № A/HRC/RES/17/4. URL: http://undocs.org/A/HRC/RES/17/4.

14. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework: Annex to the Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie on 21 March 2011 № A/HRC/17/31. http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/17/31&Lang=E.

15. State national action plans on Business and Human Rights: Data, prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights Working Group. URL: https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/nationalactionplans.aspx.

16. Faracik, Beata. Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Study by the request of the European Parliament's Subcommittee on Human Rights (DROI), 2017, 88 p. URL: http://www.europarl.europa.eu/

RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU(2017)578031_EN.pdf.

17. The New European Consensus on Development «Our world, our dignity, our future»: Joint Statement by the Council and the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the European Commission, done in Brussels on 7 June 2017. URL: https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/european-consensus-on-development-final-20170626_en.pdf.

18. Trade for all – Towards a more responsible trade and investment policy: European Commission Strategy, Luxembourg, 2015. URL: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf.

19. A renewed EU strategy for Corporate Social Responsibility, Communication from the European Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0681&from=EN.

20. Declaration of the Committee of Ministers on the UN Guiding Principles on business and human rights, adopted by the Committee of Ministers on 16 April 2014 at the 1197th meeting of the Ministers' Deputies. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c6ee3.

21. Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business, adopted by the Committee of Ministers on 2 March 2016 at the 1249th meeting of the Ministers' Deputies). URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c1ad4.

22. Про затвердження Національної стратегії у сфері прав людини: Указ Президента України від 25 серпня 2015 р. № 501/2015. Офіційний вісник України. 2015. № 69. С. 12. Ст. 2257.

23. Про затвердження плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23 листопада 2015 р. № 1393-р. URL: https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/248740679.

24. Проект Закону України про Стратегію сталого розвитку України до 2030 року від 7 серпня 2018 р. № 9015. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64508.

25. Проект Закону про Стратегію впровадження моделі збалансованого розвитку України до 2030 року від 20 серпня 2018 р. № 9015-1. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64515.

Статья посвящена вопросу обеспечения устойчивого развития Украины, в частности, средствами, предусмотренными Повесткой дня в области устойчивого развития на период до 2030 г. Выявлено, что в рамках реализации данного подхода касательно развития предпринимательского сектора необходимым является сочетание бизнес-интересов с соблюдением ряда защитных норм касательно прав человека. В качестве одного из инструментов для достижения этого рассмотрены Руководящие принципы ООН в сфере бизнеса и прав человека. Определены сущность и особенности данного документа. Предложены пути имплементации соответствующих положений в национальную нормативно-правовую базу.

Ключевые слова: руководящие принципы ООН, устойчивое развитие, бизнес и права человека, стратегическое планирование.

The article is devoted to the issue of ensuring sustainable development of Ukraine, in particular, through the measures, stipulated in the 2030 Agenda for Sustainable Development. It has been revealed that in the framework of the implementation of this approach in relation to the development of the entrepreneurial sector, there should be a combination of business interests with the observance of a number of protective norms regarding human rights. As one of the tools to achieve this the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights were considered. The essence and features of this document were outlined, as well as the ways of implementation of its relevant provisions to the national normative legal framework were proposed.

Key words: UN guiding principles, sustainable development, business and human rights, strategic planning.

УДК 331.109.32

Гасам Ахмедов,
студент міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Ян Чуб,
студент міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРАВО НА СТРАЙК В УКРАЇНСЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ТА У ПРАКТИЦІ ЄСПЛ

Стаття присвячена питанню закріплення права на страйк у міжнародних договорах та у національному законодавстві, а також аналізу рішень Європейського Суду з прав людини з цього питання. Наукова стаття містить авторську думку та представляє певні висновки та пропозиції, спрямовані на вдосконалення законодавства.

Ключові слова: право на страйк, трудовий спір, трудовий конфлікт, Європейський суд з прав людини.

Постановка проблеми. Найважливішим завданням держави є захист та гарантування прав та законних інтересів своїх громадян. Для більшості населення, а саме працюючого, значну роль відіграє реалізація їхніх соціально-економічних прав. Одним із таких прав, згідно з міжнародними договорами та українським законодавством, є право на страйк. Це доволі складне соціальне явище викликає безліч питань не тільки серед науковців, а й у правозастосовній діяльності. Саме тому проблеми, пов'язані з його реалізацією, потребують вивчення та аналізу національного законодавства, практики Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд) та можливості її імплементації під час вирішення спірних питань.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Вивченням питання правового забезпечення та реалізації права на страйк займалися такі вчені як Н. Болотіна, В. Бурак, В. Кондратьєв, В. Лазор, М. Процишен, А. Слюсар, М. Стадник, В. Толкунова, Г. Чанишева, Н. Швець та інші.

Метою дослідження є вивчення проблем нормативного закріплення права на страйк, пошук шляхів удосконалення національного законодавства з урахуванням практики Європейського Суду з прав людини.

Виклад основного матеріалу. Події останніх років в Україні, економічна та соціальна нестабільність, знецінення гривні призвели до певних суперечливих явищ, зокрема, у сфері праці. У свою чергу, це стало причиною трудових конфліктів, зростання протестних настроїв та страйків. Однак таке соціальне явище не має виключно негативну спрямованість. Ми погоджуємося з Н. В. Дарагановою у тому, що часто саме шляхом страйкової боротьби робітники у різних країнах змушували власників та уряди втілювати соціальні реформи для поліпшення умов праці страйкуючих [1, с. 13–15, 210–211]. Однак хоч страйк і є однією з форм розв'язання конфлікту між роботодавцем та працівниками, проте це не єдиний засіб боротися з невиконанням роботодавцем вимог трудового та соціального законодавства. Завжди доцільно вирішувати конфліктну ситуацію цивілізованим шляхом – за столом переговорів, із залученням посередників, арбітрів [2, с. 31]. У такий спосіб наймані працівники здійснюють ефективний вплив на роботодавців, який дозволяє відновити соціальну рівновагу у суспільстві, особливо у разі, якщо мирні переговори, що передували страйку, не вирішили конфлікт.

На міжнародному рівні право на страйк закріплене у Загальній декларації прав людини від 1948 р. (ст. 20 – право на страйк у контексті права на свободу асоціацій), Міжнародному пакті про політичні, економічні та соціальні права від 1966 р. (п.(d) ч. 1. ст. 8), Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) від 1950 р. (ст. 11 – свобода зібрань та об'єднань). У цьому контексті необхідно зазначити, що ЄСПЛ у справі Schmidt and Dahlstroom v. Sweden постановив, що право створювати профспілки і вступати до них включає право «мати можливість в умовах, які не суперечать статті 11, домагатися за допомогою своїх організацій захисту своїх професійних інтересів», чим фактично надав відповідь на питання щодо охоплення правом створювати профспілки і вступати до них для захисту своїх інтересів права на страйк [3]. Право на страйк також закріплено в Євро-

© Г. Ахмедов, Я. Чуб, 2018

пейській соціальній хартії (переглянутій) від 1996 р. (п. 4 ст. 6 «право працівників і роботодавців на колективні дії у випадках конфліктів інтересів, включаючи право на страйк, з урахуванням зобов'язань, які можуть випливати з раніше укладених колективних договорів»). Окрім того, Європейська соціальна хартія передбачає право кожної договірної сторони регулювати питання реалізації цього права на національному рівні з урахуванням обмежень, які встановлені законом і необхідні в демократичному суспільстві для захисту прав і свобод інших людей або для захисту державних інтересів, національної безпеки, здоров'я людей чи моралі.

В Україні це право закріплене насамперед у Конституції України від 1996 р., у статті 44, де зазначено, що кожен, хто працює, має право на страйк для захисту своїх економічних та соціальних інтересів. У Кодексі законів про працю від 1971 р. лише один раз згадується страйк у контексті рівності трудових прав громадян (ст. 2). Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 1998 р. визначає правові і організаційні засади проведення страйку і спрямований на здійснення взаємодії сторін соціально-трудових відносин у процесі врегулювання конфліктів. Згідно зі статтею 3 цього Закону страйк – це тимчасове колективне добровільне припинення роботи працівниками (невихід на роботу, невиконання своїх трудових обов'язків) підприємства, установи, організації (структурного підрозділу) з метою вирішення колективного трудового спору (конфлікту).

Як зазначає Н. Швець, страйк – це завжди крайній засіб, і, як будь-який крайній засіб, він є досить ризикованим [4, с. 4]. Однак як в Україні, так і у світі страйки не втрачають популярності. Зокрема, серед останніх страйків на теренах європейських країн – страйк польських митників (червень 2016 р.), пілотів авіакомпанії Lufthansa (листопад 2016 р.), бортпровідників British Airways (лютий 2017 р.) тощо [2, с. 30].

В Україні Національна служба посередництва і примирення (далі – НСПП) – постійно діючий державний орган, завданням якого є сприяння врегулюванню колективних трудових спорів (конфліктів) кожного року публікує результати своєї діяльності. У 2015 році НСПП сприяла пошуку компромісу між сторонами конфліктів у проведенні працівниками 18 страйків [5]. У 2017 році – 20 страйків, пов'язаних із повним або частковим припиненням роботи [6]. У 2018 році страйкували працівники металургійного комбінату «АрселорМіттал Кривий Ріг» (до 2005 року – «Криворіжсталь»); вимагаючи виплати заборгованості заробітної плати, страйкували гірники «Нововолинська», працівники «Укрзалізниці» у Кривому Розі та Кременчуку. Оскільки в Україні страйки на підприємствах транспорту заборонені, залізничники вдалися до так званого «італійського» страйку, коли робітники погоджуються працювати у гранично суворому виконанні своїх посадових обов'язків і правил, ні на крок не відступаючи від них і ні на крок не виходячи за їх межі, чітко дотримуючись усіх офіційних норм щодо безпеки і тривалості праці. У своїй праці Н. Швець слушно зазначає, що «італійський» страйк досить ефективний, адже працювати, суворо дотримуючись інструкцій, практично неможливо. Така форма протесту призводить до суттєвого спаду виробництва і, власне, до значних збитків для підприємства. З «італійським» страйком важко боротися за допомогою антистрайкового законодавства, а притягти до відповідальності ініціаторів практично неможливо, тому що формально вони діють у суворій відповідності до Кодексу законів про працю України [4, с. 32].

Отже, застосування страйку як останнього засобу впливу на роботодавця є досить поширеним і сьогодні, але виникає безліч питань у процесі його реалізації. Саме тому доречним буде звернутися до практики ЄСПЛ. У Законі України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 2006 р. є пряма вказівка: «рішення є обов'язковими для виконання Україною відповідно до ст. 46 Конвенції». Проте таке положення Закону йде в розріз із практикою, і рішення Суду не виконуються, що спричиняє колізію законодавства та проблеми з реалізацією громадянами права на страйк.

Найбільш відомим рішенням ЄСПЛ з приводу права на страйк в Україні є рішення у справі «Веніамін Тимошенко та інші проти України» [7]. Згідно з обставинами справи, члени екіпажу літака «АероСвіт» висунули певні вимоги до керівництва і після відмови їх задовольнити вирішили провести страйк. Але національним судом проведення такого страйку було визнано незаконним на підставі ст. 18 Закону України «Про транспорт» від 1994 р., якою забороняється проведення страйків на підприємствах транспорту у випадках, пов'язаних із перевезенням пасажирів. ЄСПЛ, дослідивши обставини справи, національне законодавство та міжнародні договори, доповіді Комітету Міжнародної організації праці (далі – МОП), вирішив, що таке рішення було незаконним, і підтвердив наявність порушення ст. 11 Конвенції. У зв'язку з цим ЄСПЛ зобов'язав Україну виплатити позивачам 20 тис. євро відшкодування моральної шкоди.

Згідно з доповідями Комітету МОП, єдиними можливими винятками з права на страйк можуть бути ті, які застосовуються до працівників у сфері надання життєво важливих послуг. Комітет із питань об'єднань МОП вважає, що життєво важливими послугами визнаються послуги залежно від конкретної ситуації в країні, а також ті, які можуть стати з часом життєво важливими, «якщо страйк триває більше певного періоду часу або виходить за певні межі, таким чином створюючи загрозу життю, особистій безпеці або здоров'ю усього населення чи його частини». Таким чином, Комітет вважає життєво важливими у вузькому значенні цього терміна послуги, в яких право на страйк може серйозно обмежуватися або навіть заборонятися, у таких сферах: охорона здоров'я, електропостачання, водопостачання, телефонний зв'язок, керування повітряним рухом У Загальному огляді основоположних Конвенцій щодо прав на працю у світлі Декларації МОП про соціальну справедливість у цілях справедливої глобалізації (Міжнародна конференція праці, 101 сесія, 2012 рік) Комітет експертів МОП з питань застосування конвенцій і рекомендацій (КЕЗКР) зазначив, що повітряний транспорт має бути виключений із «життєво важливих послуг» та що необхідно визнати право на страйк працівників, зайнятих у цьому секторі.

У Доповіді № 318, а саме у п. 514, Комітет також наголосив на тому, що, хоча право на страйк у сфері надання життєво важливих послуг у вузькому значенні цього терміна (тобто послуги, припинення надання яких створить загрозу життю, безпеці або здоров'ю усього населення або його частини) може бути обмежено або заборонено за умови надання працівникам належних гарантій, *діяльність портів загалом не є життєво важливою послугою у вузькому значенні цього терміна,* хоча вони надають важливі суспільні послуги і від них у разі страйку вимагатиметься надання мінімальних послуг. Отже, Комітет **вимагає** від Уряду внесення зміни до статті 18 Закону України «Про транспорт», щоб вона не тлумачилась як така, що забороняє страйки у портах [7].

Слід також звернути увагу на те, що у Законі України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 1998 р. передбачена заборона страйків лише у разі, «якщо припинення працівниками роботи створює загрозу життю і здоров'ю людей, довкіллю або перешкоджає запобіганню стихійному лиху, аваріям, катастрофам, епідеміям та епізоотіям чи ліквідації їх наслідків». «Прикінцевими положеннями» цього Закону передбачено, що інші закони та нормативно-правові акти застосовуються тільки в тій частині, в якій вони не суперечать цьому Закону, а також що вони повинні бути приведені у відповідність до цього Закону.

Уповноважений Верховної Ради України з прав людини Валерія Лутковська 15 січня 2013 надіслала Прем'єр-міністру України Миколі Азарову листа щодо захисту конституційного права на страйк працівників транспорту. У ньому наголошується, що до Омбудсмена неодноразово зверталися представники Всеукраїнської професійної спілки пілотів, а також профспілки бортпровідників одного з авіаперевізників стосовно неконституційності норм Закону України «Про транспорт» та порушення їхніх законних прав.

Моніторинг Уповноваженого засвідчив: недостатня врегульованість цього питання фактично унеможливила законний захист прав працівників транспорту, зумовила неоднозначне трактування норм права у цій сфері та, з одного боку, несе реальну загрозу масових порушень трудових прав роботодавцем, а з іншого – спонтанних (несподіваних) зривів перевезень тощо. Був розроблений проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гарантування реалізації конституційного права людини на страйк». У ньому, зокрема, пропонується статтю 18 Закону України «Про транспорт» викласти у такій редакції: «Страйк на підприємствах транспорту застосовується відповідно до законодавства про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» [8].

Але такі зміни досі не були внесені у законодавство, і вимога приведення Закону України «Про транспорт» відповідно до Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» не виконується вже протягом двадцяти років, хоча на це є пряма вказівка і в національному законодавстві, і в рішеннях ЄСПЛ.

В інших же справах Суд не визнає порушення статті 11 Конвенції, тому що національне законодавство відповідає міжнародним стандартам. Зокрема, у справі «Трофимчук проти України» заявниця та інші працівники «Комуненерго» страйкували з вимогою виплатити їм заборгованість по заробітній платі. Участь Трофимчук у страйку спричинила відсутність заявниці протягом двох годин на роботі, за що її було звільнено. Хоча згідно з українським законодавством особа, яка бере участь у страйку, має імунітет від дисциплінарних стягнень, ЄСПЛ визначив, що у цьому випадку стаття 11 не порушена. Суд звернув увагу на те, що не було дотримано процедури проведення страйку і особа, надсилаючи повідомлення органам влади про майбутній страйк, не вказала його тривалості і не зазначила, чи

мала вона взагалі намір страйкувати. Таким чином, ЄСПЛ не підтверджує наявність порушення статті 11 Конвенції та вважає звільнення Трофимчук законним [9].

Висновки

На основі вищевикладеного можемо зробити висновок, що право на страйк є чи не найефективнішим інструментом впливу найманих працівників на роботодавця. На нашу думку, говорити про страйк виключно як про негативне явище не можна. Адже в будь-якому разі воно привертає значну увагу суспільства, що мотивує роботодавця якомога швидше вирішити конфлікт. Дослідження страйку має бути всебічним та враховувати конкретну ситуацію, що склалася в країні.

Вважаємо за необхідне узгодити положення Закону України «Про транспорт» та Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», звертати увагу на рішення ЄСПЛ у правозастосовній діяльності, здійснювати подальший переклад рішень ЄСПЛ українською мовою, що значно зменшить ухвалення незаконних рішень національними судами і дозволить розвиватися українському законодавству у європейському векторі.

Список використаних джерел:

1. Дараганова Н. В. Трудові спори : навчальний посібник. К. : Алерта, 2012. 272 с.

2. Швець Н. М. Право на страйк: особливості застосування та обмеження. Право та інновації. 2017. № 2. С. 30–37. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apir_2017_2_6 (дата звернення: 05. 11. 2018)

3. CASE OF SCHMIDT AND DAHLSTR M v. SWEDENS. 06.02.1976. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57574 (дата звернення: 05.11.2018)

4. Швець Н. М. Право на страйк та умови його реалізації: монографія. Х.: Право, 2009. С. 227.

5. Інформація про результати діяльності Національної служби посередництва і примирення за 2015 рік. URL: http://www.nspp.gov.ua/home/struktura-nspp-8/struktura-nspp9/4865-informatsiya-pro-rezultati-diyalnosti-natsionalnoji-sluzhbi-poserednitstva-i-primirennya-za-2015-rik (дата звернення: 06.11.2018).

6. Інформація про результати діяльності Національної служби посередництва і примирення за 2017 рік. URL: http://www.nspp.gov.ua/home/struktura-nspp-5/8169-informatsiia-pro-rezultaty-diialnosti-natsionalnoi-sluzhby-poserednytstva-i-prymyrennia-za-2017-rik (дата звернення: 06.11.2018).

7. Рішення Європейського Суду з прав людини «Веніамін Тимошенко проти України». 02.10.2014. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a44 (дата звернення 05.11.2018).

8. Право на страйк працівників транспорту має бути врегульовано на законодавчому рівні: інформація від 15 січня 2013 р. / Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. URL: http://www.ombudsman.gov.ua

9. Рішення Європейського Суду з прав людини «Трофимчук проти України». 28.10.2010. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_846#n58 (дата звернення : 05.11.2018).

Статья посвящена вопросу закрепления права на забастовку в международных договорах и в национальном законодательстве, а также анализу решений Европейского Суда по правам человека по этому вопросу. Научная статья содержит авторскую мысль и представляет определенные выводы и предложения, направленные на совершенствование законодательства.

Ключевые слова: право на забастовку, трудовой спор, трудовой конфликт, Европейский Суд по правам человека.

The article is devoted to the issue of securing the right to strike in international treaties and in national legislation, as well as an analysis of the decisions of the European Court of Human Rights on this issue. The scientific article contains an author's opinion and presents certain conclusions and proposals aimed at improving the legislation.

Key words: right to strike, labor dispute, labor conflict, European Court of Human Rights.

УДК 349.2

Сергій Константиновський,
студент міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРАВОВА ПРИРОДА ЮРИДИЧНОГО ЯВИЩА «ВИМУШЕНИЙ ПРОГУЛ»

Стаття присвячена проблемі застосування юридичної конструкції «вимушений прогул» у трудовому законодавстві. Проаналізовано правову природу цього явища, воно зіставлене з поняттям «прогул». Виокремлено головні ознаки вимушеного прогулу й запропоновано нову конструкцію для позначення цього явища.

Ключові слова: вимушений прогул, прогул, перешкоджання трудовій діяльності, відсутність на роботі, трудові спори, відсторонення від роботи.

Постановка проблеми. Наразі надзвичайно актуальним є питання реформування трудового законодавства в Україні. Чинний Кодекс законів про працю України 1971 року переповнений редакціями, змінами та не повною мірою відповідає сучасним реаліям трудових правовідносин. Цей нормативно-правовий акт потребує кардинальних змін, адже в ньому міститься чимало колізій, у нормах застосовано досить багато оціночних понять, а деякі поняття вживаються в різних значеннях.

На етапі становлення ринкової економіки одним із основних завдань для роботодавців є підвищення продуктивності праці, покращення трудової дисципліни, яке досягається безпосередньою працею кожного працівника, його добросовісним, старанним ставленням до праці. Проте є практика, коли працівників звільняють незаконно, без наявної причини. Тоді згідно з положеннями статті 235 Кодексу законів про працю під час винесення рішення про поновлення на роботі орган, який розглядає трудовий спір, одночасно приймає рішення про виплату працівникові середнього заробітку за час вимушеного прогулу [2, ст. 235].

Аналіз судової практики з розгляду трудових спорів указує на те, що незаконно звільнені працівники, як правило, окрім поновлення на роботі, вимагають виплатити їм середній заробіток за час вимушеного прогулу. Узагалі поняття «вимушений прогул» уживається в Кодексі законів про працю в одинадцяти нормах. Проте вважаємо, що правова природа вимушеного прогулу різниться з категорією «прогул», а отже, це формулювання потребує вдосконалення. На підставі цього необхідно проаналізувати трудове законодавство, міжнародний досвід, усебічно дослідити поняття «вимушений прогул» і винайти для нього краще формулювання. Такі зміни допоможуть покращити зрозумілість трудового законодавства на шляху до його всебічного реформування.

Теоретичним і практичним питанням удосконалення трудового законодавства у сфері дисципліни праці, вирішення трудових спорів (стосовно прогулу, оплати вимушеного прогулу) присвятили значну кількість наукових праць О. Барабаш, А. Сєргєєв, О. Тищенко, А. Сидоренко, В. Кравченко, О. Лук'янчиков, В. Слома, А. Мамедова. Чимало вітчизняних учених, а також дослідників із пострадянських країн глибоко вивчали питання вирішення трудових спорів і здійснювали аналіз юридичних конструкцій «прогул» і «вимушений прогул», утілюючи результати в наукових статтях, дисертаціях і монографіях. Проте слід зазначити, що недостатньо приділено увагу саме вивченню й аналізу поняття «вимушений прогул», зокрема, крізь призму співвідношення його з поняттям прогулу. Таким чином, ця проблема потребує більш глибокого вивчення, а аналіз зазначених юридичних конструкцій повною мірою дозволить дійти висновку стосовно правильності застосування законодавцем поняття «вимушений прогул».

Метою статті в широкому розумінні є здійснення кроків на шляху до реформування трудового законодавства в Україні. У вузькому розумінні метою статті є системний аналіз правової природи поняття «вимушений прогул» у контексті співвідношення його з поняттям «прогул», з'ясування правильності застосування юридичної конструкції «вимушений прогул», а також пошук більш доречного формулювання, яке можна застосувати в законодавстві.

Для досягнення вказаної мети поставлені такі завдання, що розкривають спрямованість дослідження: здійснити порівняння

© С. Константиновський, 2018

конструкцій «прогул» і «вимушений прогул», проаналізувавши їх подібні та відмінні риси; з'ясувати правову природу вимушеного прогулу. У ході дослідження необхідно дати відповідь на запитання, чи доречно використане поняття «вимушений прогул» законодавцем, а також знайти більш вдале формулювання для цього правового явища.

Виклад основного матеріалу. Уже досить тривалий час у Кодексі законів про працю України міститься таке поняття, як вимушений прогул. У пункті 4 статті 40 Кодексу, який визначає підстави розірвання трудового договору з ініціативи власника чи уповноваженого ним органу, ідеться про таку підставу, як прогул [2, ст. 40]. Якщо звернутися до елементарної логіки, то, зіставивши ці два поняття, робимо висновок про те, що юридичній конструкції «вимушений прогул» притаманні ті самі риси, що й звичайному прогулу, проте додається ознака вимушеності. Однак законодавець використовує ці поняття в зовсім різному розумінні, контексті та за різних обставин.

Для того, щоб здійснити глибоке розмежування цих понять, необхідно проаналізувати їх ознаки. Стосовно прогулу як підстави для звільнення ознаки досить чітко випливають із самого Кодексу законів про працю, Постанови Пленуму Верховного суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» № 9 від 06.11.1992 р. [3], а також із Типових правил внутрішнього трудового розпорядку для робочих і службовців підприємств, установ, організацій, затверджених Постановою Державного комітету СРСР із праці й соціальних питань № 213 від 20.07.1984 р. [5, п. 25]. Так, прогулом вважається відсутність на роботі без поважної причини протягом усього робочого дня. Проте чинним законодавством до прогулу також прирівнюється відсутність працівника на роботі більше трьох годин безперервно чи сумарно протягом робочого дня без поважних причин. Така відсутність не є прогулом, а існує як окрема підстава для розірвання трудового договору за пунктом 4 статті 40 Кодексу законів про працю.

В. Слома вдало зауважує, що під час вирішення питання про звільнення працівника за прогул важливим є визначення робочого часу для кожного з працівників: хто працює на умовах фіксованого робочого дня, хто має гнучкий графік роботи тощо. Дослідниця зазначає, що в час відсутності працівника не зараховується час відпочинку, протягом якого працівник був відсутній на роботі, оскільки останній не включається до робочого часу працівника [9]. Варто погодитись і з Г. Угрюмовою щодо того, що прогул не повинен бути «прив'язаний» до місця роботи. Місце роботи нерідко не визначене, наприклад, велика територія заводу чи іншого підприємства, структурні підрозділи якого розташовані в різних кінцях міста, у межах одного району, але в різних населених пунктах. Тому важко перевірити, чи знаходиться працівник на роботі, особливо в тих випадках, коли його робота пов'язана з відвідуванням цехів, відділів і т. п. Уявляється, що прогул повинен бути пов'язаний тільки з робочим місцем [14, с. 35].

Прив'язку саме до робочого місця зроблено в Трудовому кодексі Російської Федерації, де в статті 81 передбачено можливість звільнення за прогул, тобто відсутність на робочому місці без поважних причин протягом усього робочого дня (зміни) незалежно від його (її) тривалості, а також у разі відсутності на робочому місці без поважних причин більше чотирьох годин поспіль протягом робочого дня (зміни) [13].

Проаналізувавши наведені визначення, джерела та дослідження, можна виокремити такі ознаки юридичної категорії «прогул» у трудовому законодавстві України:

1) час прогулу – весь робочий день;

2) відсутність поважної причини прогулу;

3) відсутність працівника саме на робочому місці;

4) суб'єктом здійснення прогулу є саме працівник підприємства, установи, організації, тобто особа, пов'язана з роботодавцем трудовими правовідносинами.

Отже, прогулом є відсутність без поважної причини на робочому місці працівника підприємства, установи, організації протягом усього його робочого дня. Щодо відсутності на роботі більше трьох годин протягом робочого дня, то це не вважається прогулом, а є окремою підставою для розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця.

Керуючись логікою законодавця, виходить, що таке явище, як вимушений прогул, має такі самі ознаки, що й сам прогул, проте до нього додається ознака вимушеності. Словник української мови тлумачить слово «вимушений» як той, «який здійснюється чи здійснений проти бажання, потреби, під тиском обставин» [8]. Таким чином, під терміном «вимушений прогул» треба розуміти «прогул, учинений проти бажання працівника під тиском обставин». Проте, на нашу думку, таке визначення суперечить саме собі. Однією з головних ознак прогулу є відсутність поважної причини. А вимушеність, тобто тиск обставин, надає прогулу поважних причин. Для повноцінного аналізу юридичної конструкції «вимушений прогул» необхідно виокремити його ознаки.

Законодавство про працю не містить визначення ані вимушеного прогулу, ані оплати за час вимушеного прогулу, проте ці терміни неодноразово вживаються в Кодексі законів про працю України. Проте в Кодексі та в Постанові Пленуму Верховного суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» № 9 від 06.11.1992 р. містяться підстави виникнення вимушеного прогулу та його оплати. Так, вимушений прогул може мати місце в таких випадках:

1) незаконного звільнення [2, ст. 82];

2) незаконного переведення на іншу роботу [2, ст. 82];

3) затримки видачі трудової книжки з вини власника чи вповноваженого ним органу [2, ст. 235];

4) затримки виконання рішення про поновлення на роботі [2, ст. 236];

5) відмови в прийнятті на роботу [3, п. 6];

6) несвоєчасного укладення трудового договору [3, п. 6];

7) якщо неправильне формулювання причин звільнення в трудовій книжці перешкоджало працевлаштуванню працівника [2, ст. 235];

8) затримки розрахунку [3, п. 32];

9) незаконного виключення члена кооперативу чи підприємства [3, п. 35].

З аналізу перелічених підстав випливає, що вимушеності прогулу надають протиправні дії чи бездіяльність роботодавця (власника підприємства, установи, організації, кооперативу чи вповноваженого ним органу), унаслідок яких працівник позбавляється права виконувати трудові обов'язки й отримувати за це заробітну плату. Тобто працівник (незаконно звільнений працівник) не може вийти на роботу та реалізовувати належне йому право на працю й оплату праці [1, ст. 43] через винні дії (бездіяльність) роботодавця. Вважаємо, що таке перешкоджання працівнику в здійсненні його трудових прав і виконанні трудових функцій із боку роботодавця і є поважною причиною для відсутності на робочому місці.

Науковці визначають вимушений прогул як час, протягом якого працівник із вини власника чи вповноваженого ним органу був позбавлений змоги працювати [10] або виконувати трудові функції, обумовлені трудовим договором [6, с. 139].

О. Лук'янчиков співвідносить поняття «оплата вимушеного прогулу» та «відшкодування упущеної вигоди». Дослідник зазначає, що конструкція «оплата вимушеного прогулу» в певній мірі відповідає цивілістичній конструкції «відшкодування упущеної вигоди» («відшкодування неодержаного доходу»). На доказ цього він говорить, що в разі порушення права на працю (незаконного звільнення, незаконного переведення й ін.) працівник не отримує заробітну плату, яка за чинним законодавством визнається законним джерелом доходу для працівника [7, с. 325]. Вважаємо, що згадані конструкції не можна порівнювати, адже категорія «упущена вигода» не стосується предмета трудового права, а регулюється суто нормами права цивільного. І хоча внаслідок незаконного обмеження в здійсненні трудових функцій працівник дійсно позбавляється законного джерела доходу, це не є упущеною вигодою, оскільки упущена вигода має зовсім іншу правову природу й не випливає ані з трудових відносин, ані з відносин, пов'язаних із трудовими. У трудовому праві упущена вигода згадується лише під час покладення матеріальної відповідальності на посадових осіб за не одержаний підприємством, установою, організацією прибуток [2, ст. 130]. Окрім цього, категорія «упущена вигода» стосується лише майнового аспекту, а при вимушеному прогулі йдеться й про час невиконання трудових функцій.

О. Кучма вбачає у вимушеному прогулі незаконне обмеження трудових прав і пропонує словосполучення «час вимушеного прогулу» змінити на «час незаконного обмеження трудових прав». Також дослідник пропонує використовувати конструкцію «компенсація втрати заробітної плати», коли йдеться про оплату за «час незаконного обмеження трудових прав» [6, с. 140]. Погоджуємося з тим, що вимушений прогул є незаконним обмеженням трудових прав, проте поняття «час незаконного обмеження трудових прав» є ширшим за «час вимушеного прогулу», тому що незаконне обмеження трудових прав може відбуватись і в інших випадках. Також слід зазначити, що конструкція «компенсація втрати заробітної плати» вже має місце в чинному законодавстві, а саме в Законі України «Про оплату праці», і вживається вона у випадках, коли йдеться про затримку виплати заробітної плати [4, ст. 34]. Тому вважаємо, що вживання однакових конструкцій для позначення різних за своєю суттю явищ призведе до плутанини в трудовому законодавстві.

Із наведених підстав вимушеного прогулу, його визначення різними науковцями й ознак можна сформулювати визначення цього явища. Так, під вимушеним прогулом розуміється часовий проміжок, протягом якого особа не виходить на роботу та не виконує трудових функцій, позбавлена можливості реалізовувати своє право на працю й отримувати за це заробітну плату через незаконні дії чи бездіяльність власника підприємства,

установи, організації чи вповноваженого ним органу.

У такому разі протиправна поведінка роботодавця (незаконне звільнення, переведення, відмова в прийнятті на роботу тощо) є поважною причиною, через яку особа не має можливості здійснювати трудові функції. А оскільки прогул є відсутністю без поважної причини, то формулювання «вимушена внаслідок незаконних дій (бездіяльності) роботодавця відсутність без поважної причини» є по суті своїй алогічною. У такому разі юридична конструкція «вимушений прогул» є абсурдною, а тому не повинна міститись у законодавстві. Таким чином, необхідно винайти нове поняття, яке було б доречно закріпити в трудовому законодавстві для позначення цього явища.

Як уже зазначалося, пропозиції та зауваження вітчизняних дослідників справді заслуговують уваги, проте не розкривають повністю суті вимушеного прогулу та потребують удосконалення. Насамперед слід указати, що слово «прогул» узагалі не може бути використане для позначення обговорюваного явища. Стосовно вимушеності, то ця ознака додає поняттю наявності поважних причин. Як відомо, поважні причини відсутності на роботі можуть бути різні (стан здоров'я, стихійне лихо тощо). Тому акцент необхідно зробити саме на справжній причині такого невиходу особи на роботу, тобто на протиправних (незаконних) діях (бездіяльності) роботодавця, адже під час незаконного звільнення, переведення на роботу, іншої неправомірної поведінки роботодавця він перешкоджає здійсненню працівником його трудової діяльності.

Стосовно міжнародного досвіду з питання вимушеного прогулу слід указати, що країни англосаксонської правової сім'ї взагалі в трудовому законодавстві не містять поняття вимушеного прогулу у зв'язку з доволі лібералізованим законодавством, що стосується звільнення працівників. У законодавстві про працю країн колишнього СРСР, як і в українському, використовується конструкція «вимушений прогул», проте іноді трапляються й інші поняття. Зокрема, у Трудовому кодексі Республіки Казахстан поряд із юридичною конструкцією «вимушений прогул» зазначається також словосполучення «відсторонення від роботи» [11]. У Трудовому кодексі Республіки Молдова взагалі не використовується поняття «вимушений прогул», замість якого вживається конструкція «вимушена відсутність на роботі» [12]. Проте, на нашу думку, для вітчизняного законодавства про працю використання зазначених конструкцій неможливе з таких причин. Стаття 46 Кодексу законів про працю України встановлює, що відсторонення працівників від роботи власником або уповноваженим ним органом допускається в разі появи на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного або токсичного сп'яніння; відмови чи ухилення від обов'язкових медичних оглядів, навчання, інструктажу й перевірки знань з охорони праці та протипожежної охорони; в інших випадках, передбачених законодавством [2, ст. 46]. Таким чином, неможливість працівника здійснювати свої трудові функції з вини роботодавця не можна називати «відстороненням від роботи» через різну правову природу зазначених правових явищ.

Використання юридичної конструкції «вимушена відсутність на роботі» також може призвести до розбіжностей у трудовому законодавстві, оскільки працівник вимушено, тобто з поважних причин, може бути відсутній на робочому місці й з інших підстав, котрі не залежать ні від його власної волі, ні від поведінки роботодавця (хвороба, аварія, простій на транспорті тощо).

Таким чином, вважаємо, що для нового поняття, яке замінить юридичну конструкцію «вимушений прогул», важливе значення має саме врахування протиправних дій (бездіяльності) роботодавця, що перешкоджають працівнику здійснювати його трудові функції. На нашу думку, найбільш вдалим варіантом для позначення обговорюваного явища може бути конструкція «перешкоджання трудовій діяльності з вини роботодавця». Таке поняття охоплює й часовий аспект, адже перешкоджання трудовій діяльності з вини роботодавця має часовий вимір, а головною ознакою явища є протиправна поведінка роботодавця. У такому разі формулювання «виплата середнього заробітку за час вимушеного прогулу» слід замінити формулюванням «виплата середнього заробітку за час перешкоджання трудовій діяльності з вини роботодавця».

Висновки

Порівнявши поняття «прогул» і «вимушений прогул», можемо зробити висновок про те, що ці конструкції майже не мають спільних ознак, адже прогул – це насамперед відсутність на робочому місці саме без поважних причин, а вимушеність додає прогулу поважних причин відсутності на роботі, що робить конструкцію «вимушений прогул» за своєю суттю нелогічною.

Правова природа вимушеного прогулу свідчить про те, що він має місце лише в чітко визначених нормативними актами про працю випадках. Проте під час вимушеного прогулу головну роль відіграє саме винна

поведінка власника підприємства, установи, організації чи уповноваженого ним органу, тобто роботодавця, які надають відсутності особи на роботі поважності. У такому разі має місце перешкоджання працівнику в здійсненні ним трудових функцій.

Проаналізувавши світовий досвід стосовно позначення такого явища, як вимушений прогул, стверджуємо, що законодавство країн англо-американської правової системи не містить такого поняття взагалі, а країни колишнього СРСР використовують такі конструкції; і хоча вони й заслуговують на увагу, проте недоречно втілювати їх у чинне вітчизняне законодавство про працю. Урахувавши всі ознаки обговорюваного явища, серед яких є й винні дії роботодавця, можливість виміру часовими межами, поважність причин відсутності на роботі, а також його правову природу взагалі, нами запропоновано замінити юридичну конструкцію «вимушений прогул», сформулювавши її як «перешкоджання трудовій діяльності з вини роботодавця».

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28.06.1996 р. Відомості Верховної Ради. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08.

3. Постанова Пленуму Верховного суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» № 9 від 06.11.1992 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-92.

4. Закон України «Про оплату праці» від 24.03.1995 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/108/95-вр.

5. Постанова Державного комітету СРСР з праці і соціальних питань «Про затвердження типових правил внутрішнього трудового розпорядку для робочих і службовців підприємств, установ, організацій» від 20.07.1984 № 213. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0213400-84.

6. Кучма О. Час вимушеного прогулу в трудовому праві та загальнообов'язковому державному соціальному страхуванні. Електронне наукове видання «Порівняльно-аналітичне право». 2014. № 6.

7. Лук'янчиков О. Співвідношення юридичних конструкцій «оплата вимушеного прогулу» та «відшкодування упущеної вигоди». Актуальні проблеми трудового права і права соціального забезпечення: тези доп. та наук. повідомл. учасн. V Міжнар. наук.-практ. конф. (Харків, 27–28 трав. 2013 р.) / Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Я. Мудрого». Х.: Право, 2013. С. 324–325.

8. Словник української мови / за ред. І. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970–1980. URL: http://sum.in.ua.

9. Слома В. Прогул як підстава розірвання трудового договору. URL: http://www.spilnota.net.ua/ua/article/id-1004/.

10. Титикало Р. Актуальні консультації працівнику та роботодавцю в період громадських акцій непокори. URL: http://www.pravochin.com.ua/upload/file/prilozhenie.pdf.

11. Трудовой кодекс Республики Казахстан от 23.11.2015 г. № 414 V. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38910832#pos=1986;-54.

12. Трудовой кодекс Республики Молдова Nr. 154 от 28.03.2003 г. URL: http://lex.justice.md/ru/326757/.

13. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 г. № 197-ФЗ. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34683/.

14. Угрюмова Г. Расторжение трудового договора в случае совершения прогула (вопросы истории, правовой аспект). Підприємництво, господарство і право. 2006. № 6. С. 31–35.

Статья посвящена проблеме применения юридической конструкции «вынужденный прогул» в трудовом законодательстве. Проанализирована правовая природа явления, осуществлено его сопоставление с понятием «прогул». Выделены главные признаки вынужденного прогула и предложена новая конструкция для обозначения этого явления.

Ключевые слова: вынужденный прогул, прогул, препятствие трудовой деятельности, отсутствие на работе, трудовые споры, отстранение от работы.

The article is devoted to the problem of the use of the legal construction of "forced absenteeism" in labor legislation. The author analyzes the legal nature of this phenomenon, comparing it with the concept of "absenteeism". Determined the main characteristics of a forced absenteeism. The author suggests his own phrase to denote this phenomenon.

Key words: forced absenteeism, absenteeism, obstruction of work activity, absence from work, labor disputes, suspension from work.

УДК 349.2

Любов Красноруцька,
студентка міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

НЕТИПОВА ФОРМА ЗАЙНЯТОСТІ В СИСТЕМІ ТРАНСФОРМАЦІЇ РИНКУ ПРАЦІ УКРАЇНИ

У статті досліджено динамічний розвиток нетипових форм зайнятості в країні і їх вплив на ринок праці України. З одного боку, неврегульованість нестандартної зайнятості має негативні наслідки для ринку праці України, з іншого – нетипова зайнятість є своєрідним важелем для вирішення тих проблем зайнятості, які вже не здатна вирішити домінуюча сьогодні концепція її регулювання. Основним результатом дослідження є висновок щодо необхідності поглибленого наукового вивчення вказаних проблем, наслідком чого має стати інституційне та нормативно-правове забезпечення нетипових форм зайнятості. Такий підхід дозволить максимально використати позитивні аспекти нестандартної зайнятості (гнучкість, адаптивність до змін у технологіях і способах виробництва тощо).

Ключові слова: зайнятість, нетипова зайнятість, дистанційна праця, регулювання, нормативно-правове забезпечення.

Постановка проблеми. Сучасний етап розвитку України характеризується динамічним соціально-економічним прогресом, вступом до глобальної фінансової системи, що знаходить відображення і соціальних, трудових та інших процесах. Науково-технічний розвиток, досвід країн Заходу стимулює швидкий розвиток різноманітних форм зайнятості. Зокрема, це стосується нетипової форми зайнятості, яка останнім часом набуває все більшого розповсюдження, але не має достатньо чіткого визначення в чинних нормативних актах, що й зумовлює проблематику обраної теми.

Необхідність вивчення зазначеної проблеми підтверджена багатьма науковими працями та публікаціями. Зокрема, значний внесок у вивчення нетипової зайнятості як об'єктивної відповіді на сучасні світові тенденції у сфері соціально-трудових відносин зробили такі вітчизняні й зарубіжні науковці, як А. Колот, А. Каленберг, М. Луданик, І. Моторна, А. Піскунов, А. Решетнікова й ін. Однак, не применшуючи значення наукових праць цих науковців, слід відзначити, що значна кількість проблем, що стосується нетипових форм зайнятості, залишається не вирішеною й потребує ґрунтовного наукового дослідження.

Метою статті є визначення нетипових форм зайнятості на ринку праці України та проблеми їх правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Під типовою зайнятістю розуміють організаційно оформлену у формі безстрокового трудового договору зайнятість за наймом у режимі нормальної тривалості робочого дня на підприємстві чи в організації, під безпосереднім керівництвом роботодавця чи уповноважених ним осіб.

У науці не вироблено єдиного підходу до розуміння нетипової зайнятості. Але деякі науковці зазначають, що це трудова діяльність працівників певної класифікаційної групи, що передбачена чи не заборонена чинним законодавством України, однак за особливістю організації режиму робочого часу, робочого місця й умов праці не відповідає стандартним правилам і потребує спеціального механізму правового регулювання й організаційно-економічного забезпечення. Серед нетипових форм зайнятості виділяють запозичену працю, роботу за викликом, неповний робочий день, самозайнятість, стислий робочий тиждень тощо. Однак ними зміст категорії нестандартної зайнятості не вичерпується. Сьогодні на ринку праці виникли нові форми нестандартної праці, не регламентовані чинним трудовим законодавством, серед яких варто відзначити дистанційну зайнятість. Слід зазначити, що таке явище в Україні знаходиться на стадії зародження, хоча в багатьох країнах світу набуло поширення й становить конкуренцію типовим формам зайнятості [1].

Використання й поширення інформаційних технологій у сучасному світі дедалі зростає. У результаті цих процесів багато працівників працюють віддалено (дистанційно), за межами офісів і приміщень роботодавця, використовуючи у своїй роботі сучасні технічні засоби, комп'ютерні мережі й телекомунікаційні пристрої. В європейських документах до працівників, що

© Л. Красноруцька, 2018

виконують роботу в такий спосіб, застосовується термін «дистанційні працівники», а сама робота як процес має назву «дистанційна робота» й позначається в оригінальних текстах як «telework» або «telecommuting»; ця назва була запроваджена в 1973 р. американським професором Джеком Ніллсом. 16 липня 2002 р. Європейський Союз прийняв рамкову угоду, присвячену врегулюванню дистанційної роботи (The Framework Agreement on Telework) [2].

Визначення дистанційної діяльності розуміється в науковому середовищі неоднозначно. Так, Г. Салахеєва трактує дистанційну роботу як новий вид зайнятості, формами вияву якого є низькокваліфікована робота вдома, кваліфікована робота вдома й мобільна дистанційна робота. Автор указує на основні переваги над звичайною зайнятістю: економія часу й грошей на проїзд до місця роботи, гнучкий графік роботи, можливість залучення до роботи людей з обмеженими фізичними можливостями, зниження безробіття [3, с. 5]. І. Моторна розуміє дистанційну зайнятість як взаємодію працівника й роботодавця на ринку праці, що передбачає гнучкі соціально-трудові відносини безпосередньо у віртуальному середовищі з використанням інформаційних і комунікаційних технологій [4, с. 6].

Є значна різноманітність видів дистанційної роботи. Нам імпонує класифікація О. Гулевич, що враховує такі аспекти, як використання телекомунікаційних технологій і тип робочого місця [5, с. 226]. За її класифікацією є такі види дистанційної роботи.

1. **Дистанційна зайнятість, що розподілена на роботу вдома й роботу в офісі:** робота, яку виконує переважно висококваліфікований персонал, що має довіру роботодавця. На роботу вдома відведена більша частина часу (бухгалтер, дизайнер тощо).

2. **Надомна робота:** сукупність одноманітних операцій, які не потребують високої кваліфікації їх виконавця. Переважно таку роботу виконують жінки, особи з інвалідністю, оплата проводиться за кінцевим результатом (склеювання конвертів, збирання виробів із дрібних запчастин, пошиття одягу).

3. **Позаштатна дистанційна робота:** надомна робота, яку здійснюють позаштатні працівники на підставі договору з роботодавцем (журналіст, письменник, перекладач).

4. **Мобільна дистанційна робота:** робота, яка передбачає застосування нових видів технологій. Працівники контактують з клієнтами за допомогою комп'ютерної техніки та надають їм потрібні послуги (торгові представники, оператори гарячих ліній).

5. **Робота на спеціальних робочих місцях:** роботодавцем створюються спеціальні приміщення, забезпечені телекомунікаційним зв'язком. Передбачається робота в колективі (програміст, дизайнер, маркетолог тощо).

За умови динамічного розвитку глобальних і локальних корпоративних комп'ютерних мереж зникає необхідність у зосередженні в одному місці єдиного процесу праці. Як антитеза традиційним організаційним формам виникають навіть цілком віртуальні підприємства – групи людей, що можуть спільно зайнятися загальною справою завдяки новим мережевим технологіям, незалежно від фізичного місцезнаходження, узгоджено один з одним або асинхронно. У цьому сенсі дистанційна робота виступає як породження нових виробничих відносин в інформаційному суспільстві [6, с. 81].

На 100-ій щорічній сесії Міжнародної конференції праці відбулося створення законодавчої бази щодо дистанційних працівників. Була прийнята Конвенція МОП № 189 про фрілансерів, а також відповідні Рекомендації № 201. Ідеться, зокрема, про однакову з іншими працівниками тривалість робочого часу, про щотижневий безперервний відпочинок не менше 24 годин, про ліміт оплати праці в натуральній формі, про чітке інформування працівника про умови трудового договору, а також про дотримання основоположних принципів і прав у сфері праці, включаючи свободу об'єднання та право на колективні переговори, зокрема особистих немайнових трудових прав [7].

Український ринок зайнятості поступово переймає зарубіжний досвід у різних аспектах, запроваджується дистанційна зайнятість на офіційному рівні. На нашу думку, для її розвитку потрібно сформувати умови правового забезпечення й регулювання відносин дистанційної роботи, запровадити державні програми розвитку та стимулювати в роботодавців і працівників довіру до нового виду праці.

На жаль, законодавство України не оперує поняттям «дистанційна робота», а єдиним актом, що регулює подібні відносини, можна вважати «Положення про умови праці надомників», затверджене Постановою Держкомпраці СРСР від 29 вересня 1981 р. № 275/ 17-99. Відповідно до п. 1 Положення надомниками вважаються особи, які уклали трудовий договір із підприєм-

ством про виконання роботи вдома особисто з матеріалів і з використанням знарядь і засобів праці, придбаних за рахунок коштів роботодавця. Останній може дозволяти надомникам виготовлення виробів із власних матеріалів і з використанням особистих механізмів та інструментів [8]. Крім того, відповідно до ч. 7 ст. 179 КЗпП робота на дому можлива, коли співробітники перебувають у відпустці по догляду за дитиною [9].

Аналіз світової та вітчизняної практики функціонування схем нетрадиційної зайнятості дає підставу стверджувати, що в умовах їх використання кризові процеси всередині системи правового регулювання трудових відносин, а також недоліки ринку праці увиразнюються ще більше. Тому актуальність удосконалення механізмів регулювання відповідного сектора зайнятості та створення відповідної нормативної бази підтверджується низкою об'єктивних чинників, які зумовлені реаліями сучасної системи соціально-трудових відносин.

На наше переконання, забезпечення вдосконалення системи регулювання нетипової зайнятості на ринку праці України має відбуватися на національному рівні.

У нормативно-правовому вимірі передбачається таке:

– прийняття Закону України, який передбачає захист трудових прав працівників, які виводяться за межі підприємств або наймаються з метою використання їхніх послуг третьою стороною;

– включення до чинних нормативно-правових актів (до проекту нового Кодексу законів про працю) більш жорстких гарантій умов зайнятості й оплати праці, які регулюватимуть особливості соціально-трудових відносин у системі нетипової зайнятості;

– ратифікація відповідних Конвенцій МОП щодо захисту трудових прав працівників, які задіяні за нетрадиційними формами зайнятості;

– створення спеціалізованих фондів із метою захисту найманих працівників від матеріальних утрат (заробітної плати, премій, додаткового соціального забезпечення й ін.);

– унормування статусу й прав працівників, задіяних за нетрадиційними формами зайнятості;

– активізація досліджень щодо наукового обґрунтування функціональних та інституціональних засад наявності нетипових форм зайнятості.

Аналіз нестандартної зайнятості в Україні та світі доводить необхідність її правового регулювання з метою визначення прав і обов'язків її суб'єктів, а також відповідальності останніх у разі наявності підстав для цього.

Висновки

Отже, законодавче визнання окремих видів нестандартної зайнятості – це перший крок у вдосконаленні законодавства про працю. У цьому напрямі державі необхідно здійснити низку заходів для заповнення прогалини правового регулювання нетипової трудової діяльності, тим більше, що дослідження цих процесів в Україні засвідчили їх актуальність і масовість. Зволікання з вирішенням цієї проблеми може посилити напругу в соціально-трудовій сфері та негативно позначитися на ринку праці.

Список використаних джерел:

1. Вапнярчук Н. Дистанційна зайнятість: проблеми правового регулювання // Право та інновації. 2016. № 13. с. 101.

2. Framework agreement on telework. URL: https://www.etuc.org/framework-agreement-telework (дата звернення: 13.10.2018).

3. Салахеева Г. Социально-экономические факторы занятости в России: автореф. дис. ... канд. экон. наук. Казань: Казанский гос. ун-т, 2007. С. 11–18.

4. Моторна І. Дистанційна зайнятість в умовах глобалізації економіки та соціально-економічні вигоди від її використання. Україна: аспекти праці. 2008. № 3. С. 6–12.

5. Гулевич О. Трансформація зайнятості у сфері послуг під впливом розвитку інформаційних технологій. Україна: аспекти праці. 2010. № 2. С. 10–15.

6. Макарова М. Дистанційна зайнятість в умовах розвитку мережевої економіки. Економіка та держава. 2006. № 1. С. 80–87.

7. Середа О. Деякі аспекти впровадження регулювання дистанційної роботи в сучасному законодавстві. Актуальні проблеми юридичної науки на шляху сучасної розбудови держави і суспільства: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Суми, 5–7 червня 2014 р). Суми: СумДУ, 2014. С. 245–248.

8. Про затвердження Положення про умови праці надомників. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0275400-81 (дата звернення: 14.10.2018).

9. Кодекс законів про працю України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/main/322-08 (дата звернення: 14.10.2018).

В статье исследовано динамичное развитие нетипичных форм занятости в стране и их влияние на рынок труда Украины. С одной стороны, неурегулированность нестандартной занятости имеет негативные последствия для рынка труда Украины, с другой – нетипичная занятость является своеобразным рычагом для решения тех проблем занятости, которые уже не способна решить доминирующая сегодня концепция ее регулирования. Основным результатом нашего исследования является вывод о необходимости углубленного научного изучения указанных проблем, следствием чего должно стать институциональное и нормативно-правовое обеспечение нетипичных форм занятости. Такой подход позволит максимально использовать положительные аспекты нестандартной занятости (гибкость, адаптивность к изменениям в технологиях и способах производства и тому подобное).

Ключевые слова: занятость, нетипичная занятость, дистанционный труд, регулирование, нормативно-правовое обеспечение.

The article investigates the dynamic development of atypical forms of employment in the country and their impact on the labor market of Ukraine. On the one hand, the unsettled nature of non-standard employment has negative consequences for the Ukrainian labor market; on the other hand, atypical employment is a kind of leverage to address those employment problems that are no longer able to solve the concept of regulation that prevails today. The main result of our study is the conclusion on the need for in-depth scientific study of these problems, as a result of which the institutional and normative-legal support of non-typical forms of employment should become. This approach will maximize the use of positive aspects of non-standard employment, such as flexibility, adaptability to changes in technology and production methods, etc.

Key words: employment, atypical employment, distance work, regulation, legal and regulatory framework.

УДК 349.2

Ірина Лагутіна,
докт. юрид. наук, доцент, професор,
завідувач кафедри трудового права і права соціального забезпечення
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРИПИНЕННЯ ВИКОНАННЯ РОБОТИ ПРАЦІВНИКОМ У РАЗІ ЗАТРИМКИ ВИПЛАТИ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ ЯК НЕЮРИСДИКЦІЙНА ФОРМА ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ ПРАЦІВНИКІВ

У статті дається характеристика способів самозахисту працівником своїх трудових прав. Зазначається, що права й обов'язки працівника та роботодавця під час здійснення самозахисту трудових прав мають кореспондуючий характер. Працівник має право використовувати не заборонені законом способи самозахисту. Цьому праву кореспондує обов'язок роботодавця не перешкоджати працівнику в здійсненні самозахисту трудових прав. Під час використання самозахисту першочергову оцінку правомірності дій працівника дає власник або уповноважений ним орган. Підкреслюється необхідність ратифікації III частини Конвенції МОП № 173 «Про захист вимог працівників у випадку неплатоспроможності роботодавця».

Ключові слова: захист прав, форми захисту трудових прав працівників, органи нагляду й контролю за додержанням законодавства про працю, самозахист працівниками своїх трудових прав.

Постановка проблеми. 29 жовтня 2018 р. на сайті Міністерства соціальної політики було оприлюднено проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту прав працівників на своєчасну та в повному обсязі виплату заробітної плати у випадку неплатоспроможності роботодавця» [1], який було розроблено Директоратом норм і стандартів гідної праці Міністерства соціальної політики.

За даними Державної служби статистики України, станом на 1 листопада 2018 р. заборгованість із виплати заробітної плати становить 2 мільярди 884 мільйони гривень [2].

Із метою привернення громадської уваги до фактів несвоєчасної виплати заробітної плати та вжиття заходів із погашення заборгованості на офіційному сайті Державної служби України з питань праці щотижня оновлюється Реєстр підприємств, установ, організацій, які мають перед працівниками, у тому числі й звільненими, заборгованість із заробітної плати.

Зазначеним законопроектом передбачається запровадити посилення захисту прав працівників у разі порушення строків виплати заробітної плати шляхом зобов'язання роботодавця сплатити працівнику пеню в розмірі облікової ставки Нацбанку України за кожний день затримки понад 15 днів; шляхом надання права працівнику тимчасово припинити виконання роботи в разі затримки виплати заробітної плати, належної працівникові, на термін більше 15 днів; шляхом виплати працівнику компенсації в розмірі трьох середньомісячних заробітних плат (за останні 12 місяців) у разі порушення справи про банкрутство роботодавця чи припинення трудового договору в разі звільнення працівника до порушення зазначеної справи.

Отже, пропонується запровадити один із найважливіших способів самозахисту працівником своїх трудових прав.

Теоретичні основи концепції самозахисту працівниками трудових прав отримали розвиток у працях таких відомих учених, як В.М. Андріїв, Б.К. Бегічев, Н.Б. Болотіна, В.Я. Бурак, В.С. Венедіктов, С.В. Вишновецька, В.М. Гессен, Л.Я. Гінцбург, С.Ю. Головіна, В.В. Жернаков, І.Я. Кисельов, Т.А. Коляда, Р.З. Лівшиць, П. Майєр, Т.І. Маркіна, П.Д. Пилипенко, С.М. Прилипко, О.І. Процевський, Є.Б. Хохлов, Н.М. Хуторян, Г.І. Чанишева, О.М. Ярошенко й ін.

Метою статті є дослідження неюрисдикційної форми захисту трудових прав та інтересів працівників – самозахисту працівниками своїх трудових прав, характеристика його способів.

Виклад основного матеріалу. Самозахист – це правове явище, притаманне різним галузям як публічного, так і приватного права.

© І. Лагутіна, 2018

Найбільш широко самозахист застосовується в цивільному праві (утримання речі, дострокове розірвання договору й ін.) і в кримінальному праві (необхідна оборона). Інститут самозахисту став предметом серйозних наукових досліджень, передусім представниками науки цивільного права. Цей інститут передбачений законодавством інших країн.

Дослідження інституту самозахисту трудових прав доцільно здійснювати в напрямі пошуку відповідей на такі запитання: самозахист трудових прав є формою чи способом захисту; визначення поняття самозахисту трудових прав; визначення галузевих ознак самозахисту трудових прав і його відмінностей від інших форм захисту.

Самозахист повинен бути визнаний формою захисту суб'єктивних прав та інтересів. Ураховуючи те, що захист порушених прав самостійно вповноваженою особою, яка, захищаючи належне їй право, установлює фактичні обставини, застосовує норми матеріального права, визначає спосіб захисту від посягань і приймає конкретне рішення, яке сама й утілює, цілком логічно уявити самозахист як форму захисту суб'єктивних прав.

Самозахист є специфічним, правомірність його меж суворо не окреслена, він оперативний у здійсненні (як у застосуванні, так і у відмові від подальшого застосування), має спрощений механізм захисту, у нього відсутня обов'язкова процедура (за винятком випадків, передбачених у законі), що потребує його виділення із загальної низки форм захисту.

Специфіка самозахисту як форми захисту трудових прав виявляється також у тому, що в самозахисті відсутня стадія виконання, яка притаманна більшості випадків захисту трудових прав.

Таким чином, самозахист трудових прав – це форма їх захисту, що допускається тоді, коли працівник має можливість правомірно вплинути на роботодавця, не звертаючись за допомогою до судових чи інших компетентних органів. Самозахист трудових прав слід вважати неюрисдикційною формою їх захисту.

Неюрисдикційна форма захисту, на відміну від юрисдикційної форми, яка є діяльністю вповноважених державою органів із захисту порушених прав чи оспорюваних суб'єктивних прав, охоплює собою дії працівників із захисту трудових прав і законних інтересів, які здійснюються ними самостійно, не звертаючись за допомогою до державних та інших компетентних органів (органів із розгляду індивідуальних трудових спорів, органів із нагляду й контролю за додержанням законодавства про працю).

Характерними галузевими ознаками самозахисту трудових прав є такі: 1) самозахист здійснюється, коли порушення суб'єктивних трудових прав уже відбулося чи продовжується; 2) самозахист здійснюється силами самої вповноваженої особи (потерпілого – суб'єкта, права якого порушені (працівника)); 3) участь у здійсненні самозахисту трудових прав беруть виключно сторони трудового договору; 4) самозахист здійснюється у формі дії (бездіяльності); 5) стороні трудового договору повідомляється про дійсне чи можливе порушення трудових прав, яке нею було допущено; 6) можливість захищати свої трудові права та свободи не забороненими законом способами самозахисту; 7) метою застосування способів самозахисту є забезпечення недоторканності права, припинення порушення та ліквідація його наслідків; 8) можливість подальшого оскарження дій особи, яка самостійно захищає своє трудове право.

Слід відмітити, що можливість реалізації права на самозахист не обмежена тільки часом до подачі позову до суду чи скарги до інших компетентних органів. Застосування способів самозахисту трудових прав можливе, коли не виконується судове рішення. Узагалі право на захист особа здійснює на свій розсуд, але неприпустимим є самозахист прав після завершення порушення, тому що такі дії будуть виходити за межі, які допускаються законом, і будуть вважатися самоуправством уже з боку особи, яка реалізує право на самозахист. Якщо реалізація права на самозахист являє собою правомірне протистояння посяганню, то самоуправство – це егоїстичне ігнорування законних шляхів захисту прав та інтересів громадян, тобто воно означає самовільне, із порушенням установленого законом порядку, здійснення свого дійсного чи можливого права. Необхідно пам'ятати, що свобода однієї особи закінчується тоді, коли починається свобода іншої, тобто будь-яке право має здійснюватися без порушення прав інших осіб, воно не може мати безмежне застосування. Тому воно потребує окреслення певних правових меж.

Вибір способу самозахисту залежить від характеру правопорушення. Як правило, законодавством установлюється конкретний спосіб самозахисту без звернення за допомогою до державних чи інших компетентних органів на випадок скоєння певного правопорушення. Водночас неможливо врахувати та передбачити в законодавстві порушення прав, які можуть бути скоєні, і всі способи самозахисту. Тому найчастіше законодавець надає вповноваженій особі можливість самостійно обирати спосіб самозахисту, встанов-

люючи при цьому вимоги, яких вона повинна дотримуватися. Таким чином, перелік способів самозахисту не може бути обмеженим, як неможливо передбачити законом усі можливі способи самозахисту. Отже, правильно, на нашу думку, говорити про застосування способів захисту, не заборонених законом, ніж способів, передбачених законом.

Права й обов'язки працівника та роботодавця під час здійснення самозахисту трудових прав мають кореспондуючий характер. Як уже відзначалося, працівник має право використовувати не заборонені законом способи самозахисту. Цьому праву кореспондує обов'язок роботодавця не перешкоджати працівникові в здійсненні ним самозахисту трудових прав. Роботодавець не може притягнути до дисциплінарної, матеріальної відповідальності працівника, який здійснює своє право на самозахист (так, звільнення в цей період незаконне, тому що працівник відсутній на роботі з поважних причин, інакше в роботодавця виникає обов'язок із поновлення працівника на попередній роботі, оплати часу вимушеного прогулу). Переслідування працівника за використання ним передбачених законодавством способів самозахисту може ще виражатися, наприклад, у переведенні на низькооплачувану роботу чи іншу роботу без згоди працівника, у позбавленні премії й інших пільг, передбачених законодавством і локальними правовими актами. Це переслідування є порушенням трудового законодавства, за скоєння якого роботодавець може бути притягнутий до адміністративної відповідальності.

Під час використання самозахисту першочергову оцінку правомірності дій працівника дає роботодавець. Однак роботодавець не вповноважений давати цим діям правову оцінку, він може оскаржити дії працівника в судовому порядку. Під час розгляду позовної заяви роботодавця суд перевіряє законність обраного працівником способу самозахисту. Суд може визнати такий спосіб протиправним, наприклад, якщо працівник учинив за місцем роботи розкрадання майна роботодавця, установлене вироком суду, що набрав законної сили, чи постановою органу, до компетенції якого входить накладення адміністративного стягнення, із метою відшкодування заподіяної роботодавцем шкоди. Отже, спосіб самозахисту працівником своїх прав може бути визнаний незаконним, якщо він заборонений законодавством шляхом установлення кримінальної, адміністративної чи дисциплінарної відповідальності.

Застосований працівником спосіб самозахисту може бути визнаний у судовому порядку необґрунтованим за заявою роботодавця. Зокрема, невихід працівника на роботу у зв'язку з невиплатою заробітної плати, який спричинив заподіяння шкоди, що перевищує суму заборгованості перед працівником, може бути визнаний відповідним способом порівняно з порушенням, яке вчинив роботодавець, або самостійне використання працівником відпустки, тривалість якої перевищила належну йому відпустку відповідно до законодавства.

Дії із самозахисту трудових прав повинні починатися після повідомлення стороною трудового договору про намір їх здійснити для усунення дійсного чи можливого порушення трудових прав.

Тривалість призупинення виконання трудових обов'язків у порядку самозахисту не обмежується й визначається часом, необхідним для поновлення порушених прав працівника. Одразу ж після виплати заробітної плати, видання наказу про поновлення на попередній роботі, видачі засобів індивідуального й колективного захисту й т. ін. працівник зобов'язаний приступити до роботи.

Роботодавець має право вимагати припинення самозахисту трудових прав працівником після набуття законної сили рішенням компетентного органу про визнання його дій незаконними і (чи) необґрунтованими. Однак у цьому разі працівник не позбавлений права використати інші способи самозахисту порушеного права.

Під час здійснення працівником самозахисту своїх трудових прав роботодавець зобов'язаний забезпечити збереження всіх передбачених нормативно-правовими актами прав працівників (місця роботи, середньої заробітної плати й т. д.).

Припинення роботи з метою захисту трудових прав не припиняє трудові правовідносини й не обмежує права працівника.

Згідно із Законом України від 19 жовтня 2000 р. «Про компенсацію громадянам втрати частини доходів у зв'язку з порушенням строків їх виплати» у випадках порушень установлених строків виплати заробітної плати працівнику надається право на компенсацію. Компенсація проводиться в разі затримки на один і більше календарних місяців, її сума обчислюється лише шляхом множення суми нарахованого, але не виплаченого громадянинові доходу за відповідний місяць (після утримання податків і обов'язкових платежів) на індекс інфляції в період невиплати доходу. Але такий механізм захисту прав працівників під час затримки виплати заробітної плати не є ефективним.

Відповідно до ст. 265 Кодексу законів про працю України юридичні та фізичні особи – підприємці, які використовують найману

працю, несуть відповідальність у вигляді штрафу в разі порушення встановлених строків виплати заробітної плати працівникам, інших виплат, передбачених законодавством про працю, більш як за один місяць, за виплату їх не в повному обсязі – у трикратному розмірі мінімальної заробітної плати, установленої законом на момент виявлення порушення.

На підставі акта інспекційного відвідування, у ході якого виявлене порушення законодавства про працю посадовими особами відповідного Управління Державної служби України з питань праці, до фізичної особи – підприємця чи юридичної особи можуть застосовуватися фінансові санкції за порушення термінів виплати заробітної плати працівникам, інших виплат більш ніж за один місяць або виплату їх не в повному обсязі (11 169 грн).

Підставами для проведення інспекційних відвідувань є звернення працівника про порушення його трудових прав або особи, яка працювала (працює) без оформлення трудових відносин; рішення суду, повідомлення правоохоронних органів; повідомлення державних органів (Державної служби статистики України, Державної фіскальної служби України, Пенсійного фонду України, контролюючих органів) і професійних спілок.

Окрім того, відповідно до статті 265 Кодексу законів про працю України за порушення строків виплати заробітної плати посадовими особами Держпраці винесено 955 постанов про накладення фінансових санкцій у сумі 10,5 млн гривень (станом на початок серпня 2018 р.) [3].

Висновки

Прийняття Закону відповідатиме частині III Конвенції Міжнародної організації праці № 173 «Про захист вимог працівників у випадку неплатоспроможності роботодавця». Ще у 2005 р. Україна ратифікувала II частину цієї Конвенції Міжнародної організації праці [4], яка встановлює привілеї для працівника і де в ст. 5 зазначено, що в разі неплатоспроможності роботодавця вимоги працівників, які випливають із трудових відносин, захищаються за допомогою привілею так, що їх задовольняють за рахунок активів неплатоспроможного роботодавця до того, як непривілейованим кредиторам може бути виплачена їхня частка. Ратифікувавши частину II Конвенції МОП № 173, держава гарантувала працівникам захист за допомогою привілею.

Слід ураховувати, що найбільш незахищеними залишаються працівники збанкрутілих і ліквідованих підприємств, незважаючи на те, що законодавством передбачений захист прав працівників підприємств-банкрутів. Проте практичний досвід використання цього інструмента в Україні засвідчив його недосконаліть у разі недостатності ліквідаційного майна банкрута, більша частина зазначених боргів визнається погашеною без фактичної їх виплати працівникам відповідно до ч. 5 ст. 45 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [5] .

Таким чином, самозахист трудових прав є неюрисдикційною формою захисту трудових прав, що допускається тоді, коли потерпілий має можливості правомірного впливу на порушника, не звертаючись за допомогою до компетентних органів. Працівник має право використовувати не заборонені законом способи самозахисту. Цьому праву кореспондує обов'язок роботодавця не перешкоджати в здійсненні працівниками самозахисту трудових прав.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту прав працівників на своєчасну та в повному обсязі виплату заробітної плати у випадку неплатоспроможності роботодавця. URL: https://www.msp.gov.ua/projects/363/.

2. Стан виплати заробітної плати на 1 листопада 2018 р. Сайт Державної служби статистики України. URL: http://www.ukrstat.gov.ua.

3. За результатами контрольних заходів Держпраці підприємства-боржники погасили понад 438 мільйонів гривень заборгованості із виплати заробітної плати. Сайт Державної служби України з питань праці. URL: http://dsp.gov.ua/za-rezultatamy-kontrolnykh-zakhodiv-derzhpratsi-pidpryiemstva-borzhnyky-pohasyly-ponad-438-milioniv-hryven-zaborhovanosti-iz-vyplaty-zarobitnoi-platy/.

4. Про ратифікацію Конвенції Міжнародної організації праці № 173 1992 р. про захист вимог працівників у випадку неплатоспроможності роботодавця: Закон України від 19 жовтня 2005 р. № 2996-IV. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 2 / 2–3. Ст. 39.

5. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту прав працівників на своєчасну та в повному обсязі виплату заробітної плати у випадку неплатоспроможності роботодавця». Сайт Міністерства соціальної політики. URL: https://www.msp.gov.ua/projects/363/.

В статье дается характеристика способов самозащиты работником своих трудовых прав. Отмечается, что права и обязанности работника и работодателя при осуществлении самозащиты трудовых прав имеют корреспондирующий характер. Работник имеет право использовать не запрещенные законом способы самозащиты. Этому праву корреспондирует обязанность работодателя не препятствовать в осуществлении работниками самозащиты трудовых прав. При использовании самозащиты первоочередную оценку правомерности действий работника дает владелец или уполномоченный им орган. Подчеркивается необходимость ратификации III части Конвенции МОТ № 173 «О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности работодателя».

Ключевые слова: защита прав, формы защиты трудовых прав работников, органы надзора и контроля за соблюдением законодательства о труде, самозащита работниками своих трудовых прав.

The article describes the ways of self-defense by the employee of his labour rights. It is noted that the rights and obligations of an employee and employer in the implementation of self-defense of labour rights has an affirmative character. An employee has the right to use non-prohibited methods of self-defense. This right corresponds to the employer's duty not to interfere with the implementation of their self-defense labour rights. When using self-defense, the owner or the body authorized by him gives priority to the assessment of the legality of an employee's actions. Emphasizes the need to ratify Part III of the ILO Convention No. 173 «On Protection of Employee Claims in the Case of Employer Insolvency».

Key words: protection of rights, forms of protection of labour rights of employees, supervisory bodies and control over observance of labour legislation, self-defense by employees of their labour rights.

УДК 347.922:349.3

Сергій Сільченко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри трудового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ ТРУДОВИХ СПОРІВ З УРАХУВАННЯМ ЗМІНЕНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМ

У статті проаналізовано порядок вирішення трудових спорів відповідно до нової редакції Цивільного процесуального кодексу України. Наголошено на необхідності узгодження положень КЗпП України та ЦПК України для забезпечення ефективного розгляду окремих категорій трудових спорів.

Ключові слова: трудовий спір, працівник, позивач, роботодавець, відповідач, суд.

Постановка проблеми. Законом України від 3 жовтня 2017 р. «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» [1] було кардинально змінено процесуальні кодекси. Ці новели є частиною великої реформи судової системи, спрямованої на вдосконалення правосуддя в Україні.

Як відомо, левова частка трудових спорів підвідомча загальним судам і розглядається в порядку, передбаченому ЦПК України. Тому новації цивільного процесу зачіпають інтереси багатьох працівників і роботодавців, які звертаються за захистом своїх інтересів до суду.

Теоретичні дослідження правових відносин, що виникають під час вирішення трудових спорів, здійснювали такі науковці, як В.Я. Буряк, В.С. Венедиктов, С.І. Запара, М.І. Іншин, В.В. Лазор, О.Т. Панасюк, А.М. Слюсар та ін. Проте ці й інші дослідження здійснювалися на основі норм трудового й цивільного процесуального права, які були чинні до суттєвої зміни процесуальної форми вирішення трудових спорів.

Метою статті є з'ясування особливостей нового порядку вирішення трудових спорів, його переваг і недоліків, окреслення факторів, що визначатимуть подальший розвиток механізму захисту трудових прав працівників в Україні.

Виклад основного матеріалу. Трудові спори є неодмінними супутниками індивідуальних і колективних трудових відносин. Як справедливо наголошує О.Т. Панасюк, не буде помилкою вважати трудовий спір об'єктивним явищем. Зміст спеціального законодавства відображає сприйняття об'єктивної неминучості трудового спору [2, с. 8].

Традиційно трудовими спорами називають не врегульовані шляхом безпосередніх переговорів між працівниками (їх представниками) і роботодавцем (уповноваженим ним органом) розбіжності з приводу застосування норм трудового законодавства або встановлення чи зміни умов праці, що вирішуються в порядку, визначеному законом. Утім, суперечки стосовно цієї наукової дефініції тривають і донині [3; 4, с. 17; 5, с. 7–15; 6, с. 239–240], особливо у зв'язку з розробленням нового Трудового кодексу.

Наявна модель розв'язання індивідуальних трудових спорів, що спирається на положення Конституції України, дозволяє працівнику безпосередньо звертатися до суду, оминаючи досудову стадію врегулювання спору. Слід погодитися з тими, хто вважає таку модель ефективною, адже судові органи наділені значними повноваженнями, що дозволяє прийняти справедливе й обґрунтоване рішення у справі [7, с. 32–33]. Суд, беручи до уваги позицію кожної зі сторін та їхні наміри, виносить рішення на свій розсуд, певною мірою ігноруючи позицію сторін щодо предмета спору. Підтримка волі однієї сторони спору й утиск волі іншої сторони виявляє справедливість, засновану на законі та забезпечену його силою [2, с. 36].

У місцевих загальних судах розглядається дві групи трудових спорів. По-перше, це спори за заявами працівника чи роботодавця, коли вони не згодні з рішенням комісії по трудових спорах (далі – КТС) підприємства, установи, організації (підрозділу). Такі суперечки мали пройти чи пройшли стадію попереднього розгляду в КТС, тобто підвідомчі цьому органу. По-друге, спори, які без-

© С. Сільченко, 2018

посередньо розглядаються в місцевих судах. Їх перелік наведено у ст. 232 КЗпП.

Як випливає з ч. 1 ст. 19 ЦПК, суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи, що виникають із трудових правовідносин, крім справ, розгляд яких здійснюється в порядку іншого судочинства. Зараз трудові спори можуть розглядатися лише в порядку наказного чи спрощеного позовного провадження.

Наказне провадження призначене для розгляду справ за заявами про стягнення грошових сум незначного розміру, щодо яких відсутній спір або про його наявність заявнику невідомо. Спрощене позовне провадження призначене для розгляду справ, для яких пріоритетним є швидке їх вирішення.

Вирішення трудових спорів у наказному провадженні з урахуванням положень підп. 1 ч. 1 ст. 161 ЦПК може стосуватися вимог про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати та середнього заробітку за час затримки розрахунку.

Судовий наказ є особливою формою судового рішення, що видається судом за результатами розгляду вимог, передбачених ст. 161 ЦПК. Із заявою про видачу судового наказу може звернутися особа, якій належить право вимоги, а також органи й особи, яким законом надане право звертатися до суду в інтересах інших осіб. Заява про видачу судового наказу подається до суду першої інстанції за загальними правилами підсудності в письмовій формі. Вимоги до змісту такої заяви визначені ст. 163 ЦПК.

Судовий збір за подання заяви сплаті не підлягає, що передбачено підп. 1 ч. 1 ст. 5 Закону України «Про судовий збір». Ця норма встановлює, що від сплати судового збору під час розгляду справи в усіх судових інстанціях звільняються позивачі у справах про стягнення заробітної плати та поновлення на роботі.

У порядку, передбаченому ч. ч. 4–7 ст. 165 ЦПК, суд перевіряє місцезнаходження боржника для визначення підсудності. Якщо заява про видачу судового наказу не підсудна цьому суду, він не пізніше десяти днів із дня надходження заяви постановляє ухвалу про передачу заяви про видачу судового наказу разом із доданими до неї документами за підсудністю. Але це правило не має застосовуватися, якщо заява була подана за місцем знаходження (проживання) позивача.

Суд розглядає заяву про видачу судового наказу протягом п'яти днів із дня її надходження, а якщо боржником у заяві про видачу судового наказу вказана фізична особа, яка не має статусу підприємця, – протягом п'яти днів із дня отримання судом інформації про зареєстроване місце проживання (перебування) фізичної особи – боржника.

Розгляд проводиться без судового засідання й повідомлення заявника й боржника. За результатами розгляду заяви суд видає судовий наказ або постановляє ухвалу про відмову в його видачі. Судовий наказ оскарженню в апеляційному порядку не підлягає, проте може бути скасований у порядку, передбаченому ст. ст. 170, 171 ЦПК.

Левова частка трудових спорів (з урахуванням підп. 2 ч. 1 ст. 274 ЦПК) **розглядається в порядку спрощеного позовного провадження.** Це правило є імперативним.

З урахуванням попереднього порядку розгляду трудових спорів постає питання про наслідки порушення вказаної вимоги. Мається на увазі ситуація, коли розгляд трудового спору був розпочатий до 15 грудня 2017 р. або якщо трудовий спір замість спрощеного провадження було розглянуто в загальному. Вважаємо, що відповідь треба шукати, аналізуючи цю ситуацію крізь призму підстав для скасування постановленого судового рішення в апеляційному порядку.

Так, підставою для скасування судового рішення в апеляційній інстанції й ухвалення нового рішення відповідно до п. 7 ч. 3 ст. 376 ЦПК є ситуація, коли суд розглянув у порядку спрощеного позовного провадження спір, що підлягав вирішенню за правилами загального позовного провадження. Також з урахуванням вимог ч. 7 ст. 277 ЦПК можливість переходу під час розгляду трудового спору від спрощеного до загального провадження виключена, але порушення цієї норми не вважається безумовною підставою для скасування рішення за трудовим спором.

Вважаємо, що метою запровадження розгляду трудових спорів у порядку спрощеного провадження було пришвидшення їх розгляду порівняно з попередніми правилами, а також забезпечення доступності та простоти їх вирішення. Крім того, наявність певних процесуальних норм у КЗпП, наприклад, щодо спеціальних строків позовної давності (ст. 233) або вимог, які ставляться до змісту судового рішення в трудовому спорі (ст. 235), впливає на судовий процес під час розгляду трудового спору.

За ст. 275 ЦПК у порядку спрощеного провадження справа має бути розглянута протягом розумного строку, але не більше ніж протягом 60 днів від дня відкриття провадження у справі. Це досягається за рахунок виключення деяких стадій розгляду справи (підготовчого засідання, судових дебатів).

Допускається розгляд справи за відсутності сторін за наявними матеріалами. Проте суд за своєю ініціативою чи за клопотанням однієї зі сторін може викликати сторони трудового спору в судове засідання.

З одного боку, працівники можуть швидше домагатися захисту своїх прав. З іншого боку, нетривалий строк розгляду примушує учасників процесу ретельно готуватися до судових засідань. Працівники мають уважно готувати позови, збирати докази. В окремих категоріях трудових спорів (про поновлення на роботі, застосування дисциплінарної чи матеріальної відповідальності) доцільно розглядати справи за участю сторін.

Відповідно до ч. 1 ст. 279 ЦПК розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження здійснюється судом за правилами, установленими цим Кодексом для розгляду справи в порядку загального позовного провадження, з особливостями, визначеними в цій главі.

Які ж особливості розгляду трудового спору за новими правилами?

По-перше, збережені правила територіальної підсудності трудових спорів. Відповідно до ст. ст. 27, 28 ЦПК позови подаються за місцем проживання чи знаходження відповідача або за зареєстрованим місцем проживання чи перебування позивача.

По-друге, ст. 175 ЦПК установлено додаткові вимоги до оформлення позовної заяви. Закон вимагає чіткої ідентифікації сторін та інших учасників справи. Позивач має вказувати ідентифікаційний код юридичної особи в Єдиному державному реєстрі підприємств і організацій України, а також реєстраційний номер облікової картки платника податків (для фізичних осіб) за його наявності чи номер і серію паспорта для фізичних осіб – громадян України (якщо такі відомості позивачу відомі), відомі номери засобів зв'язку, офіційної електронної адреси й адреси електронної пошти. Додатково до зазначення ціни позову слід додавати обґрунтований розрахунок сум, що стягуються чи оспорюються.

Також у позові необхідно докладно розкривати зміст позовних вимог, наводити спосіб (способи) захисту прав або інтересів, передбачений законом чи договором, або інший спосіб (способи) захисту прав та інтересів, який не суперечить закону і який позивач просить суд визначити в рішенні. Закон вимагає повідомляти відомості про вжиття заходів досудового врегулювання спору, якщо такі проводилися.

У заяві має наводитися перелік документів та інших доказів, що додаються до неї; зазначатися докази, які не можуть бути подані разом із позовною заявою; зазначатися наявність у позивача чи іншої особи оригіналів письмових або електронних доказів, копії яких додані до заяви.

Позивач має підготувати попередній (орієнтовний) розрахунок суми судових витрат, які він поніс і які очікує понести у зв'язку з розглядом справи. Також позовна заява має містити підтвердження позивача про те, що ним не подано іншого позову (позовів) до цього ж відповідача (відповідачів) із тим самим предметом і з тих самих підстав.

По-третє, у трудових спорах позивач звільняється від обов'язку додати до позовної заяви її копії та копії всіх документів, що додаються до неї, відповідно до кількості відповідачів і третіх осіб. Це суттєво економить кошти та час для звернення до суду.

По-четверте, працівники – позивачі в трудових спорах звільнені від сплати судового збору щодо вимог про поновлення на роботі та стягнення заробітної плати. Але це не стосується інших вимог, наприклад про відшкодування заподіяної моральної шкоди.

Позивач зобов'язаний додати до позовної заяви всі наявні в нього докази, що підтверджують обставини, на яких ґрунтуються позовні вимоги (якщо подаються письмові чи електронні докази, позивач може додати до позовної заяви їх копії).

Відповідно до ст. 278 ЦПК відповідач має подати відзив протягом п'ятнадцяти днів із дня вручення ухвали про відкриття провадження в справі. Позивач має право подати до суду відповідь на відзив, а відповідач – заперечення протягом строків, установлених судом в ухвалі про відкриття провадження у справі. Треті особи мають право подати пояснення щодо позову в строк, установлений судом в ухвалі про відкриття провадження у справі, а щодо відзиву – протягом десяти днів із дня його отримання. Тому в ухвалі про відкриття провадження суд має встановлювати строки для подання всіх заяв по суті справи (відзив, відповідь на відзив, заперечення відповідача).

Розгляд справи по суті починається з відкриття першого судового засідання. Підготовче засідання в такому разі не проводиться. Перше судове засідання у справі проводиться не пізніше тридцяти днів із дня відкриття провадження у справі. Суд розглядає справу в порядку спрощеного позовного провадження без повідомлення сторін за наявними у справі матеріалами, за відсутності клопотання будь-якої зі сторін про інше. За клопотанням однієї зі сторін або з власної ініціативи суду розгляд справи проводиться в судовому засіданні з повідомленням (викликом) сторін.

Клопотання про розгляд справи в судовому засіданні з повідомленням сторін відповідач має подати в строк для подання відзиву, а позивач – разом із позовом або не пізніше п'яти днів із дня отримання відзиву. Суд може відмовити в задоволенні клопотання сторони про розгляд справи в судовому засіданні з повідомленням сторін за одночасної наявності таких умов:

1) предметом позову є стягнення грошової суми, розмір якої не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб;

2) характер спірних правовідносин і предмет доказування у справі не вимагають проведення судового засідання з повідомленням сторін для повного та всебічного встановлення обставин справи.

Під час розгляду справи суд досліджує докази й письмові пояснення, викладені в заявах по суті справи, а в разі розгляду справи з повідомленням (викликом) учасників справи заслуховує їх усні пояснення та показання свідків. Судові дебати не проводяться.

На наш погляд, спрощений порядок розгляду трудових спорів надає переваги роботодавцю, який має більше можливостей у наданні доказів, ніж працівник. Саме роботодавець володіє всіма кадровими документами, що надає йому переваги в змагальності. Відсутність судових дебатів позбавляє сторони можливості озвучити свою кінцеву позицію по суті спору з урахуванням усіх досліджених судом доказів.

Окремо слід звернути увагу на проблему представництва в трудових спорах. Закон (ч. 1 ст. 58 ЦПК) передбачає, що сторона, третя особа, а також особа, якій законом надане право звертатися до суду в інтересах іншої особи, може брати участь у судовому процесі особисто (самопредставництво) та/або через представника. Отже, участь представника під час розгляду трудового спору не є обов'язковою. Традиційно інтереси працівників у трудових спорах представляють адвокати чи профспілки.

Щодо перших, то з доповненням Конституції України [9] ст. 131-2 в Україні запроваджено адвокатську монополію на надання професійної правничої допомоги з представництва іншої особи в суді (ч. 4 ст. 131-2). Але за ч. 5 ст. 131-2 Конституції законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді в трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів і референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб і осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена.

З урахуванням положень ч. 2 ст. 60 ЦПК представником у суді в трудових спорах може бути будь-яка особа, яка досягла 18 років і має повну цивільну дієздатність, навіть без юридичної освіти. Однак це може вплинути на якість правничої допомоги. Зокрема, адвокати наділені значними процесуальними правами (можуть подавати адвокатський запит).

Що стосується здійснення профспілками захисту працівників, то відповідно до ч. 4 ст. 19 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» [9] профспілки, їх об'єднання мають право представляти інтереси своїх членів під час реалізації ними конституційного права на звернення за захистом своїх прав до судових органів, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, а також до міжнародних судових установ. Тому з урахуванням положень ст. 60, 62 ЦПК України профспілкові представники за наявності підтверджених повноважень (довіреності на представництво інтересів в суді) можуть забезпечувати захист трудових прав працівників.

Треба зазначити, що з ухваленням нової редакції ЦПК залишаються невирішеними деякі питання судового розгляду трудових спорів, наприклад щодо реалізації права працівника чи роботодавця на оскарження рішення КТС, передбачене ст. 228 КЗпП. Яку заяву має подавати особа, яка не згодна з рішенням КТС?

Якщо розглядати можливість оскарження працівником рішення КТС, то з урахуванням вимог п. 6 ч. 3 ст. 175 ЦПК працівник подаватиме позовну заяву до роботодавця, у якій зазначить про вжиття заходів досудового врегулювання спору. Що ж до роботодавця, то не все так однозначно. Працівник звертався до КТС як до органу, наділеного компетенцією вирішити трудовий спір. У такому разі КТС не може бути відповідачем за позовом про скасування її рішення, тим більше, що вона не є юридичною особою.

Відповідно до п. 5 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 1992 р. № 9 «Про практику розгляду судами трудових спорів» [10] незалежно від того, працівником, власником або уповноваженим ним органом чи прокурором порушена справа, після вирішення спору в КТС суд розглядає її в порядку позовного провадження (як трудовий спір, що вирішувався в КТС, тобто як вимогу працівника до підприємства, установи, організації). Це справедливе твердження, адже за своєю сутністю трудовий спір залишається спором за заявою (вимогою) працівника до роботодавця. Проте ЦПК не встановлює процесуальної форми,

з використанням якої роботодавець може звернутися до суду.

Висновки

Отже, новація процесуального законодавства, яка відбулася наприкінці 2017 р., не змогла повністю розв'язати всі проблеми, які стосувалися вирішення трудових спорів. Новий порядок їх вирішення спрямований передусім на забезпечення оперативного розгляду цієї категорії спорів. Проте, ураховуючи юридичну й фактичну нерівність сторін у трудових відносинах, варто передбачити можливість більш активної ролі суду в процесі з'ясування обставин справи, адже змагальність сторін у таких спорах є доволі ілюзорною.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03 жовтня 2017 р. № 2147-VIII Відомості Верховної Ради. 2017. № 48. Ст. 436.

2. Панасюк О.Т. Начатки трудового права. Лекція 10. Індивідуальні трудові спори: навч.-практ. посібн. К.: Алерта, 2017. 88 с.

3. Буряк В.Я. Поняття та види трудових спорів. Вісник Львівського ун-ту. Серія: Міжнародні відносини. 2001. № 3. С. 120–124.

4. Лазор В.В. Правове регулювання трудових спорів, конфліктів і порядок їх вирішення на сучасному етапі. Луганськ: Література, 2004. 352 с.

5. Сокол М.В. Порядок вирішення колективних трудових спорів і конфліктів в Україні. Луцьк: Друк. ПП Іванов В.П., 2011. 208 с.

6. Шевченко Д.В. Поняття, класифікація та порядок вирішення трудових спорів, конфліктів в Україні. Часопис Київського ун-ту права. 2012. № 2. С. 239–241.

7. Бущенко П.А., Слюсар А.М., Швець Н.М. Трудові спори та порядок їх розгляду: навч. посіб. / за заг. ред. В.В. Жернакова. Х.: Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2013. 110 с.

8. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254/96-ВР. Відомості Верховної Ради. 1996. № 30. Ст. 141.

9. Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності: Закон України від 15 вересня 1999 р. № 1045- XIV. Відомості Верховної Ради. 1999. № 45. Ст. 397.

10. Про практику розгляду судами трудових спорів: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 06 листопада 1992 р. № 9. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-92 (дата звернення 02.12.2019).

В статье проанализирован порядок разрешения трудовых споров в соответствии с новой редакцией Гражданского процессуального кодекса Украины. Отмечена необходимость обеспечения согласования положений КЗоТ Украины и ГПК Украины для эффективного рассмотрения отдельных категорий трудовых споров.

Ключевые слова: трудовой спор, работник, истец, работодатель, ответчик, суд.

The article contains the analysis of the procedure for a labor dispute resolution in accordance with the new edition of the Civil Procedure Code of Ukraine. It underlines that for the purposes of the effective resolution of the certain categories of labor disputes the provisions of the Labor Code of Ukraine should harmonized with the Civil Procedure Code of Ukraine.

Key words: labor dispute, employee, plaintiff, employer, respondent, court.

УДК 349.42

Тетяна Курман,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри земельного та аграрного права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИРОБНИЦТВА ОРГАНІЧНОЇ ПРОДУКЦІЇ ТВАРИННИЦТВА

Стаття присвячена аналізу правових засад виробництва органічної продукції тваринництва, а також формулюванню на його основі висновків і пропозицій, спрямованих на вирішення правових проблем і на вдосконалення чинного аграрного законодавства у зазначеній сфері.

Ключові слова: органічне сільське господарство, органічне сільськогосподарське виробництво, органічне тваринництво, сталий розвиток, органічна продукція тваринництва.

Постановка проблеми. Останнім часом як в Україні, так і в усьому світі у зв'язку з необхідністю зміни парадигми сільськогосподарського господарювання, запровадженням концепції сталого розвитку в агросферу все більшої актуальності набуває розвиток органічного сільськогосподарського виробництва у галузі тваринництва. Виробництво органічної продукції тваринного походження виступає практичною реалізацією концепції сталого розвитку сільськогосподарського виробництва, оскільки воно передбачає поєднання економічного зростання, захисту довкілля й соціального розвитку як взаємозалежних і взаємодоповнюючих елементів стратегічного розвитку держави й одночасно гарантує населенню високу якість продовольства як важливого складника продовольчої безпеки. Тим більше, що на сьогодні загальносвітовою тенденцією стає популяризація здорового способу життя, збільшення попиту на органічні продукти, зокрема, тваринного походження. На думку експертів, органічні продукти тваринництва корисніші за звичайні аналоги: наприклад, в органічному молоці на 70 % більше вітамінів, антиоксидантів та поліненасичених жирних кислот. Крім того, органічні ферми утворюють на 30 % менше викидів парникових газів порівняно зі звичайними фермами, а отже, менше забруднюють атмосферу [1]. У зв'язку з цим цілком слушною видається теза В. В. Носіка, що набуття і реалізація фізичними та юридичними особами права на виробництво органічної сільськогосподарської продукції тваринництва відповідно до вимог чинного аграрного законодавства необхідно розглядати як один зі складників здійснення гарантованого у ст. 50 Конституції України права на безпечне для життя і здоров'я довкілля в аграрній сфері [2, с. 178, 179].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретико-правові питання розвитку органічного сільськогосподарського виробництва не лишилися поза увагою науковців. Вони розглядаються у працях Н.А. Берлач, С.І. Бугери, Х.А. Григор'євої, В.М. Єрмоленка, В.М. Корнієнко, Н.В. Кравець, П.Ф.Кулинича, Т.В. Курман, С.О. Лушпаєва, В.О. Мельник, О.Л. Мініної, Д.С. Піддубної, С.М. Романко, О.М. Савельєвої, А.М. Статівки, В.Ю. Уркевича, О.М. Туєвої та ін. Проте або більшість цих робіт має фрагментарний характер, або дослідники розглядають органічне сільськогосподарське виробництво в цілому, не приділяючи значної уваги умовам і особливостям його ведення в окремих галузях, зокрема у тваринництві, або не враховують положень прийнятого 10 липня 2018 року Закону України «Про основні принципи та вимоги до органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції». Отже, питання законодавчого забезпечення виробництва органічної продукції тваринництва поки що залишаються не досить дослідженими аграрно-правовою наукою, що робить їх дослідження вкрай актуальним.

Метою статті є аналіз правових засад виробництва органічної продукції тваринництва, а також формулюванню на його основі висновків і пропозицій, спрямованих на вирішення правових проблем і на вдосконалення чинного аграрного законодавства у зазначеній сфері.

Виклад основного матеріалу. Останніми роками спостерігається активізація розвитку органічного сільгоспвиробництва у тваринництві. Серед найбільших виробників органічної продукції тваринництва

© Т. Курман, 2018

в Україні – ПП «Агроекологія», ТОВ «Галекс-Агро» (виробництво органічної сертифікованої продукції рослинництва і тваринництва), група компаній «Етнопродукт», ТОВ «Органік Милк», ТОВ «Старий Порицьк» (виробництво органічної сертифікованої молочної продукції) та ін.

Разом із тим в усьому світі органічне тваринництво розвинене значно менше, ніж рослинництво. У спеціальній літературі це пояснюється більшою складністю організації процесу виробництва, виконання вимог, що висуваються до утримання тварин, їх годівлі, лікування, та інших принципів, закладених у розроблених регламентах, на підставі яких сертифікуються сільськогосподарські підприємства [3, с. 29].

Натепер правові засади органічного сільськогосподарського виробництва у галузі тваринництва визначаються Законом України від 9 вересня 2013 р. «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини». З 2 серпня 2019 року буде введено в дію Закон України від 10 липня 2018 р. «Про основні принципи та вимоги до органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції», що зумовлює необхідність аналізу його норм у галузі виробництва органічної продукції тваринництва.

Позитивною новелою Закону України «Про основні принципи та вимоги до органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції» є визначення поняття органічного тваринництва, а також закріплення вимог щодо органічного виробництва у цій галузі. Так, відповідно до положень ст. 1 Закону, органічне тваринництво – органічне виробництво, пов'язане з утриманням, розведенням (виробництвом) сільськогосподарських тварин (у тому числі птиці та комах) та продукції для отримання продукції тваринного походження. Прогалиною цього Закону вбачається відсутність дефініцій «органічне бджільництво» та «органічне птахівництво», адже Закон надалі оперує цими поняттями, отже їх визначення надало б регулюванню більшої конкретики.

При цьому слід зазначити, що підстави та умови ведення органічного сільськогосподарського виробництва у сфері тваринництва визначаються законодавством двох рівнів. До першого рівня належать загальні нормативно-правові акти, що визначають підстави та умови ведення органічного сільськогосподарського виробництва в цілому, насамперед це Закон України «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини», надалі, після введення в дію, – Закон України «Про основні принципи та вимоги до органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції». Другий рівень представлений нормативно-правовими актами, що визначають підстави й умови ведення органічного сільськогосподарського виробництва в окремих галузях тваринництва (молочне та м'ясне скотарство, аквакультура, бджільництво тощо).

Сьогодні право на ведення органічного сільськогосподарського виробництва має фізична або юридична особа, яка відповідає таким вимогам: 1) пройшла оцінку відповідності виробництва органічної продукції (сировини), 2) отримала сертифікат відповідності; 3) включена до Реєстру виробників органічної продукції (сировини) (ст. 12 Закону України «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини»). Подальший аналіз його статей свідчить про те, що таке право мають лише суб'єкти господарювання.

При цьому органічне виробництво та обіг органічної продукції тваринництва підлягають сертифікації. Слід зауважити, що натепер в Україні немає єдиного уповноваженого на це органу, що одночасно можна розглядати і як позитивне, і як негативне явище. Негативним цей факт видається через відсутність єдиної інформаційної бази, системи контролю тощо. Позитивним – через те, що кожний виробник самостійно може вирішувати, за якою системою і в якому сертифікаційному органі він може отримати сертифікат. Виробник може звернутися до будь-якого міжнародно-акредитованого сертифікаційного органу. Натепер на території України працюють 12 іноземних і 1 український («Органік стандарт») сертифікаційні органи.

Ще одне питання полягає в тому, відповідно до яких стандартів проводити сертифікацію. Сертифікація може проводитись як за міжнародними стандартами країн або об'єднань країн, так і за приватними стандартами, що визнаються на міжнародному ринку. Найпопулярнішими стандартами органічного виробництва сьогодні є: європейські стандарти, зокрема Постанова Ради ЄС 834/2007, що містить правила та вимоги до органічного виробництва; Національна Органічна Програма США (NOP); Японські національні сільськогосподарські стандарти (JAS); Стандарти «Біо Свісс» (Bio Suisse) – приватні стандарти швейцарської Асоціації органічних виробників та ін. [4]

У принципі, аналогічні положення закріплює й Закон України «Про основні принципи та вимоги до органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції», відповідно до ч. 2 ст. 27 якого особа, котра має намір перейти на органічне виробництво

або здійснювати обіг органічної продукції, може обрати будь-який орган сертифікації та укласти з ним договір на проведення сертифікації. Така особа має право укладати договір на проведення сертифікації лише з одним органом сертифікації в межах відповідної галузі органічного виробництва та обігу органічної продукції. У разі сертифікації органічного виробництва за нормами та стандартами, визнаними в іноземних державах або міжнародних організаціях, можна додатково укласти договір з органом іноземної сертифікації. Однак новий Закон у ст. 28 встановив більш жорсткі вимоги до самого органу сертифікації, передбачивши внесення до їх Реєстру органів сертифікації лише, якщо вони: а) мають акредитацію відповідно до законодавства України у сфері органічного виробництва та/або обігу продукції за однією або кількома галузями органічного виробництва; б) є юридичними особами, зареєстрованими згідно із законодавством України; в) не є операторами; г) мають належну матеріально-технічну базу та інші об'єкти інфраструктури, необхідні для виконання функцій із сертифікації; д) можуть підтвердити відповідний рівень компетентності персоналу у сфері сертифікації органічного виробництва та/або обігу органічної продукції (досвід роботи та спеціальні знання у відповідній галузі органічного виробництва); е) мають принаймні одного інспектора з відповідної галузі органічного виробництва та обігу органічної продукції, який працює на постійній основі (вимоги до інспектора закріплені у ст. 30 цього Закону).

Фізичні або юридичні особи, яким надано право займатись органічним сільськогосподарським виробництвом у сфері тваринництва, зобов'язані дотримуватися таких загальних правил виробництва органічної продукції та/або сировини тваринного походження: 1) дотримуватися вимог органічного законодавства і правил виробництва та обігу органічної продукції та сировини, використовувати лише методи виробництва органічної продукції та/або сировини; 2) забезпечувати відокремлення виробництва органічної продукції (сировини) від виробництва неорганічної продукції (сировини), продукції перехідного періоду; 3) використовувати технології виробництва, які запобігають забрудненню або мінімізують будь-яке збільшення забруднення навколишнього природного середовища; 4) враховувати місцевий та регіональний екологічний стан територій під час вибору продукції для виробництва; 5) мінімізовувати використання невідновлюваних ресурсів та зовнішніх ресурсів; 6) забезпечувати збереження та відтворення родючості ґрунтів.

У ст. 19 Закону України «Про основні принципи та вимоги до органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції» закріплені вимоги до органічного тваринництва. Законодавець пішов шляхом класифікації цих вимог на групи: вимоги щодо походження тварин, методів утримання, розведення, годування, профілактики хвороб та ветеринарного лікування, прибирання та дезінфекції. Звертає на себе увагу відсутність такої важливої групи вимог для органічного тваринництва, як вимоги щодо пасовищ. Це також вбачається прогалиною цього Закону, адже від якісного стану пасовищ, зон їх розміщення, наявності доступу до водних джерел, їх стану та інших чинників залежить те, чи можна отриману продукцію тваринництва вважати органічною. Далеко не кожне пасовище підходить для випасання худоби в умовах ведення органічного тваринництва. Як зазначається у спеціальній літературі, навіть якщо йдеться про молоко або м'ясо, передусім, органічний статус повинні отримати поля і пасовища, що використовуються для ведення тваринництва [5, с. 35]. На тісний взаємозв'язок в органічному виробництві продукції тваринництва між виробником та землею вказує і О. Д. Ковальчук [6, с. 68]. Зарубіжні вчені також розглядають пасовища як елементи стратегії сталого розвитку сільськогосподарського виробництва, що сприяють збереженню екосистем та забезпеченню населення продукцією тваринництва [7, с. 105]. У ч. 3, 4 ст. 19 встановлені додаткові вимоги для органічного птахівництва та органічного бджільництва.

Спеціальні правила органічного сільськогосподарського виробництва у тваринництві натепер встановлені для органічної продукції (сировини) тваринного походження, аквакультури, органічної продукції (сировини) бджільництва. Так, постановами Кабінету Міністрів України затверджені Детальні правила виробництва органічної продукції (сировини) тваринного походження [8] від 30 березня 2016 р., Детальні правила виробництва органічної продукції (сировини) бджільництва [9] від 23 березня 2016 р., Детальні правила виробництва органічної продукції (сировини) аквакультури [10] від 30 вересня 2015 р. Дані нормативно-правові акти з урахуванням специфіки виробництва вказаних видів сільськогосподарської продукції тваринного походження встановлюють спеціальні правила її органічного виробництва.

Обов'язковою умовою ведення органічного виробництва у тваринництві виступає наявність у виробника відповідних приміщень, потужностей та територій для

утримання, випасання та годівлі тварин. Зокрема, нормативно встановлюються вимоги до приміщень, де утримується худоба, до кількості худоби на 1 га (п. 14 Детальних правил виробництва органічної продукції (сировини) тваринного походження). Тварини повинні мати доступ до відкритих пасовищ, забороняється їх утримання на прив'язі або в ізоляції (п. 18). Взагалі, безприв'язне утримання тварин та випасання на відкритих пасовищах – це базові правила органічного тваринництва.

Окремі норми присвячені кормам для тварин, які вирощуються в рамках органічного виробництва, і з цим також пов'язана одна з умов ведення органічного тваринництва. Для годівлі великої рогатої худоби використовуються корми, не менше 50 відсотків яких вироблені в самому господарстві, де утримуються такі тварини, або в іншому господарстві, яке здійснює виробництво органічної продукції того ж регіону (п. 26). Отже, як бачимо, переважно виробляти органічні корми має само господарство, яке займається органічним сільгоспвиробництвом у сфері тваринництва. Тварини вигодовуються натуральним материнським молоком (п. 30). Додатком 3 до вказаних Детальних правил регламентується перелік кормових добавок і речовин, які використовуються для годівлі тварин під час органічного виробництва.

Аналіз норм вказаних вище підзаконних нормативно-правових актів засвідчує складність процесу переходу до органічного сільськогосподарського виробництва у сфері тваринництва, адже воно передбачає попередню наявність органічних кормів, земель, придатних для ведення органічного виробництва та випасання тварин, які при цьому мають бути розташовані у спеціальних зонах, призначених для його ведення. Тож передувати органічному виробництву у тваринництві має органічне виробництво у рослинництві, оскільки саме воно здатне забезпечити виробництво органічної кормової бази. Чимало питань викликає і питання придатності тварин для органічного виробництва. Відповідно до п. п. 5, 6 Детальних правил виробництва органічної продукції (сировини) тваринного походження під час першого створення стада або отари тварини з господарств, які здійснюють виробництво традиційної (неорганічної) продукції (сировини), після їх відлучення від матері повинні вирощуватися відповідно до правил органічного виробництва. Для оновлення стада або отари до господарств, які здійснюють органічне виробництво, можуть вводитися самиці тварин, що не народжували, з господарств, які здійснюють виробництво традиційної (неорганічної) продукції (сировини), в кількості, що не перевищує 10 відсотків поголів'я великої рогатої худоби та 20 відсотків поголів'я дорослих свиней, овець і кіз на рік. Дані положення викликають певні сумніви, адже у разі використання тварин, вирощених в умовах традиційного виробництва, не може йтися про органічне виробництво. Це буде, скоріш за все, виробництво перехідного періоду. Адже в умовах традиційного виробництва у вирощуванні тварин можуть використовуватися різноманітні хімічні речовини, антибіотики, гормони росту, генетично модифіковані організми тощо, залишки яких містяться в організмі тварини, а їх вплив може відчуватися і згодом. Більше того, це положення суперечить встановленій вимозі відмежовувати в межах одного господарства органічне виробництво від традиційного.

Ще однією проблемою сьогодні є відсутність відповідних державних стандартів органічної продукції тваринного походження. Справді, виробники посилаються на чинні ДСТУ традиційної продукції тваринного походження, просто зазначаючи, що дана продукція вироблялася в умовах органічного сільгоспвиробництва. Проте така ситуація не є правильною. Безумовно, стандарти продукції традиційного виробництва і органічної продукції мають бути різними. А відповідні державні стандарти на органічну сільгосппродукцію потрібно розробити і затвердити окремо по різних її видах. У цьому сенсі слушною, на нашу думку, є й пропозиція окремих науковців щодо закріплення на рівні ДСТУ «органічного (біологічного, екологічного) сільського господарства», а також показників екологічної чистоти й екологічної безпечності продукції тваринництва (по кожному її виду), а не тільки показників для визначення сортності як умовного, визначеного державою мірила якості продукції [11, с. 86-91]. У зв'язку з викладеним вбачається необхідним розроблення і прийняття спеціально уповноваженими органами ДСТУ на окремі види органічної продукції тваринництва.

Висновки

Україна має великий потенціал для виробництва органічної продукції тваринництва. Така продукція стає все більш привабливою як для європейського, так і для національного споживача, з урахуванням чого наша держава може стати одним із головних її експортерів як на ринку ЄС, так і на світовому ринку. Доцільність ведення органічного сільгоспвиробництва у галузі тваринництва також зумовлюється необхідністю збереження довкілля, розвитку сільських

територій, а також ефективності й сталого розвитку сільськогосподарського виробництва, гарантування права на життя і здоров'я шляхом забезпечення населення якісною та екологічно безпечною продукцією тваринного походження, поліпшення агроекологічного іміджу України як виробника і експортера високоякісної органічної продукції та забезпечення продовольчої безпеки нашої держави. Комплексне подолання проблем законодавчого забезпечення виробництва органічної продукції тваринництва створить підґрунтя для активного розвитку органічного сільського господарства в Україні.

Список використаних джерел:

1. Каблучка Є. За останні півтора роки кількість органічних виробників збільшилася вдвоє. ЕнергоЛайф. інфо. URL: http://energolife.info/ua/2016/News/2846 (дата звернення: 27.08.2018).

2. Носік В. В. Право на органічне землеробство у контексті здійснення права на безпечне життя і здоров'я довкілля в Україні. Правові засади ведення органічного землеробства: зб. матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 29-30 верес. 2017 р.) / за ред. М. В. Шульги. Х.: Доміно, 2017. С. 177–181.

3. Білик Р. І., Ткачук С. А. Вимоги до ветеринарного обслуговування органічних молочних господарств. Ветеринарна медицина України. 2015. № 3. С. 29–33.

4. Коротко про органік. URL: www.ukraine.fibl.org/...ukraine/Коротко_про_органік.doc (дата звернення: 22.08.2018).

5. Воробйова Т. М. Земельні ділянки для вирощування кормів для худоби у системі органічного тваринництва: правові аспекти. Правові засади ведення органічного землеробства: зб. матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 29-30 верес. 2017 р.) / за ред. М. В. Шульги. Х.: Доміно, 2017. С. 32–36.

6. Ковальчук О. Д. Вимоги до органічного виробництва продукції скотарства в ЄС. Органічне виробництво і продовольча безпека: зб. матер. доп. учасн. III Міжнар. наук.-практ. конф. Житомир: Полісся, 2015. С. 67–70.

7. Arjjumend Hasrat. Nomadic pastoralism at crossroad: a need for restructuring the paradigm and policy of rangeland commons. Пріоритетні напрями розвитку аграрного законодавства і права в сучасних умовах: матер. наук.-практ. конф. (м. Харків, 20 квіт. 2018 р.) / за заг. ред. А. М. Статівки. – Х.: Юрайт, 2018. С. 95–108.

8. Про затвердження Детальних правил виробництва органічної продукції (сировини) тваринного походження: Постанова КМУ від 30.03.2016. Офіційний вісник України. 2016. № 28. Ст. 1120.

9. Про затвердження Детальних правил виробництва органічної продукції (сировини) бджільництва: Постанова КМУ від 23.03.2016. Офіційний вісник України. 2016. № 26. Ст. 1023.

10. Про затвердження Детальних правил виробництва органічної продукції (сировини) аквакультури: Постанова КМУ від 30.09.2015. Офіційний вісник України. 2015. № 96. Ст. 3280.

11. Бакай І. Правове забезпечення виробництва екологічно чистої (безпечної) продукції в АПК. Право України. 1998. № 1. С. 86–91.

Статья посвящена анализу правовых основ производства органической продукции животноводства, а также формулированию на его основе выводов и предложений, направленных на решение имеющихся правовых проблем и на усовершенствование действующего аграрного законодательства в указанной сфере.

Ключевые слова: органическое сельское хозяйство, органическое сельскохозяйственное производство, органическое животноводство, устойчивое развитие, органическая продукция животноводства.

The article is dedicated to analysis of legal basis of production of organic products of animal husbandry. Also it is dedicated to formulating issues and proposals directed on solution of these legal problems and improvement of current agrarian legislation in specified sphere.

Key words: organic agriculture, organic agricultural production, organic animal husbandry, sustainable development, organic animal products.

УДК 343.2/.7

Євген Бакутін,
викладач кафедри тактико-спеціальної підготовки
Національної академії внутрішніх справ

СУЧАСНИЙ СТАН НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОРИСТАННЯ ТЕХНІЧНИХ ЗАСОБІВ ФІКСАЦІЇ ПРАВОПОРУШЕНЬ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена аналізу правової природи використання технічних засобів фіксації правопорушень. Зосереджена увага на чинній нормативно-правовій базі нашої держави, яка регулює відносини у сфері використання технічних засобів. У рамках адміністративно-правового дослідження це важливо з багатьох причин, ключові з яких такі: 1) прикладний характер юридичного наукового дослідження здебільшого зумовлює необхідність внесення змін до чинного законодавства, що можливе лише за умови аналізу теперішнього його стану; 2) значна частина проблемних аспектів використання технічних засобів в Україні пов'язана з недосконалою нормативно-правовою базою; 3) важливо проаналізувати відповідність підзаконних нормативно-правових актів у сфері використання технічних засобів тощо.

Ключові слова: законність застосування технічних засобів, науково-технічна обґрунтованість технічних засобів, правові підстави застосування технічних засобів.

«Нам необхідно впровадити сучасні технології в правоохоронну систему нашої країни»
Міністр внутрішніх справ
Арсен Аваков

Постановка проблеми. Актуальність зумовлена наявністю питань, що пов'язані з проблемами використання різноманітних технічних засобів у сфері профілактики правопорушень. Використання технічних засобів для фіксації правопорушень є досягненням науково-технічного прогресу. Процеси, які пов'язані з використанням технічних засобів фіксації правопорушень і супроводжують ці явища та їх наслідки, потребують глибокого наукового опрацювання. Особливе місце серед них займають ті явища, процеси та наслідки, які мають негативне значення, особливо ті, що виявились протягом останніх десятиріч, а саме: матеріальний збиток від пошкоджених доріг, загазованість повітряного простору, дорожньо-транспортні пригоди, що призвели до тяжких наслідків.

Дослідження цих проблем здебільшого здійснювалися в межах науки криміналістики. Відсутність глибокого аналізу зазначених питань у науці адміністративного права негативно впливає на нормативно-правову базу, що регулює відносини, пов'язані із застосуванням технічних засобів у процесі превентивної діяльності, розкриття та розслідування правопорушень, і, як наслідок, не дає можливості повною мірою використати одержані результати в практичній діяльності працівників правоохоронних органів.

Метою статті є аналіз чинної нормативно-правової бази у галузі використання технічних засобів, пошук проблемних місць та суперечностей, які постають на сучасному етапі розвитку правового регулювання відносин у цій сфері, а також послідовне висвітлення таких напрямів: а) міжнародні юридичні документи у сфері застосування технічних засобів; б) Конституція України та ступінь її регулювання використання технічних засобів; в) закони, і передусім Закон України «Про Національну поліцію»: недоліки, проблеми застосування, основні напрями вдосконалення; г) система підзаконних нормативно-правових актів, положення яких деталізують норми законів та регламентують безпосередні процеси, пов'язані з використанням технічних засобів; д) державні цільові програми у сфері охорони публічного порядку і безпеки, їх роль та місце у боротьбі з правопорушеннями.

Практичне значення полягає у формулюванні змін та доповнень до правових норм, що регламентують процес використання технічних засобів у розслідуванні правопорушень і є одним із визначальних чинників підвищення ефективності використання результатів застосування технічних засобів у процесі розслідування.

© Є. Бакутін, 2018

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Поява нових правопорушень і способів їх здійснення є передумовою внесення коректив у формування превентивної діяльності правоохоронців, яка покликана знаходити нові та більш сучасні способи протидії правопорушенням, широко впроваджувати інноваційні технічні засоби, системи й технології, що забезпечують інтенсифікацію й безпеку боротьби з правопорушеннями, спираючись на досягнення науково-технічного прогресу, позитивний вітчизняний і закордонний досвід.

Аспекти використання технічних заходів привертали увагу таких науковців, як С.Ф. Константінов, Ю.Ю. Орлов, Г.Ю. Рєпін, В.В. Арешонков, М.В. Кобець, Б.В. Жуков, П.П. Артеменко, В.А. Кудінов та ін.

Однак системно й комплексно, у контексті сучасних можливостей ця тема до цього часу мало досліджувалася. Література з відповідної проблематики практично відсутня, що, з одного боку, свідчить про її складність, а з іншого – вказує на брак уваги наукового загалу.

Виклад основного матеріалу. Місце міжнародних юридичних документів у регулюванні суспільних відносин сьогодні в Україні вже практично не викликає дискусій. Це частина системи права держави, оскільки норми зазначених документів мають певну перевагу щодо інших внутрішньодержавних нормативно-правових актів.

Відповідно до статті 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Укладання міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України [1]. Євроінтеграційне спрямування України свідчить про належну увагу до питань адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Закон України від 18 березня 2004 року № 1629-IV«Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» містить положення, згідно з якими метою адаптації законодавства України є досягнення відповідності правової системи України з урахуванням критеріїв, що висуваються Європейським Союзом (ЄС) [2].

Серед найважливіших загальних документів у сфері використання технічних засобів, з якими повністю узгоджуються положення Конституції України, є: загальна Декларація Прав Людини, яка прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року та являє собою глобальне вираження прав, на які усі люди мають невід'ємне право.

Декларація складається з 30 статей, що є основою міжнародних договорів та регіональних документів із прав людини, національних конституцій та інших законів. Статтею 12 Загальної декларації прав людини встановлено, що ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, таємницю його кореспонденції або на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист законом від такого втручання або таких посягань [3].

Міжнародний договір про громадянські та політичні права (1966 р.) наголошує, що особливість міжнародно-правових актів про права людини полягає в тому, що вони діють не безпосередньо, а шляхом їх включення у внутрішнє національне право [4].

Міжнародним пактом про громадянські і політичні права встановлено, що ніхто не повинен зазнавати свавільного чи незаконного втручання в його особисте і сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність його житла або таємницю його кореспонденції чи незаконних посягань на його честь і репутацію (пункт 1 статті 17).

Відповідно до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції; органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб (стаття 8) [6].

У Преамбулі Європейського кодексу соціального забезпечення 1964 року (переглянутий 6 листопада 1990 року) зазначається, що метою Ради Європи є досягнення більшої єдності між її членами заради сприяння соціальному прогресу. Кодекс містить мінімальні соціальні стандарти, які держави повинні забезпечувати [7].

Статтею 31 передбачені обмеження соціальних стандартів, а саме: 1) ефективне втілення в життя прав і принципів, зазначених частиною I, та їх ефективне здійснення відповідно до частини II не підлягають жодним обмеженням, за винятком тих, які передбачені цими частинами, і тих, які встановлені законом і необхідні в демократичному суспільстві для захисту прав і свобод інших людей або для захисту

державних інтересів, національної безпеки, здоров'я людей чи моралі; 2) обмеження, які дозволяються цією Хартією щодо зазначених у ній прав і зобов'язань, застосовуються тільки з метою, з якою вони передбачені.

У підсумковому документі віденської зустрічі представників держав – учасниць Наради з питань безпеки та співробітництва в Європі (1989 р.) держави-учасниці знову підтверджують свою прихильність принципам, викладеним у Заключному акті. Усі цивільні, політичні, економічні, соціальні, культурні та інші права і свободи мають першорядне значення і повинні повністю здійснюватися всіма належними способами [8].

Аналіз наявних документів міжнародно-правового характеру свідчить, що, як член Ради Європи, Україна, відповідно до Паризької Хартії для нової Європи від 21 листопада 1990 року, взяла на себе обов'язки приєднатися до міжнародних стандартів у галузі прав людини, створити внутрішньодержавні гарантії їх здійснення, що ґрунтуються на загальновизнаних міжнародно-правових гарантіях, закріплених у відповідних міжнародно-правових нормах [9]. Євроінтеграційні прагнення України вимагають перебудови і значного підвищення рівня ефективності та якості діяльності правоохоронних органів, насамперед реформованої поліції.

Підписання міжнародних угод також зумовлює неухильне дотримання у діяльності поліції стандартів у сфері захисту прав людини під час реалізації правоохоронних функцій, необхідність реагувати на появу нових видів злочинів і діяти відповідно до міжнародних стандартів прав людини. Тому постає потреба привести у відповідність засади діяльності Національної поліції України до світових (зокрема, європейських) стандартів. Ідеться, насамперед, про перехід від карального до соціально-сервісного змісту її діяльності. Нагальним завданням є перетворення поліції з карального органу на правоохоронну інституцію європейського зразка, що має надавати правоохоронні послуги громадянам [10, с. 17].

Поліція має формуватися з урахуванням міжнародних стандартів, а саме Рекомендації Комітету Міністрів державам-учасницям Ради Європи «Про Європейський кодекс поліцейської етики», ухваленої Комітетом Міністрів 19 вересня 2001 року на 765-му засіданні заступників Міністрів, відповідно до якої цілями поліції визначено: підтримку публічного спокою, забезпечення права і порядку в суспільстві; захист і дотримання основоположних прав і свобод особи, закріплених, зокрема, в Європейській конвенції про права людини [11].

Здійснюючі захист прав і свобод особи в суспільстві, поліція стикається з певними викликами. Співробітники поліції щодня стоять на сторожі прав людини в буквальному сенсі, однак для виконання цього завдання вони часто змушені втручатися в права осіб, що порушують права інших людей.

Проблема досягнення оптимального балансу між повноваженнями поліції та особистими свободами не є чимось новим. Громадяни й особи, що проживають у державі, мають по відношенню до поліції високі очікування і водночас цілком правомірно вимагають, щоб поліція виконувала свою роботу відповідно до закону, поважаючи при цьому певні основоположні принципи, що відображають природу демократичного суспільства. Під «законом» розуміють не тільки національне законодавство України, але й більше – європейське право, яке втілює певні «цінності» у сфері, наприклад, демократичного протесту, поваги до особистого життя людей, захисту від свавільного використання поліцією своїх повноважень.

Такі цінності знаходять своє відображення в практиці Європейського суду з прав людини, що засідає в Страсбурзі, надає практичні висновки з тлумачення Європейської конвенції з прав людини в конкретних справах, які він розглядає. Рішення Суду базуються на конкретних фактах, що випливають з окремих систем національного законодавства і правозастосовної практики, однак в їх основі лежать певні універсальні принципи.

Співробітники правоохоронних органів повинні усвідомлювати значення ключових стандартів, зокрема, обов'язкових для виконання положень Європейської конвенції з прав людини та практики Європейського суду з прав людини («Страсбурзького суду»).

Охорона правопорядку нерозривно пов'язана з втручанням у права осіб, однак, чи визнаватиметься таке втручання виправданими заходами або ж вважатиметься порушенням прав людини, часто залежить від поведінки конкретних співробітників поліції під час виконання ними своїх повноважень. Співробітники поліції повинні сформувати і використовувати у своїй щоденній роботі підхід, який базується на повазі до прав людини.

Втручання в права, згідно зі статтею 8 Європейській конвенції з прав людини, має задовольняти низці умов: 1) втручання та переслідування здійснюється в межах закону; 2) ґрунтується на нормах закону та є необхідністю у демократичному суспільстві. Якщо держава не може виконати якусь із цих умов, Суд приймає рішення про порушення даної гарантії.

Аргументи, які наводить держава для виправдання застосування таких заходів, як спостереження за допомогою технічних засобів, пов'язані з однією з підстав, що передбачені текстом статті 8: національна та громадська безпека або запобігання правопорушенням чи злочинам. Виконання цієї умови в принципі не викликає для держави жодних труднощів. Отже, перше основне питання, яке слід критично проаналізувати, – визначення того, чи є втручання виправданим, чи було воно здійснене «відповідно до закону».

Названі проблеми можна розв'язати лише шляхом реформування репресивної моделі органів внутрішніх справ у демократичну модель європейського зразка – демілітаризовану, децентралізовану систему легітимних публічних спеціалізованих служб, захищених від кон'юнктурних політичних впливів, спроможних забезпечити захист прав, свобод і законних інтересів громадян, громадський порядок від протиправних посягань, діючи відповідно до принципів верховенства права, прозорості та підзвітності суспільству та застосовуючи силу (примус) винятково в рамках, визначених законом.

Саме така модель взаємовідносин громадянина й держави в особі одного працівника органів внутрішніх справ чи системи в цілому десятиліттями з успіхом працює у багатьох країнах світу. Тому постає нагальна потреба узгодити засади діяльності Національної поліції України зі світовими (зокрема, європейськими) стандартами. Ідеться, насамперед, про перехід від карального до соціально-сервісного змісту її діяльності.

Важливо, щоб поліція під час розслідування правопорушень розуміла певні аспекти захисту прав людини, не створювала невиправних упереджень щодо своєї роботи; поліція повинна уважно ставитися до чутливих питань захисту прав у процесі виконання своїх завдань.

Кожен громадянин має бути впевненим у своїй безпеці, а показником успішності такої діяльності є низький рівень злочинності та задоволення громадськості діяльністю поліції.

Здійснення провадження в справах про адміністративні правопорушення узгоджується з міжнародними стандартами, які визначають відповідні повноваження поліції. Згідно зі ст. 1 Європейської конвенції про передачу провадження в кримінальних справах визначимо поняття «злочин» (правопорушення) та «міра покарання» (стягнення). Провадження в справах про адміністративні правопорушення – це нормативно врегульована діяльність уповноважених суб'єктів щодо застосування адміністративної відповідальності за вчинене адміністративне правопорушення, а також попередження адміністративних правопорушень [12].

Вказане вище свідчить про необхідність належної уваги як до міжнародних договорів, до яких долучилась Україна, до документів Європейського Союзу, з якими ми повинні узгоджувати внутрішнє законодавство, так і до етичних і правових документів міжнародних організацій, які є авторитетними як у Європі, так і у світі.

Важливий рівень правового забезпечення – Конституція України. Слід вказати, що, як документ прямої дії, Основний Закон держави є вкрай важливим у системі безпеки, в тому числі і щодо використання технічних засобів. У цьому аспекті слід вказати на три статті Конституції України – 1, 19 та 32, у яких зазначено, що Основний Закон України проголошує людину, її життя і здоров'я, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю. Відповідні права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави [1].

Правова система України почала формуватися з прийняттям Верховною Радою УРСР 16 липня 1990 року Декларації «Про державний суверенітет України». З прийняттям у 1996 році Конституції України закладено фундамент нової правової системи, створено законодавчу основу для розвитку української незалежної держави.

Водночас у становленні нової правової системи України наявні й істотні недоліки, зокрема у сфері охорони громадського порядку. Наукою і практикою, на жаль, не вироблено ще прогнозів розвитку та змін оперативної обстановки, стану правопорядку, розвитку кримінального й адміністративного законодавства.

Встановивши та забезпечивши громадський порядок, держава зобов'язана ще й охороняти його, і, хоча чинна Конституція України не покладає на державу обов'язок з охорони громадського порядку, в Україні існує, як у кожній державі, спеціальний апарат, покликаний охороняти громадський порядок, – це поліція.

Повноваження Верховної Ради України щодо забезпечення діяльності поліції визначені Конституцією України. Згідно з п. 22 ст. 85 Конституції України Верховна Рада України затверджує загальну структуру, чисельність, визначає завдання Національної поліції як складової частини МВС. Виключно в законодавчому порядку визначаються основи національної безпеки країни, складовою частиною якої є дотримання правопорядку, правовий режим воєнного і

надзвичайного стану, встановлюються діяння, які є злочинами, адміністративними правопорушеннями, та відповідальність за них, встановлюються спеціальні звання поліції.

Відповідно до частин першої, другої статті 32 Основного Закону України ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України; не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Конституційне та законодавче регулювання права на невтручання в особисте та сімейне життя узгоджується із міжнародно-правовими актами.

Важливу роль в організації діяльності поліції відіграють органи місцевого самоврядування. Відповідно до законів «Про Національну поліцію» та «Про місцеве самоврядування в Україні» керівник поліції та керівники територіальних органів поліції здійснюють інформування громадськості про діяльність поліції, а саме раз на рік готують та опубліковують на офіційних веб-порталах органів поліції звіт про діяльність поліції.

У підпункті 22 пункту 1 статті 26 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» передбачено затвердження міської цільової програми «Безпечне місто» на 2018–2022 роки. Комплексна система «Безпечне місто» призначена для автоматизації та вирішення найбільш важливих завдань сучасних міст. Насамперед це технічна підтримка служб громадської безпеки, надзвичайних служб [13].

Міністр МВС України Арсен Аваков під час перебування на Міжнародній виставці технологій внутрішньої національної безпеки і поліцейського обладнання MILIPOL Qatar 2018, зазначив: *«Наша правоохоронна система потребує впровадження новітніх технологій. Нині ми масштабуємо програму «Безпечне місто» на територію всієї держави. Вона вже працює в Маріуполі, Києві та Дніпрі. Основа її діяльності – застосування сучасної інформаційно-комп'ютерної системи, яка надає можливість цілодобового моніторингу оперативної обстановки. Наші камери можуть тривалий час працювати без електрики, у нічний час та за будь-яких погодних умов»* [14].

На програму «Безпечне місто» покладається: 1) оперативний цілодобовий контроль ситуації на вулицях і об'єктах міста в режимі реального часу; 2) ведення відео- і аудіоархіву; 3) автоматичне оповіщення про виникнення надзвичайних ситуацій відповідних служб і організацій, надання візуальної інформації з місць установки телекамер; 4) відновлення ходу подій на основі записаних відеоматеріалів; 5) інтеграція відеоінформації з інформацією інших автоматизованих систем міської інфраструктури.

Впровадження програми «Безпечне місто» дозволить: а) максимально підвищити безпеку на вулицях і дорогах міста; б) охопити основні магістралі міста, перехрестя, місця проведення громадських заходів; в) покращити управління дорожнім рухом у місті; г) більш оперативно й обґрунтовано вирішувати спірні ситуації у разі ДТП; д) ефективно боротися з кримінальними і терористичними загрозами; є) здійснювати моніторинг ситуації і контроль у дворах багатоквартирних будинків, під'їздах та ліфтах.

Поліція у процесі своєї діяльності взаємодіє з органами правопорядку та іншими органами державної влади, а також органами місцевого самоврядування відповідно до закону та інших нормативно-правових актів.

На думку М.В. Кобець та авторського колективу, з якою можна погодитись, взаємодія поліції з органами державної влади й органами місцевого самоврядування – це їхня спільна, узгоджена за місцем, часом та метою діяльність, спрямована на найбільш ефективне виконання правоохоронних завдань та оптимальне використання наявних можливостей [15, с. 28].

Правовою основою взаємодії поліції з іншими державними органами є:

1) Закони України «Про Національну поліцію», «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про боротьбу з тероризмом», «Про автомобільний транспорт», «Про дорожній рух» та ін.;

2) нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України (Постанова Кабінету Міністрів України від 10 листопада 2017 року № 833 «Про функціонування системи фіксації адміністративних правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в автоматичному режимі», Правила дорожнього руху, затверджені Постановою Кабінету Міністрів від 10 жовтня 2001 року (зі змінами), Постанова Кабінету Міністрів від 27 червня 2007 року № 879 «Про заходи щодо збереження автомобільних доріг загального користування», Постанова Кабінету Міністрів від 25 квітня 2018 року № 435 «Про затвердження Державної програми підвищення рівня безпеки дорожнього руху в Україні на період до 2020 року» та ін.);

3) спільні відомчі накази центральних органів виконавчої влади (наказ МВС України, Міністерства охорони здоров'я України від 09 листопада 2015 року № 1452-735 «Про за-

твердження Інструкції про порядок виявлення у водіїв транспортних засобів ознак алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або перебування під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції» тощо).

Відповідно до Кодексу України про адміністративні правопорушення 1984 року Національна поліція в межах здійснення провадження в справах про адміністративні правопорушення, згідно зі ст. 245, має забезпечити: своєчасне, всебічне, повне і об'єктивне з'ясування обставин кожної справи, вирішення її в точній відповідності до закону, виконання винесеної постанови, виявлення причин та умов, що сприяють вчиненню адміністративних правопорушень, а також запобігання правопорушенням, виховання громадян у дусі додержання законів, зміцнення законності [16].

Постанова Кабінету Міністрів України від 27 червня 2007 року № 879 «Про заходи щодо збереження автомобільних доріг загального користування» зазначає, що в разі правопорушення працівник (інспектор-оператор) пункту габаритно-вагового контролю негайно складає акт і повідомляє регіональну службу Укравтодору та відповідний підрозділ МВС. Порядок застосування технічних засобів, що унеможливлюють подальший рух великовагового та/або великогабаритного транспортного засобу, та форма акта про порушення правил проїзду такого транспортного засобу затверджуються спільним наказом Укравтодору і МВС.

У наказі МВС України, Міністерства охорони здоров'я України від 09 листопада 2015 року № 1452-735 «Про затвердження Інструкції про порядок виявлення у водіїв транспортних засобів ознак алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або перебування під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції» зазначено, що за наявності ознак, передбачених у вказаній Інструкції, поліцейський здійснює огляд на стан сп'яніння за допомогою спеціальних технічних засобів, дозволених до застосування МОЗ України та Держспоживстандартом, поліцейські використовують спеціальні технічні засоби, які мають, зокрема, сертифікат відповідності та свідоцтво про повірку робочого засобу вимірювальної техніки.

«Стратегія розвитку системи Міністерства внутрішніх справ України до 2020 року», затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 22 жовтня 2014 року № 1118-р, передбачає, що Міністерство внутрішніх справ України реформовано в орган управління в системі центральних органів виконавчої влади, який забезпечує формування державної політики в таких сферах: 1) забезпечення охорони прав людини і основних свобод, інтересів суспільства і держави; 2) протидії злочинності; 3) підтримання публічної безпеки і порядку; 4) надання поліцейських і адміністративних послуг; 5) захист державного кордону та охорони суверенних прав України; 6) організації цивільного захисту, запобігання виникненню надзвичайних ситуацій і ліквідації їх наслідків; 7) міграції і громадянства [17].

Позбавившись статусу «міністерства міліції», Міністерство внутрішніх справ України стало багатопрофільним цивільним відомством європейського типу, що координує діяльність органів, які реалізують державну політику у сфері внутрішніх справ. Таким чином розмежовано завдання політичного управління і професійної діяльності у сфері внутрішніх справ України. Такий підхід є основоположним для подальшого розвитку системи МВС.

Реалізація Стратегії складатиметься з послідовних кроків на основі оптимальних рішень, які враховують позитивний досвід і кращі практики провідних країн світу, забезпечуватиме реалізацію цілей Стратегії відповідно до основних положень, закріплених у Конституції України, законах України, та узгоджуватиме зміст заходів з іншими державними рішеннями стратегічного рівня. Так, у межах своєї компетенції МВС забезпечить реалізацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, Стратегії національної безпеки України, затвердженої Указом Президента України від 26 травня 2015 року № 287, Концепції розвитку сектору безпеки і оборони України, затвердженої Указом Президента України від 14 березня 2016 року № 92, Стратегії реформування державного управління на 2016-2020 роки, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 червня 2016 року № 474-р.

Крім того, МВС сприятиме впровадженню євроінтеграційної політики у сфері внутрішніх справ та досягненню критеріїв, необхідних для набуття повноправного членства України в Організації Північноатлантичного договору.

У науково-практичному коментарі до Закону України «Про національну поліцію» від 1 січня 2016 року зазначено: забороняється застосування технічних засобів, які не сертифіковані в Україні, у разі, якщо вони підлягають сертифікації відповідно до чинного зако-

нодавства, та які не пройшли метрологічної повірки або мають свідоцтво про таку повірку, термін дії якого минув (як приклад: портативний пристрій вимірювання швидкості транспортних засобів TruCam виробництва США отримав відповідний експертний висновок Державної служби зв'язку та інформації України, який дійсний до 2021 року), а також передавати такі прилади для користування безпосередньо на маршрути патрулювання без здійснення контролю командиром підрозділу результатів роботи приладу за зміну [18 с. 17].

Цей перелік, безумовно, не є вичерпним. Водночас вивчення та пошук шляхів вирішення навіть цих проблем є сучасним завданням адміністративного права. Деякі істотні положення цих нормативно-правових актів є далеко не безперечними і потребують широкого обговорення із залученням усіх заінтересованих сторін. Правові аспекти вимагають подальшого вивчення з подальшими пропозиціями щодо удосконалення законодавства України в галузі використання технічних засобів.

Висновки

Підсумовуючи певні теоретичні та нормативно-правові аспекти використання технічних засобів у діяльності правоохоронних органів, зазначимо, що, як і будь-який вид діяльності, таке використання повинне мати певні юридичні підстави. Однак зміна законодавства – досить інерційний, повільний процес, який не встигає за стрімким розвитком технологій. Отже, сьогодні не лише в Україні, а й в інших країнах законодавче регулювання діяльності, пов'язаної із застосуванням технічних засобів, перебуває на етапі становлення. Немає сумніву, що запорукою стабільного мирного розвитку країни є дотримання законності всіма її громадянами без винятків та створення такого законодавства, що максимально задовольняло би потребу рівноваги між безпекою та розвитком держави. У сучасних умовах правоохоронна діяльність поліції не може успішно здійснюватися без належного застосування досягнень науки і техніки.

Хотілося б додати, що формування пропозицій щодо удосконалення чинної нормативно-правової бази має реалізовуватися на підставі детального аналізу чинних норм законодавства з питань застосування технічних засобів у адміністративному провадженні шляхом визначення основних проблемних моментів, пов'язаних із недосконалістю положень як КУпАП, так і інших законів та підзаконних актів. Інформація, яку одержують і фіксують, застосовуючи засоби і матеріали відеозапису, має якісні переваги (у вірогідності, об'єктивності, зручності використання), що вигідно відрізняють її від інформації, одержаної за допомогою інших технічних засобів.

Видається за доцільне виконати таке:

1. Розробити правила застосування технічних засобів під час проведення заходів з охорони публічної безпеки, порядок використання здобутої інформації;

3. Розробити та нормативно затвердити тактико-технічні вимоги до технічних засобів, що застосовуються у Національній поліції України;

4. Розробити типові тактичні прийоми їх правомірного застосування;

5. Підготувати спеціалістів для роботи з технічними засобами.

6. Усунути такі прогалини у чинному законодавстві:

– В адміністративному законодавстві бракує єдиного підходу до визначення поняття «технічний засіб»;

– У законодавчих актах лише частково визначені умови застосування технічних засобів у практичній діяльності правоохоронних органів;

– Відсутність у законодавстві визначення видів та функцій технічних засобів;

– У законодавчих актах немає визначення поняття «дані, одержані у результаті використання науково-технічних засобів».

Список використаних джерел:

1. Конституція України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1996. № 30. Ст. 141.

2. «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»: Закон України від 18 березня 2004 року № 1629-IV.

3. Загальна декларація прав людини : прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року: Документ № 995-015, поточна редакція від 10.12.1948. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 03.10.2018).

4. Міжнародний договір про громадянські та політичні права (1966 р.). Документ 995_043, чинний, поточна редакція – Ратифікація від 19.10.1973, підстава – 2148-08. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (дата звернення: 03.10.2018).

5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: ратифікована Законом № 475/97-ВР від 17.07.1997. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004. (дата звернення: 03.10.2018)

6. Преамбула Європейського кодексу соціального забезпечення 1964 р. (переглянутий 6 листопада 1990 р.). Європейський кодекс соціального забезпечення (переглянутий) (ETS № 139). URL:http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_651.

7. Підсумковий документ віденської зустрічі представників держав – учасниць Наради з питань безпеки та співробітництва в Європі (1989 р.). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_113.

8. Паризька Хартії для нової Європи від 21 листопада 1990 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_058.

9. Мердок Джим, Рош Ральф. Європейська конвенція з прав людини та охорони правопорядку: посібник для співробітників поліції та правоохоронних органів / Рада Європи, вересень 2013 р. Українське видання: «Центр». С. 80.

10. «Про Європейський кодекс поліцейської етики»: Рекомендація, ухвалена Комітетом Міністрів 19 вересня 2001 р. на 765-му засіданні заступників Міністрів. URL: http://pravo.org.ua/files/Criminal%20justice/rec1.pdf (дата звернення: 03.10.2018).

11. Європейська конвенція про передачу провадження у кримінальних справах (ETS № 73). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_008. (дата звернення: 03.12.2018).

12. «Про місцеве самоврядування в Україні»: Закон України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1997. № 24. Ст. 170.

13. Департамент комунікації МВС України. URL: http://mvs.gov.ua/ua/news/16426_Arsen_Avakov (дата звернення: 23.11.2018).

14. Кобець М.В., Жуков Б.В., Артеменко П.П., Кудінов В.А. Спеціальна техніка: основні поняття, терміни та визначення: навчальний посібник. К.: "Аванпост – Прим", 2013.

15. Кодекс України про адміністративні правопорушення 1984 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10

16. Стратегія розвитку системи Міністерства внутрішніх справ України до 2020 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_113. (дата звернення: 20.11.2018).

17. Науково-практичний коментар до Закону України «Про національну поліцію» (станом на 1 січня 2016 р.). К.: «Центр учбової літератури», 2016. 400 с.

18. Про Національну поліцію, Положення про патрульну службу МВС, Положення про Національну поліцію: чинне законодавство станом на 10 лист. 2015 р.: (офіц. текст). К.: Паливода А.В., 2105. 104 с.

Статья посвящена анализу правовой природы использования технических средств фиксации правонарушений. Сосредоточено внимание на действующей нормативно-правовой базе нашего государства, регулирующей отношения в сфере использования технических средств. В рамках административно-правового исследования это важно по многим причинам, ключевые из которых: 1) прикладной характер юридического научного исследования в основном обусловливает необходимость внесения изменений в действующее законодательство, что возможно лишь при условии анализа настоящего его состояния; 2) значительная часть проблемных аспектов использования технических средств в Украине связана именно с недостатками нормативно-правовой базы; 3) важно проанализировать соответствие подзаконных нормативно правовых актов в сфере использования технических средств и тому подобное.

Ключевые слова: законность применения технических средств, научно-техническая обоснованность технических средств, правовые основания применения технических средств.

In analyzing the legal nature of the use of technical means of fixing offenses, one should focus on the current regulatory framework, the provisions of which determine regulation in the use of technical means of fixing offenses. Within the framework of administrative and legal research, this is important for many reasons, the key of which are:1) the applied nature of legal scientific research largely determines the need for amendments to the current legislation, which is possible only subject to an analysis of its current state; 2) a considerable part of the problem aspects of the use of technical means in Ukraine lies in the shortcomings of the legal and regulatory framework; 3) it is important to analyze the compliance of sub-legal normative acts in the sphere of the use of technical means, etc.

Key words: legality of the use of technical means, scientific and technical feasibility of technical means, legal basis for the use of technical means.

УДК 342.55; 342.6

Юрій Буглак,
канд. юрид. наук,
докторант Донецького юридичного інституту
Міністерства внутрішніх справ України

ВИДИ ВІДНОСИН ТА СФЕРИ, ЯКІ ЗУМОВЛЮЮТЬ РОЗМЕЖУВАННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ МІЖ ОРГАНАМИ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ ТА ОРГАНАМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

У статті узагальнені та проаналізовані нормативно-правові та теоретико-правові підходи до виокремлення відносин і сфер, які зумовлюють розмежування повноважень між органами виконавчої влади і органами місцевого самоврядування. Здійснено авторську класифікацію видів відносин, які зумовлюють таке розмежування. Визначено основні сфери, які зумовлюють розмежування повноважень між органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування.

Ключові слова: місцеве самоврядування, виконавча влада, місцеві органи влади, повноваження, розмежування, делегування, субсидіарність, компетенція.

Постановка проблеми. Об'єктивна необхідність розмежування повноважень між органами виконавчої влади і органами місцевого самоврядування зумовлена історично сформованими відносинами між даними органами та сферами їхньої компетенції, які при цьому є досить різноманітними. Водночас нагальна потреба в удосконаленні розмежування повноважень між органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування в контексті здійснюваних адміністративно-територіальної та бюджетної реформ, децентралізації влади тощо вимагає чіткого визначення й аналізу відповідних відносин і сфер, що набуває особливого значення з огляду на переважну суміжність сфер компетенції органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти даної проблематики знаходять своє висвітлення в роботах В.Б. Авер'янова, О.В. Батанова, В.І. Борденюка, І.С. Волохової, Л.К. Воронової, В.А. Дерець, О.Б. Заверухи, О.В. Ільницького, Л.В. Коваль, Б.П. Курашвілі, А.Ф. Мельника, О.А. Музики-Стефанчук, Н.Р. Нижник, О.Ю. Оболенського, М.В. Пундика, В.М. Селіванова, В.Ф. Сіренка, С.Г. Стеценка, В.М. Федосова, В.В. Цвєткова, О.В. Чеберяко, С.І. Юрія та інших науковців.

Не вирішені раніше проблеми. Проте комплексні дослідження відносин та сфер, які зумовлюють розмежування повноважень між органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування, нині відсутні.

Метою статті є визначення видів і сфер, які зумовлюють розмежування повноважень між органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування.

Виклад основного матеріалу. Як слушно зазначає М.В. Пундик, характеристика регіонального урядування як системи управління спрямована насамперед на встановлення видів взаємовідносин та відповідних зв'язків між органами публічної влади, представлених на регіональному рівні, адже елементи у будь-якій системі існують не самі по собі, а взаємопов'язані [1, с. 47]. З цього приводу О.В. Батанов стверджує, що відносини, які виникають під час взаємних контактів місцевих органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування, відрізняються певними завданнями, порядком і способами здійснення взаємовідносин, а також об'ємом компетенції суб'єктів взаємовідносин [2, с. 25]. Зазначене вище обґрунтовує доцільність виокремлення окремих специфічних видів відносин між органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування, які в підсумку зумовлюють розмежування їх повноважень.

Серед науковців немає єдності щодо критеріїв класифікації і, відповідно, видів даних відносин. Зокрема, М.В. Пундик класифікує відносини між органами публічної влади на регіональному рівні таким чином: 1) за сферами діяльності: а) економічні (спільні рішення органами публічної влади у сфері економіки); б) фінансові (з приводу фінансів: утворення фінансових ресурсів, їх первинного розподілу та перерозподілу); в) соціальні

© Ю. Буглак, 2018

(спільна діяльність з підвищення якісних характеристик соціальної сфери); г) ресурсні (спільна діяльність органів, що спрямована на зростання ефективності використання ресурсного потенціалу регіону); д) інфраструктурні (охоплюють питання створення, підтримки та модернізації інфраструктурних об'єктів регіону); е) силові (специфічна взаємодія «силових» органів, спрямована на забезпечення громадського порядку та безпеки на рівні регіону); 2) за кількістю органів публічної влади, що беруть участь у взаємодії: а) двосторонні (за участю двох органів публічної влади); б) багатосторонні (за участю трьох і більше органів публічної влади); 3) за ступенем участі суб'єктів: а) активні (в основу покладено принцип рівності учасників, коли наявна можливість ведення активного діалогу за схемою «питання-відповідь» без затримання у часі); б) пасивні (ініціатором дій виступає одна зі сторін, а інша залишається пасивним суб'єктом процесу, дозволяючи використовувати свої ресурси, не беручи при цьому безпосередньої участі); в) пасивно-активні; 4) за характером зв'язків: а) формальні; б) неформальні (не оформлені документально); 5) за регулярністю здійснення: регулярні та разові; 6) за термінами: короткострокові, середньострокові та довгострокові; 7) залежно від об'єкта: інформаційні (об'єкт – інформація); міжфункціональні (об'єкт – повноваження); програмні (об'єкт – програма); міжгалузеві (об'єкт – галузь публічного управління); документарні (об'єкт – документи); кадрові (об'єкт – кадри); 8) залежно від способу досягнення остаточного результату перебування органів публічної влади у відносинах: субординаційні, координаційні та реординаційні відносини; 9) вертикальні та горизонтальні відносини [1, с. 48-49].

Проте, незважаючи на досить повну і широку класифікацію, запропоновану автором, на наш погляд, субординаційні та вертикальні, координаційні і горизонтальні зв'язки здебільшого є тотожними за змістом і відображають характер і природу таких взаємовідносин. Сфери діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування не обмежуються лише вище зазначеними, і їх перелік є значно ширшим, про що детальніше йтиметься далі, де розглядатимуться безпосередньо сфери, які зумовлюють розмежування повноважень між органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування.

У свою чергу, С.Г. Стеценко виокремлює такі види відносин між органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування: 1) за характером взаємодії суб'єктів: а) вертикальні (одна зі сторін має владні повноваження стосовно іншої, яка їй підпорядкована); б) горизонтальні (виникають між не підпорядкованими один одному органами влади, наприклад, адміністративний договір між органом виконавчої влади та органом місцевого самоврядування; 2) за метою відносин: а) регулятивні (пов'язані з реалізацією позитивних завдань державної влади); б) правоохоронні (пов'язані з реалізацією засобів адміністративної відповідальності до правопорушників); 3) за предметом правового регулювання: а) матеріальні (виникають на основі матеріальних норм адміністративного права); б) процесуальні (виникають на основі процесуальних норм адміністративного права); 4) за характером дій зобов'язаного суб'єкта: а) активні (коли зобов'язаний суб'єкт повинен учинити якісь дії; б) пасивні (коли зобов'язаний суб'єкт повинен утриматися від учинення певних дій) [3].

У даному контексті А.Ф. Мельник, О.Ю. Оболенський та інші правознавці стверджують, що відносини місцевих державних адміністрацій є складовою частиною державно-управлінських відносин, які виникають між органами державної влади у горизонтальних та вертикальній проекціях. На думку авторів, вони поділяються: 1) за характером: а) на адміністративні (субординаційні); б) функціональні (координаційні); в) дисциплінарні; г) відносини ініціативи; 2) за формою і вираженням: правові й неправові; 3) за сферами виявлення: галузеві, територіальні, міжрегіональні, територіально-галузеві [4, с. 210].

Як бачимо, більшість авторів виокремлюють вертикальні (субординаційні) та горизонтальні (координаційні) відносини між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування. Зупинимось на них детальніше. Зокрема, О.В. Батанов підкреслює, що розгляд основних моделей взаємовідносин між місцевими органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування приводить до висновку, що єдиним основним змістом взаємовідносин є питання: чи засновані ці відносини на підпорядкуванні або на рівному партнерстві [2, с. 25-26]. Саме у зв'язку з цим автор розглядає взаємовідносини органів виконавчої влади та місцевого самоврядування в рамках моделей «субординаційних відносин», «координаційних відносин» та «реординаційних відносин».

Так, субординаційні відносини будуються на основі прямого підпорядкування, здійснюються між органами, які перебувають у субординаційних структурних зв'язках, між якими існують управлінські відносини, ко-

трі функціонують за принципом «вертикалізації» (відносини підзвітності і підконтрольності). Тобто в будь-якому разі сторони у відносинах субординації є нерівноправними та взаємодіють одна з одною за принципом «влада-підпорядкування», причому кожен вищий рівень управління в силу своєї компетенції та обсягу діяльності акумулює та виражає ширші, складніші суспільні потреби, інтереси, ніж нижчий, оскільки субординаційні зв'язки можуть передбачати виключну компетенцію вищого за організаційно-правовим рівнем органу щодо нижчого органу [4, с. 92]. На нашу думку, наявність саме субординаційних (вертикальних) відносин чи не найбільше впливає на необхідність розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування. Натомість координаційні відносини, як правило, пріоритетні в тих сферах громадського життя, які рівною мірою важливі для держави в цілому і для територіальних громад зокрема, тобто стосуються загальних інтересів (державних і місцевих). Тобто координаційними є взаємовідносини у вирішенні питань економічного, соціального і культурного розвитку територій, у галузі соціального захисту населення, охорони навколишнього середовища і раціонального використання природних ресурсів відповідних територій, у сфері забезпечення законності, правопорядку, прав і свобод громадян.

Крім того, між досліджуваними органами влади виникає і третій тип характерних відносин – реординаційні відносини між місцевими органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування, що полягають у взаємному інформуванні, виражаються в конкретних діях і у відповідних управлінських актах [5, с. 32–35]. Реординаційні відносини доповнюють і зміцнюють субординаційні та координаційні відносини і є, так би мовити, відносинами зворотного впливу, що відображають право або обов'язок відреагувати в певному порядку та в певні терміни на пропозиції, рекомендації, клопотання, вимоги іншої сторони, що особливо актуально у сфері делегованих повноважень.

У даному контексті Ж. Завальна узагальнює, що загалом відносини державного управління (у т. ч. відносини органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, що зумовлюють розмежування повноважень між ними) є предметом адміністративно-правового регулювання (здійснення діяльності органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування в адміністративному порядку щодо забезпечення: реалізації прав громадян та юридичних осіб; виконання громадянами та юридичними особами покладених на них законом обов'язків; захисту прав громадян та юридичних осіб), натомість предметом договірного регулювання можуть бути не всі види управлінських відносин, а тільки їх частина – координаційні та реординаційні види відносин. На думку автора, саме в цих двох видах відносин ініціатива будь-якої зі сторін спрямована на погодження волевиявлення за відсутності юридичної відповідальності за неприйняття пропозиції щодо встановлення таких відносин, і в даних видах відносин наявні й основна ознака можливості використання договірного регулювання, і факультативна [6].

Окрім розглянутих вище, мають місце матеріальні, фінансові, бюджетні і, що особливо важливо у розподілі повноважень досліджуваних органів, міжбюджетні відносини. Як стверджує Л.В. Фещенко, міжбюджетні відносини передбачають: 1) законодавче розмежування повноважень держави та місцевого самоврядування щодо надання соціальних послуг; 2) установлення сфери їхніх спільних повноважень; 3) визначення видатків державного та місцевих бюджетів, якими фінансуються суспільні послуги; 4) розподіл доходів між державним та місцевими бюджетами; 5) установлення переліку делегованих повноважень органів державної влади органам місцевого самоврядування; визначення політики держави у сфері фінансового вирівнювання [7, с. 104].

У ст. 81 Бюджетного кодексу України визначено, що міжбюджетні відносини – це відносини між державою, Автономною Республікою Крим та територіальними громадами щодо забезпечення відповідних бюджетів фінансовими ресурсами, необхідними для виконання функцій, передбачених Конституцією України та законами України. Відповідно метою регулювання міжбюджетних відносин є забезпечення відповідності повноважень на здійснення видатків, закріплених законодавчими актами за бюджетами, та фінансових ресурсів, які мають забезпечувати виконання цих повноважень [8]. Цікаво зазначити, що відповідно до ст. 82 Кодексу розмежовуються види видатків бюджетів і, на наш погляд, відповідні сфери, які так чи інакше зумовлюють розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, зокрема такі: 1) видатки на забезпечення конституційного ладу, державної цілісності та суверенітету, незалежного судочинства, а також інші, передбачені цим Кодексом видатки, які не можуть бути передані на виконання Автономній Республіці Крим та місцевому самоврядуванню; 2) видатки, які визначаються функціями дер-

жави і можуть бути передані на виконання Автономній Республіці Крим та місцевому самоврядуванню з метою забезпечення найбільш ефективного їх виконання на основі принципу субсидіарності; 3) видатки на реалізацію прав та обов'язків Автономної Республіки Крим та місцевого самоврядування, які мають місцевий характер і визначені законами України [8]. Розмежування видатків між місцевими бюджетами здійснюється на основі принципу субсидіарності з урахуванням критеріїв повноти надання гарантованих послуг та наближення їх до безпосереднього споживача.

Із зазначеного вище випливають і відповідні сфери (межі компетенції), що зумовлюють розподіл повноважень між органами виконавчої влади та місцевого самоврядування. К. Живодьор у цьому контексті наголошує, що розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування слід здійснювати у спосіб визначення переліку сфер суспільного життя, які доцільно віднести до компетенції місцевого самоврядування, залишивши вирішення інших питань за місцевими держадміністраціями, і, крім виключних повноважень кожної зі сторін, необхідно обов'язково виокремити й сфери спільної дії [9], із чим варто погодитися.

В. Соколов і Д. Хижняк зазначають, що повноваження місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування базуються на принципах галузевої компетенції, яку поділяють на три види: 1) виняткову компетенцію місцевих державних адміністрацій (наприклад, державний контроль); 2) суміжну компетенцію, коли місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування наділяються повноваженнями в одній галузі суспільного життя, але мають різні предмети відання (більшість повноважень обох гілок місцевої влади, які потребують розмежування як на законодавчому рівні, так і в процесі правореалізації); 3) виняткову компетенцію органів місцевого самоврядування (рад, частково їх виконавчих органів, наприклад, управління комунальною власністю) [10, с. 147].

В.І. Борденюк до сфер (галузей), де найтісніше переплітаються повноваження органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, відносить такі сфери: 1) економічного і соціально-культурного розвитку відповідних територій (освіта, культура, охорона здоров'я, соціальний захист та зайнятість населення тощо); 2) охорони навколишнього природного середовища та регулювання земельних відносин; 3) забезпечення громадської безпеки та охорони громадського порядку тощо [11, с. 233].

Більш повний перелік сфер, які зумовлюють розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, міститься в ст. 13–14 та главі 2 «Основні галузеві повноваження місцевих державних адміністрацій» Закону України «Про місцеві державні адміністрації» від 09.04.1999 № 586-XIV [12], а також у главах 1–4 розділу 2 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 № 280/97-ВР [13], серед яких слід виокремити такі сфери: 1) соціально-економічний розвиток відповідних територій; 2) бюджет, фінанси та ціни, планування та облік; 3) управління майном, приватизація, сприяння розвитку підприємництва та здійснення державної регуляторної політики; 4) містобудування, житлово-комунальне господарство, побутове, торговельне обслуговування, транспорт і зв'язок; 5) використання та охорона земель, природних ресурсів і охорона довкілля; 6) промисловість, сільське господарство, будівництво, транспорт і зв'язок; 7) наука, освіта, охорона здоров'я, культура, фізкультура і спорт, материнство і дитинство, сім'я та молодь; 8) соціальне забезпечення та соціальний захист населення; 9) зайнятість населення, праця та заробітна плата; 10) забезпечення законності, правопорядку, прав, свобод і законних інтересів громадян; 11) міжнародні та зовнішньоекономічні відносини; 12) оборонна робота та мобілізаційна підготовка; 13) вирішення питань адміністративно-територіального устрою.

Щодо окремих сфер господарського та соціально-культурного розвитку відповідних територій, як зазначає В.І. Борденюк, за змістом вище наведених законів іноді важко визначити, які саме питання належать до повноважень органів місцевого самоврядування, а які – до відання місцевих органів виконавчої влади, що особливо помітно у так званих галузевих законах, де повноваження органів місцевого самоврядування досить часто визначаються в єдиному контексті з місцевими органами виконавчої влади в одній статті. Тому, на думку автора, повноваження органів місцевого самоврядування, по суті, поглинаються повноваженнями органів виконавчої влади, через що останні виявляються більш повноважними, аніж органи місцевого самоврядування. Тобто зміст повноважень органів місцевого самоврядування свідчить про те, що вони беруть участь у реалізації практично одних і тих самих об'єктних функцій держави (політичної, економічної, соціальної тощо), що й місцеві органи виконавчої влади, про відносеність органів місцевого самоврядування до

механізму здійснення функцій держави свідчить і перелік послуг, які вони зобов'язані надавати громадянам у різноманітних сферах управлінської діяльності [11, с. 233–234].

Висновки

Отже, в результаті узагальнення та аналізу, викладеного вище, доходимо висновку, що розмежування повноважень між органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування відбувається в таких основних сферах їх повсякденної діяльності: 1) виключна сфера державних органів виконавчої влади, повноваження щодо якої не можуть бути переданими органам місцевого самоврядування (сфери забезпечення конституційного ладу, державної цілісності та суверенітету, національної безпеки тощо); 2) суміжні сфери діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, повноваження щодо яких можуть передаватися державою органами місцевого самоврядування, базуючись на доцільності делегування, принципі субсидіарності, показниках бюджетної самостійності та фінансової спроможності (сфери соціально-економічного розвитку відповідних територій; бюджету, фінансів та цін, їх планування та обліку; науки, освіти, охорони здоров'я, культури, фізкультури і спорту, материнства і дитинства, сім'ї та молоді; соціального забезпечення та соціального захисту населення; забезпечення законності, правопорядку, прав, свобод і законних інтересів громадян та інші); 3) сфера власних повноважень органів місцевого самоврядування (сфери управління комунальною власністю; житлово-комунального господарства, побутового, торговельного обслуговування, громадського харчування, транспорту і зв'язку; містобудування, мобілізаційної роботи тощо).

Крім того, розмежування повноважень між органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування об'єктивно зумовлене такими видами відносин, які мають місце між даними органами влади: 1) за характером відносин: вертикальні (субординаційні, відносини підпорядкування та контролю); горизонтальні (координаційні, договірні); реординаціні (відносини «зворотного зв'язку»); 2) відповідно до цілі виникнення та існування відносин: управлінські, регулятивні, охоронні, організаційні тощо; 3) за сферою впливу: адміністративно-правові, соціально-економічні, фінансові, бюджетні, міжбюджетні, інфраструктурні, ресурсні тощо; 4) відповідно до форми відносин: правові (офіційні, формальні), неправові (неофіційні, неформальні); 5) виходячи з предмета адміністративно-правового регулювання: матеріальні, процесуальні; 6) за кількістю учасників відносин: двосторонні, багатосторонні; 7) відповідно до характеру взаємодії учасників відносин: активні, пасивні; 8) за суб'єктами – учасниками відносин: між місцевими державними адміністраціями та відповідними обласними, районними радами, сільськими, селищними і міськими радами, їх виконавчими органами та сільськими, селищними і міськими головами тощо.

Список використаних джерел:

1. Пундик М.В. Управлінські зв'язки у системній взаємодії органів публічного управління на регіональному рівні. Публічне управління: теорія та практика. 2013. Вип. 1. С. 47-53.

2. Батанов О.В. Взаємовідносини між місцевими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування: проблеми адміністративно-правової теорії та практики. Вісник Запорізького національного університету. 2012. № 1. С. 22-29.

3. Стеценко С.Г. Адміністративне право України: навчальний посібник. К.: Атіка, 2007. 624 с.

4. Державне управління: навчальний посібник / А.Ф. Мельник, О.Ю. Оболенський, А.Ю. Васіна, Л.Ю. Гордієнко; за ред. А.Ф. Мельник. К.: Знання-Прес, 2003. 343 с.

5. Дерець В. Реординаційні відносини як окремий вид управлінських відносин між органами виконавчої влади. Право України. 2005. № 5. С. 32-35.

6. Завальна Ж. Адміністративні відносини, що можуть підпадати під договірне регулювання. Юридична Україна. URL: http://www.pravnuk.info/urukrain/1037-administrativni-vidnosini-shho-mozhut-pidpadati-pid-dogovirne-regulyuvannya.html

7. Фещенко Л.В., Проноза П.В., Кузьминчук Н.В. Бюджетна система України: навчальний посібник. К.: Кондор, 2008. 440 с.

8. Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 № 2456-VI. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2010. № 50-51. Ст. 572.

9. Живодьор К. Взаємодія місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування в Україні: проблеми та шляхи їх вирішення. URL: http://naub.oa.edu.ua/2012/vzaemodiya-mistsevyh-derzhavnyh-administratsij-ta-orhaniv-mistsevoho-samovryaduvannya-v-ukrajini-problemy-ta-shlyahy-jih-vyrishennya/

10. Соколов В., Хижняк Д. Місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування: взаємодія і розмежування повноважень. Наукові записки Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І. Ф. Кураса. 2009. Вип. 44. С. 144-150.

11. Борденюк В.І. Місцеве самоврядування і сфера виконавчої влади. Актуальні проблеми держави і права. 2005. Вип. 24. С. 230-242.

12. Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 09.04.1999 № 586-XIV. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1999. № 20-21. Ст. 190.

13. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 № 280/97-ВР. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1997. № 24. Ст. 170.

В статье обобщены и проанализированы нормативно-правовые и теоретико-правовые подходы к выделению отношений и сфер, которые обусловливают разграничения полномочий между органами исполнительной власти и органами местного самоуправления. Осуществлена авторская классификация видов отношений, которые обусловливают такое разграничение. Определены основные сферы, которые обусловливают разграничения полномочий между органами исполнительной власти и органами местного самоуправления.

Ключевые слова: местное самоуправление, исполнительная власть, местные органы власти, полномочия, разграничение, делегирование, субсидиарность, компетенция.

The article summarizes and analyzes normative, legal and theoretical approaches to the allocation of relations and spheres that determine the delineation of powers between executive authorities and local self-government bodies. Author's classification of types of relations that determine such a distinction is carried out. The main spheres that determine the delineation of powers between executive bodies and local self-government bodies are determined.

Key words: local self-government, executive power, local authorities, powers, demarcation, delegation, subsidiarity, competence.

УДК 342.9: 338.46:61(477)

Микола Васюк,
аспірант
Національного університету біоресурсів і природокористування України

ОРГАНИ ПУБЛІЧНОГО УПРАВЛІННЯ ЯК СУБ'ЄКТИ НАДАННЯ ПОСЛУГ У МЕДИЧНІЙ ГАЛУЗІ УКРАЇНИ

У статті аналізується діяльність органів публічного управління уповноважених на здійснення діяльності з надання публічних послуг у медичній галузі. Звертається увага на проблемні питання, наявні в діяльності органів управління, та визначається система суб'єктів публічного управління надання публічних послуг у медичній галузі України.

Ключові слова: адміністративне право, управління, суб'єкти управління, медична галузь, послуги.

Постановка проблеми. Нині в Україні здійснюються демократичні зміни, що сприяють удосконаленню діяльності суб'єктів публічного управління у медичній галузі. Правові засади діяльності суб'єктів публічного управління надання послуг у медичній галузі регулюються значною кількістю нормативно-правових актів, серед яких провідну роль відіграють норми публічного права. Проте реформування сфери охорони здоров'я, прийняття доповнень і змін до чинного законодавства зумовлюють теоретичний і практичний інтерес до суб'єктів публічного управління надання послуг у медичній галузі України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, що розглядаються у цій стаатті, порушували В. Б. Авер'янов, Ю. П. Битяк, І. Б. Дутчак, І. Б. Каліушко, В. І. Курило, В. Я. Малиновський, О. П. Світличний, О. Г. Стрельченко, С. Г. Стеценко, В. П. Тимощук, В. М. Шаповал та ін. Опосередковано питання діяльності суб'єктів медичної практики розкривалися у працях Л. М. Дешко, Л. І. Кущ, В. М. Пашкова, А. В. Симонян. Окремим питанням адміністративно-правового регулювання фармацевтичної діяльності присвячене дослідження Н. В. Волк. Утім роботи щодо діяльності суб'єктів публічного управління з надання послуг у медичної галузі недостатньо представлені у сучасній юридичній літературі, що й зумовлює актуальність дослідження цього питання.

Мета статті полягає у визначенні суб'єктів публічного управління з надання послуг у медичній галузі України.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до Конституції України людина, її життя і здоров'я честь та гідність є найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини визначають зміст та спрямованість діяльності держави. Ці конституційні засади спонукають до переосмислення ролі держави та відносин між владою і громадянами. Держава повинна не управляти суспільством, а надавати йому послуги. Громадяни у відносинах з державою є не прохачами, а споживачами послуг [1, с. 300].

Сучасне адміністративне право регулює широке коло суспільних відносин, нерозривно пов'язане з інститутами публічної влади та публічного управління. Норми адміністративного права наділяють правосуб'єктністю широке коло суб'єктів адміністративно-правових відносин, правове становище яких у сфері публічного управління визначається характером і обсягом повноважень. Така діяльність зумовлює наявність значної кількості суб'єктів публічного управління, які наділені різними юридичними властивостями і повноваженнями, таким суб'єктом є так звана публічна адміністрація [2, с. 205].

Поняття «суб'єкти публічної адміністрації» у теорії адміністративного права є категорією не новою. Структурними елементами системи публічної адміністрації є органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування. Ознакою, що притаманна публічним послугам, є суб'єкти, які здійснюють надання цих публічних послуг. Згідно з п. 3 ст. 1 Закону України «Про адміністративні послуги» суб'єктами надання адміністративної послуги є орган виконавчої влади, інший державний орган, орган влади Автономної Республіки Крим, орган місцевого самоврядування, їх посадові особи, державний реєстратор, суб'єкт державної реєстрації, уповноважені відповідно до закону надавати адміністративні послуги [3].

© М. Васюк, 2018

Отже, ключовими суб'єктами надання адміністративних послуг є органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, а також інші уповноважені органи (їх посадові особи), які вступають в адміністративно-правові відносини з приводу виконання покладених на них обов'язків і реалізації належних їм прав у сфері надання публічних послуг у медичній галузі. При цьому слід звернути увагу на те, що в юридичній літературі вживаються різноманітні визначення терміна «послуги». О. П. Світличний зазначає, що, незважаючи на певний ступінь розробленості, поняття «послуга» залежно від галузевої належності у нормативних актах, а також у науковій літературі по-різному тлумачиться науковцями, чиї точки зору зазвичай не збігаються між собою [4, с. 298]. У свою чергу А.В. Рабінович, звертає увагу на те, що має бути розроблена така загально-юридична інтерпретація послуги (і сформульована її дефініція), яка б охоплювала будь-які галузево-юридичні послуги: і приватно правові (насамперед, цивілістичні), і публічно-правові (зокрема, адміністративні) [5, с. 142].

У питанні надання адміністративних послуг органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, а також іншими уповноваженими органами та їх посадовими особами, як слушно зазначають І. Б. Коліушко і В. П. Тимощук, «слід виходити із того, що найбільш широким (родовим) поняттям щодо послуг є поняття публічних послуг» [1, с. 301].

Адміністративне право регулює діяльність із надання публічних послуг, тобто діяльність суб'єктів публічної адміністрації (органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, інших уповноважених органів), у ході якої надаються різноманітні послуги у медичній галузі, за якими фізичні або юридичні особи звертаються із заявою до зазначених органів та їх посадових осіб. З огляду на специфіку надання публічних медичних послуг, серед вказаних суб'єктів публічної адміністрації найбільшу роль відіграє Міністерство охорони здоров'я України, яке є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України, а також структурні підрозділи цього органу.

Аналіз «Положення про Міністерство охорони здоров'я України» свідчить, що міністерство виконує в межах повноважень, передбачених законом, інші функції з управління об'єктами державної власності, що належать до сфери управління МОЗ України, здійснює ліцензування господарської діяльності з медичної практики, затверджує порядок здійснення контролю за додержанням ліцензійних умов провадження господарської діяльності з виробництва лікарських засобів, оптової та роздрібної торгівлі лікарськими засобами та критерії і стандарти державної акредитації закладів охорони здоров'я та порядки проведення сертифікації виробництва лікарських засобів, лікарських засобів для міжнародної торгівлі, а також сертифікації підприємств, які здійснюють оптову реалізацію (дистрибуцію) лікарських засобів [6].

У межах визначених повноважень МОЗ України видає накази, які є обов'язковими для його структурних підрозділів. З метою розгляду проблемних питань, що можуть виникати під час державної реєстрації лікарських засобів (а така реєстрація потребує і надання публічних медичних послуг), наказом МОЗ України від 20.03.2012 №178, утворено Комісії з питань державної реєстрації лікарських засобів. Основним завданням Комісії є оцінка дотримання чинного законодавства України під час проведення процедури державної реєстрації лікарських засобів [7].

Структуру МОЗ України становлять підрозділи, які, крім іншого, також спрямовують свою діяльність на надання публічних медичних послуг. У межах статті ми розглядатимемо структурні підрозділи МОЗ України.

З метою надання адміністративних послуг з державної перереєстрації лікарських засобів наказом МОЗ України від 14.02.1992 № 29 було створено ДП «Державний експертний центр МОЗ України» [8]. У структурі МОЗ України також діють: Управління фармацевтичної діяльності та якості фармацевтичної продукції, якому підпорядковані: відділ державної реєстрації лікарських та імунобіологічних засобів та відділ організації обігу лікарських та наркотичних засобів, що здійснюють діяльність із надання публічних медичних послуг щодо державної реєстрації, перереєстрації, внесення змін до реєстраційних матеріалів лікарських засобів та лікарських засобів/ медичних імунобіологічних препаратів, та Управління ліцензування та контролю якості надання медичної допомоги, що включає відділ ліцензування, сертифікації та акредитації, відділ контролю якості медичної допомоги, сектор державного контролю ліцензування медичної практики [9].

Відповідно до вимог наказу МОЗ України від 14.03.2011 № 142 «Про вдосконалення державної акредитації закладів охорони здоров'я» (зі змінами від 20.12.2013 № 1116), заклади, що надають вторинну (спеціалізовану) та третинну (високоспеціалізовану) медичну допомогу, можуть отримати вищу категорію лише за умови наявності сертифіката про відповідність системи управління

якістю, яка впроваджена у закладі [10]. Виконавцем цього наказу стало ДП «Український медичний центр сертифікації», яке належить до сфери управління МОЗ України й уповноважене надавати послуги з оцінки відповідності медичних виробів, сертифікації систем управління якістю [11].

Відповідно до «Положення про Державну службу України з лікарських засобів та контролю за наркотиками», Держлікслужба України є центральним органом виконавчої влади, діяльність якої спрямовується і координується КМУ через МОЗ України. Одним із завдань цієї служби є надання суб'єктам господарювання ліцензії на провадження господарської діяльності з культивування рослин, включених до переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, та з розроблення, виробництва, виготовлення, зберігання, перевезення, придбання, реалізації, ввезення на територію України, вивезення з території України, використання та знищення наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, включених до відповідного переліку; надання суб'єктам господарювання дозволів на ввезення (вивезення), транзит через територію України наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів [12].

Держлікслужба України володіє розгалуженою системою державних підприємств, які, як суб'єкти адміністративно-правових відносин, наділені адміністративною правоздатністю та дієздатністю у галузі надання публічних послуг. Так, ДП «Український науковий фармацевтичний центр якості лікарських засобів» є провідною установою у галузі стандартизації та контролю якості лікарських засобів. Надає послуги арбітражного аналізу лікарських засобів за поданням Держлікслужби України та за зверненнями суб'єктів господарювання [13].

ДП «Центральна лабораторія з аналізу якості лікарських засобів і медичної продукції» проводить незалежний контроль якості та безпеки лікарських засобів в Україні, а також надає послуги з дослідження й експериментальних розробок у сфері інших природничих і технічних наук [14].

ДП «Український фармацевтичний інститут якості» надає послуги: із підтвердження відповідності умов виробництва лікарських засобів вимогам GMP; експертизи для видачі експертних висновків на право ввезення на територію України лікарських засобів; питань фармацевтичної якості медичних виробів; експертизи проектів будівництва та реконструкції виробничих дільниць тощо [15].

Помітну роль у наданні публічних послуг відіграють і недержавні суб'єкти публічної адміністрації, які здійснюють свою діяльність відповідно до нормативних актів та у порядку делегування владних повноважень. Прикладом надання публічних медичних послуг є суб'єкти приватного права. Так, відповідно до наказу Мінекономрозвитку України від 21.07.2015 № 846, приватне підприємство КНДЦ «ПОЛІТОКС» здійснює оцінку відповідності продукції вимогам технічних регламентів [16]. Сьогодні консалтинговий науково-дослідний центр «ПОЛІТОКС» надає публічні послуги із самодекларування медичних виробів вимогам технічних регламентів [17]. Інший приклад: ТОВ «Український центр медичної сертифікації та прогнозування» згідно з наказом Мінекономрозвитку України від 24.12.2015 № 1764 є органом з оцінки відповідності медичних виробів вимогам технічних регламентів [18]. Свою діяльність «Український центр медичної сертифікації та прогнозування» здійснює відповідно до Законів України «Про акредитацію органів з оцінки відповідності» та «Підтвердження відповідності» та надає інформаційні послуги й послуги з оцінки відповідності медичних виробів вимогам технічних регламентів [19].

У зв'язку з однорідністю суспільних відносин, що складаються у галузі надання публічних послуг у медичній галузі, та однорідністю правових норм, якими регулюються ці відносини, публічні послуги у медичній галузі слід вважати окремим видом послуг, що відображають форми діяльності суб'єктів публічної адміністрації.

Висновки

Аналіз нормативно-правового регулювання надання публічних послуг у медичній галузі дозволяє дійти висновку, що публічні послуги у цій галузі характеризуються специфікою галузевого законодавства. Публічні послуги надаються широким колом уповноважених суб'єктів публічної адміністрації шляхом реалізації владних повноважень. Ними можуть бути суб'єкти як публічного права, так і приватного права, які надають публічні послуги на виконання делегованих повноважень. Основними суб'єктами публічної адміністрації, які надають публічні послуги у медичній галузі України, є: Міністерство охорони здоров'я України; Державна служба України з лікарських засобів та контролю за наркотиками; Державний експертний центр МОЗ України; Український медичний центр сертифікації; Український науковий фармацевтичний центр якості лікарських засобів; Центральна лабораторія з аналізу якості лікарських засобів і медичної продукції; Український фармацевтичний інститут якості;

Консалтинговий науково-дослідний центр «ПОЛІТОКС»; Український центр медичної сертифікації та прогнозування.

Загалом позитивно оцінюючи діяльність суб'єктів публічної адміністрації з надання публічних послуг у медичній галузі, до проблемних питань пропонуємо віднести недостатність і обмеженість інформації щодо надання публічних послуг, які надаються суб'єктами публічного права. Тому потребує подальших наукових окремих досліджень інформаційний складник надання публічних послуг, що матиме теоретико-прикладний характер і дозволить покращити надання публічних послуг у медичній галузі.

Список використаних джерел:

1. Адміністративне право України. Академічний курс: підруч.: у двох томах. Т. 1. Загальна частина / ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). К.: Вид-во «Юридична думка», 2007. 592 с.

2. Світличний О. П. Службове право: витоки, сучасність та перспективи розвитку: колективна монографія / за заг. ред. Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова. Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2017. 328 с.

3. Про адміністративні послуги: Закон України від 06.09.2012

№ 5203-VI. Відомості Верховної Ради. 2013. № 32. Ст. 409.

4. Світличний О.П. Адміністративні правовідносини у сфері земельних ресурсів України: проблеми теорії та практики правозастосування: монографія. Донецьк: Державне видавництво «Донбас», 2011. 410 с.

5. Рабінович А.В. Юридично значимі послуги: загальнотеоретичне поняття, класифікація. Право України. 2010. № 8. С. 142–146.

6. Про затвердження Положення про Міністерство охорони здоров'я України: Постанова Кабінету Міністрів України від 25.03.2015 № 267. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/267-2015-п

7. Про утворення Комісії з питань державної реєстрації лікарських засобів при МОЗ України: наказ Міністерства охорони здоров'я України від 20.03.2012 № 178 (в редакції наказу від 25.12.2015 № 901). URL: http:// consultant. parus. ua/?doc=09Z763FF11

8. ДП «Державний експертний центр МОЗ України». Офіційний веб-сайт. URL: http://www.dec.gov.ua/index.php/ua

9. Міністерство охорони здоров'я України. Офіційний веб-сайт. URL: http://www.moz.gov.ua/ua/portal/dep_12/

10. Про вдосконалення державної акредитації закладів охорони здоров'я: наказ Міністерства охорони здоров'я України від 14.03.2011 № 142 (в редакції наказу від 20.12.2013 № 1116). URL: http:// www. medconsulting. com. ua/ ua/ nakazy-moz/ nakaz-moz-ukrajini-no-142-vi-14032011

11. ДП «Український медичний центр сертифікації» Офіційний веб-сайт. URL: http://www.umcs.org.ua/pro-nas/istoriia

12. Положення про Державну службу України з лікарських засобів та контролю за наркотиками : Постанова Кабінету Міністрів України від 12.08.2015 № 647 (в редакції Постанови від 29.08.2018 № 687). URL: http:// zakon.rada.gov.ua/ laws/show/647-2015-п

13. ДП «Український науковий фармацевтичний центр якості лікарських засобів». Офіційний веб-сайт. URL: http://sphu.org/farm-centr/ osnovni-zavdannya-i-napryamki-roboti

14. ДП «Центральна лабораторія з аналізу якості лікарських засобів і медичної продукції. Офіційний веб-сайт. URL: https://youcontrol. com.ua/ catalog/company_details/25412778

15. ДП «Український фармацевтичний інститут якості». Офіційний веб-сайт. URL: http:// gmpcenter.org.ua

16. Про призначення органів з оцінки відповідності продукції вимогам технічних регламентів: Наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 21.07.2015 № 846. URL : http://www. leonorm.com/ p/NL_DOC/UA/ 2015/ Nak846.htm.

17. Консалтинговий науково-дослідний центр «ПОЛІТОКС». Офіційний веб-сайт. URL: http:// politoks.com.ua/

18. Про призначення органів з оцінки відповідності продукції вимогам технічних регламентів: Наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 24.12.2015 № 1764. URL : http://www.leonorm.com/ p/NL_DOC/UA/ 2015/ Nak1764.htm.

19. Український центр медичної сертифікації та прогнозування. Офіційний веб-сайт. URL: http://ucmcp.com.ua

В статье анализируется деятельность органов публичного управления, уполномоченных на осуществление деятельности по предоставлению публичных услуг в медицинской отрасли. Обращается внимание на проблемные вопросы, которые существуют в деятельности органов управления, и определяется система субъектов публичного управления предоставления публичных услуг в медицинской отрасли Украины.

Ключевые слова: административное право, управление, субъекты управления, медицинская отрасль, услуги.

The article analyzes the activities of public administration bodies authorized to carry out the activities of providing public services in the medical sector. Attention is drawn to the problem issues that exist in the activities of the governing bodies, and the system of subjects of public administration of providing public services in the medical sector of Ukraine is determined.

Key words: administrative law, management, subjects of management, medical branch, services.

УДК 342.9

Олег Дубинський,
канд. юрид. наук, доцент, докторант
Національного університету кораблебудування імені адмірала Макарова

СУТНІСТЬ І ОСОБЛИВОСТІ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ ЗА ДОДЕРЖАННЯМ ЗАКОНОДАВСТВА НА АВТОМОБІЛЬНОМУ ТРАНСПОРТІ

У статті обґрунтовано необхідність неухильного додержання законодавства на автомобільному транспорті й посилення державного контролю за його дотриманням. Визначено сутність державного контролю за додержанням законодавства на автомобільному транспорті. Виявлені та охарактеризовані основні особливості державного контролю за додержанням законодавства на автомобільному транспорті.

Ключові слова: державний контроль, додержання законодавства, Укртрансбезпека, автомобільний транспорт, планова перевірка, позапланова перевірка, рейдова перевірка, мораторій.

Постановка проблеми. У сучасних умовах автомобільний транспорт є чи не найпоширенішим та затребуваним видом транспорту як на рівні домогосподарств, так і на рівні бізнес-структур, а також важливим і пріоритетним складником єдиної транспортної системи України. Зокрема, за даними Державної служби статистики України, у 2017 році пасажирооборот автомобільного транспорту склав 35 412,4 млн пас. км, що становить 35,67 % від загального обсягу пасажирообороту різних видів транспорту (99 277,7 млн пас. км). Кількість перевезених пасажирів автомобільним транспортом у 2017 році – 2 018,7 млн осіб, або 43,44 % від загальної кількості перевезених пасажирів різними видами транспорту (4 647,2 млн) [1]. Відповідно, вагомою є і частка вантажообороту за рахунок автомобільного транспорту, що становить 41 178,8 млн т км (12 %), частка обсягу перевезень вантажів – 175,6 млн. т (27,61 %) [2].

Водночас, за даними Національної поліції України, за 2017 рік на дорогах України сталося 146 000 дорожньо-транспортних пригод, у яких загинуло понад 3000 чоловік, і більше 31 000 осіб були травмовані [3]. Тобто автомобільний транспорт поряд зі своєю популярністю є й одним із небезпечних і ризикованих видів транспорту. Це, у свою чергу, вимагає неухильного додержання законодавства на автомобільному транспорті й посилення державного контролю за його дотриманням, який, виходячи із специфіки даної галузі транспорту, має низку особливостей, що потребують теоретичного й практичного дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі питання державного контролю у сфері автомобільного транспорту відображені у працях В.Б. Авер'янова, О.Ф. Андрійко, Г.В. Галімшиної, В.М. Гаращука, А.В. Гаркуші, В.К. Гіжевського, Е.Ф. Демського, М.М. Долгополова, С.В. Ківалова, А.В.Мілашевича, В.В. Новикова, А.М. Подоляки, А.О. Собакаря, Є.В. Циби, В.М. Шудрікова та інших.

Не вирішені раніше проблеми. Незважаючи на значний науковий доробок із даної проблематики, сучасний стан державного контролю за додержанням законодавства на автомобільному транспорті та зміни законодавства в цій сфері зумовлюють необхідність подальшого дослідження сутності та особливостей державного контролю за додержанням законодавства на автомобільному транспорті.

Метою статті є дослідження сутності та особливостей державного контролю за додержанням законодавства на автомобільному транспорті.

Виклад основного матеріалу. Варто зазначити, що загальні основи державного контролю за додержанням законодавства на автомобільному транспорті закладені в Законі України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 05.04.2007 № 877-V, яким, власне, встановлюються правові та організаційні засади, основні принципи і порядок здійснення державного контролю у сфері господарської діяльності, повноваження органів державного контролю, їх посадових осіб і права, обов'язки та відповідальність

© О. Дубинський, 2018

суб'єктів господарювання під час здійснення державного контролю. При цьому у ст. 1 вищезгаданого Закону законодавець визначає сутність державного контролю в загальному його розумінні [4].

Законом України «Про транспорт» від 10.11.1994 № 232/94-ВР регламентуються правові, економічні, організаційні та соціальні основи діяльності саме в галузі транспорту [5]. А більш детально галузь автомобільного транспорту регулюється спеціальним Законом України «Про автомобільний транспорт» від 05.04.2001 № 2344-III, що визначає засади організації та діяльності виключно автомобільного транспорту [6], а також Законом України «Про дорожній рух» від 30.06.1993 № 3353-XII, який визначає правові та соціальні основи дорожнього руху з метою захисту життя та здоров'я громадян, створення безпечних і комфортних умов для учасників руху та охорони навколишнього природного середовища [7].

Так, згідно зі ст. 1 Закону України «Про автомобільний транспорт» від 05.04.2001 № 2344-III, автомобільний транспорт – це галузь транспорту, яка забезпечує задоволення потреб населення та суспільного виробництва у перевезеннях пасажирів та вантажів автомобільними транспортними засобами [6]. А ст. 30 Закону України «Про транспорт» від 10.11.1994 № 232/94-ВР визначено склад автомобільного транспорту – підприємства автомобільного транспорту, що здійснюють перевезення пасажирів, вантажів, багажу, пошти, авторемонтні і шиноремонтні підприємства, рухомий склад автомобільного транспорту, транспортно-експедиційні підприємства, а також автовокзали і автостанції, навчальні заклади, ремонтно-будівельні організації та соціально-побутові заклади, інші підприємства, установи та організації незалежно від форм власності, що забезпечують роботу автомобільного транспорту [5].

Враховуючи вищесказане, завданнями законодавства з питань перевезень пасажирів та вантажів автомобільним транспортом проголошено такі: 1) визначення основних правових та організаційних основ державного регулювання у сфері перевезень пасажирів та вантажів автомобільним транспортом; 2) установлення вимог до перевізників, водіїв та транспортних засобів щодо забезпечення безпеки перевезень та екологічної безпеки; 3) визначення системи державного контролю, прав, обов'язків та відповідальності державних органів виконавчої влади та перевізників за порушення міжнародних договорів та законодавства України (ст. 2 Закону України «Про автомобільний транспорт» від 05.04.2001 № 2344-III) [6]; 4) регулювання суспільних відносин у сфері дорожнього руху та його безпеки; 5) визначення прав, обов'язків і відповідальності суб'єктів – учасників дорожнього руху, міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, об'єднань, підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності та господарювання (ст. 2 Закону Україну «Про дорожній рух» від 30.06.1993 № 3353-XII) [7].

Варто підкреслити, що нормативні акти, які визначають умови перевезень, порядок використання засобів транспорту, шляхів сполучення, організації безпеки руху, охорони громадського порядку, пожежної безпеки, санітарні та екологічні вимоги, що діють на транспорті, є обов'язковими для власників транспорту і громадян, які користуються послугами транспорту та шляхами сполучення [5].

Тому детально питання державного регулювання та контролю діяльності автомобільного транспорту регламентується в однойменній главі 2 Закону України «Про автомобільний транспорт» від 05.04.2001 № 2344-III, де в ст. 5 зазначається, що основним завданням контролю є створення умов безпечного, якісного й ефективного перевезення пасажирів та вантажів, надання додаткових транспортних послуг. Ст. 6 Закону тлумачить систему органів державного регулювання та контролю на автомобільному транспорті (Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, центральний орган виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики з питань безпеки на наземному транспорті, місцеві органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування) [6].

Особливу увагу приділено повноваженням центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики з питань безпеки на наземному транспорті, який здійснює: 1) державний нагляд і контроль за дотриманням автомобільними перевізниками вимог законодавства, норм та стандартів на автомобільному транспорті; 2) державний контроль за виконанням перевізниками вимог міжнародних договорів України з питань міжнародних автомобільних перевезень; 3) диспетчерський контроль за роботою автомобільних перевізників, що здійснюють перевезення пасажирів на міжобласних маршрутах загального користування; 4) габаритно-ваговий контроль транспортних засобів на автомобільних дорогах загального користування; 5) контроль та нагляд за дотриманням вимог нормативно-правових актів щодо забезпечення безпеки на автомобільному транспорті та правил

перевезення небезпечних вантажів; 6) контроль дозвільних документів [6] тощо.

Безпосередньо завдання, повноваження та інші особливості діяльності Державної служби України з безпеки на транспорті як центрального органу виконавчої влади, який реалізує державну політику з питань безпеки на наземному транспорті, регламентується Постановою Кабінету Міністрів України від 11.02.2015 № 103 «Про затвердження Положення про Державну службу України з безпеки на транспорті» [8].

Варто підкреслити, що державному контролю підлягають усі транспортні засоби українських та іноземних перевізників, що здійснюють автомобільні перевезення пасажирів і вантажів на території України. При чому в пунктах пропуску через державний кордон України здійснюється документальний контроль за дотриманням автомобільними перевізниками законодавства України щодо міжнародних автомобільних перевезень. А державний контроль автомобільних перевізників на території України здійснюється шляхом проведення планових, позапланових і рейдових перевірок (перевірок на дорозі).

Зокрема, планові та позапланові перевірки за додержанням вимог законодавства про транспорт проводяться на підставі затвердженого переліку питань, дотримуючись якого посадові особи перевіряючого органу мають право: 1) безперешкодного доступу до всіх транспортних засобів і об'єктів з метою перевірки додержання вимог законодавства та міжнародних договорів України з питань безпеки на транспорті; 2) пред'являти вимоги щодо здійснення передбачених законодавством заходів з питань безпеки на транспорті; 3) одержувати письмові чи усні пояснення, висновки експертних обстежень, аудиту, матеріали та інформацію з відповідних питань; 4) складати акти перевірок; 5) видавати в установленому порядку обов'язкові для виконання приписи про усунення порушень і недоліків, пов'язаних із порушенням правил безпеки на транспорті; 6) направляти в установленому законодавством порядку матеріали про порушення вимог нормативно-правових актів щодо забезпечення безпеки руху до відповідних органів для вирішення питання щодо притягнення винних осіб до адміністративної або кримінальної відповідальності тощо (ст. 16-1 Закону України «Про транспорт» від 10.11.1994 № 232/94-ВР) [5].

Законодавством передбачено, що планові перевірки проводяться не частіше одного разу на рік. При цьому орган державного контролю не пізніше ніж за 10 календарних днів до початку проведення перевірки має письмово повідомити про це. Натомість позапланові перевірки проводяться без попереднього повідомлення, але лише на підставі письмової заяви про порушення автомобільним перевізником вимог законодавства про автомобільний транспорт з метою перевірки наведених фактів та виконання припису про порушення зазначеного законодавства. Аналогічно і рейдові перевірки дотримання вимог законодавства про автомобільний транспорт здійснюються без попереднього інформування про це шляхом зупинки транспортного засобу або без такої зупинки [6].

Детально ж процедура здійснення державного контролю за додержанням законодавства про автомобільний транспорт, норм та стандартів щодо організації перевезень пасажирів і вантажів автомобільним транспортом, норм міжнародних договорів про міжнародне автомобільне сполучення; виконанням умов перевезень, визначених дозволом на перевезення на міжобласних автобусних маршрутах, вимог Європейської угоди щодо роботи екіпажів транспортних засобів, які виконують міжнародні автомобільні перевезення; дотриманням габаритно-вагових параметрів; наявністю дозвільних документів на виконання перевезень та відповідністю виду перевезень, відповідних ліцензій; внесенням перевізниками-нерезидентами платежів за проїзд автомобільними дорогами тощо регламентується Постановою Кабінету Міністрів України від 08.11.2006 № 1567 «Про затвердження Порядку здійснення державного контролю на автомобільному транспорті» [9].

Згідно з даним Порядком державний контроль на автомобільному транспорті здійснюється посадовими особами органу державного контролю у форменому одязі, які мають відповідне службове посвідчення, направлення на перевірку, сигнальний диск (жезл) та індивідуальну печатку, шляхом проведення рейдових перевірок (перевірок на дорозі). Рейдові перевірки можуть проводитися із залученням спеціалістів уповноважених підрозділів Національної поліції, територіальних органів із надання сервісних послуг Міністерства внутрішніх справ і науково-дослідних установ (за погодженням з їх керівниками) з питань, що належать до їхньої компетенції. При цьому виявлені під час перевірки порушення вимог законодавства та норм і стандартів щодо організації перевезень автомобільним транспортом зазначаються в акті встановленої законодавством форми з посиланням на порушену норму [9].

Форма вищезазначеного акта затверджена Наказом Міністерства інфраструктури України від 26.12.2016 № 467 «Про затвер-

дження уніфікованої форми акта, складеного за результатами проведення планового (позапланового) заходу державного нагляду (контролю) щодо додержання суб'єктом господарювання вимог законодавства у сфері автомобільного транспорту». В акті міститься перелік нормативно-правових актів та нормативних документів у сфері автомобільного транспорту, додержання вимог яких перевіряється, а саме: Кодексу законів про працю України; Законів України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні», «Про автомобільний транспорт», «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності»; Постанов Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту», «Про затвердження Порядку проведення конкурсу з перевезення пасажирів на автобусному маршруті загального користування», «Про єдині вимоги до конструкції та технічного стану колісних транспортних засобів, що експлуатуються»; наказу Міністерства промислової політики України «Про затвердження Порядку гарантійного ремонту (обслуговування) або гарантійної заміни дорожніх транспортних засобів»; наказів Міністерства транспорту та зв'язку України «Про затвердження Порядку регулювання діяльності автостанцій», «Про затвердження Правил експлуатації колісних транспортних засобів» [10].

Проте, на нашу думку, цей перелік не є вичерпним, адже не містить навіть Закону України «Про дорожній рух», який є одним з основних і додержання якого має бути обов'язковим у сфері автомобільного автотранспорту, а також інших нормативних документів у сфері охорони праці, безпеки, технічних стандартів і вимог тощо, на які містяться вказівки у розділі IV акта Переліку питань.

Безпосередньо питання щодо дотримання вимог законодавства на автомобільному транспорті включають такі групи: 1) загальні питання; 2) вимоги до персоналу перевізників; 3) вимоги до транспортних засобів і частин до них; 4) вимоги до технічного обслуговування і ремонту транспортних засобів; 5) вимоги до автостанцій та суб'єктів господарювання, які надають автостанційні послуги; 6) вимоги до автомобільного перевізника; 7) вимоги до суб'єктів господарювання об'єктів інфраструктури та транспортних засобів щодо урахування потреб людей з інвалідністю та інших маломобільних груп населення; 8) вимоги щодо перевезення вантажів; 9) вимоги щодо перевезення пасажирів. Доречно зауважити, що окремим розділом акта перевірки додержання законодавства на автомобільному транспорті є Перелік питань щодо здійснення контролю за діями (бездіяльністю) посадових осіб органу державного нагляду (контролю), що заповнюється виключно керівником суб'єкта господарювання – юридичної особи, її відокремленого підрозділу або уповноваженою ним особою [10].

Досліджуючи сутність і особливості державного контролю за додержанням законодавства на автомобільному транспорті, доцільно окремо зупинитися на тісно пов'язаному з ним питанні відповідальності за порушення законодавства про автомобільний транспорт. Так, згідно зі ст. 60 Закону України «Про автомобільний транспорт» від 05.04.2001 № 2344-III за порушення законодавства про автомобільний транспорт до автомобільних перевізників застосовуються адміністративно-господарські штрафи [6]. Проте, на нашу думку, у сучасних умовах прив'язку до застарілої величини «неоподатковуваного мінімуму доходів громадян» (17 грн), що вже давно не використовується в системі оподаткування фізичних осіб, вважаємо невиправданою і пропонуємо замінити її в розрахунках на офіційно встановлені розмір мінімальної заробітної плати чи прожиткового мінімуму громадян.

Також зазначимо, що за наявності в діях фізичної особи – суб'єкта господарювання – ознак адміністративного правопорушення притягнення правопорушника до відповідальності здійснюється в порядку, встановленому Кодексом України про адміністративні правопорушення, про що вказано в Постанові Кабінету Міністрів України від 08.11.2006 № 1567 «Про затвердження Порядку здійснення державного контролю на автомобільному транспорті» [9].

Для забезпечення фактичної реалізації державного контролю за додержанням законодавства на автомобільному транспорті Державною службою України з безпеки на транспорті було затверджено річний план здійснення заходів державного нагляду (контролю) Державної служби України з безпеки на транспорті на 2018 рік (наказ Укртрансбезпеки № 1149 від 30.11.2017) [11]. Водночас уже в березні 2018 року відповідний наказ втратив чинність після видання наказу Укртрансбезпеки № 268 від 19.03.2018 «Про визнання таким, що втратив чинність, наказу Державної служби України з безпеки на транспорті від 30.11.2017 р. № 1149» [12]. Така ситуація пояснюється дією ст. 2, 6 Закону України «Про тимчасові особливості здійснення заходів державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 03.11.2016 № 1728-VIII (редакція від

01.01.2018) [13]. Тому скасування наказу Укртрансбезпеки є виправданим, хоча й незрозумілою є дата втрати його чинності – березень 2018 року, тоді як вищевказані нормативні акти – підстави такої дії – були ухвалені ще в кінці 2017 – на початку 2018 р., що, на наш погляд, є свідченням неузгодженості й несвоєчасності нормативного забезпечення державного контролю за додержанням законодавства на транспорті.

З вищесказаного випливає, що до 31 грудня 2018 року введено мораторій на проведення органами державного контролю планових заходів зі здійснення державного контролю у сфері господарської діяльності, а позапланові заходи державного контролю здійснюються органами державного контролю лише з таких підстав: 1) за письмовою заявою суб'єкта господарювання до відповідного органу державного контролю про здійснення заходу державного контролю за його бажанням; 2) за рішенням суду; 3) у разі настання аварії, смерті потерпілого внаслідок нещасного випадку, що було пов'язано з діяльністю суб'єкта господарювання; 4) у разі настання події, що має значний негативний вплив, відповідно до критеріїв, затверджених Кабінетом Міністрів України, на права, законні інтереси, життя та здоров'я людини, захист навколишнього природного середовища та забезпечення безпеки держави; 5) для перевірки виконання суб'єктом господарювання приписів, розпоряджень або інших розпорядчих документів щодо усунення порушень вимог законодавства, виданих за результатами проведення попереднього заходу органом державного контролю [13].

Розглядаючи результати державного контролю за додержанням законодавства на автомобільному транспорті станом на кінець 2017 року, варто зауважити, що, враховуючи те, що у 2017 році Укртрансбезпека працювала в умовах мораторію на перевірки, заходи контролю здійснювалися у вигляді рейдових перевірок. У 2017 році Укртрансбезпека перевірила 1 180 232 транспортних засоби, а саме: 721 436 транспортних засобів (автобуси, таксі, вантажівки, небезпечний вантаж), якими здійснювалися перевезення пасажирів та/або вантажів, та 458 796 транспортних засобів – під час здійснення габаритно-вагового контролю. І під час здійснення заходів контролю виявлено 114 051 порушення на автомобільному транспорті, що на 138 % більше, ніж у попередньому році [14].

Отже, сутність державного контролю за додержанням законодавства на автомобільному транспорті полягає в діяльності Державної служби України з безпеки на транспорті та інших уповноважених контролюючих органів (Кабінету Міністрів України, Національної поліції України, місцевих органів влади тощо) щодо виявлення стану відповідності автомобільного транспорту, організації і здійснення пасажирських і вантажних перевезень, надання додаткових послуг на автомобільному транспорті тощо нормативно-правовим актам і нормативним документам, які регулюють правовідносини у сфері автомобільного транспорту, фіксування у встановленому законодавством порядку випадків невідповідності тим чи іншим нормам, вжиття відповідних заходів щодо їх усунення й притягнення до відповідальності за порушення законодавства про автомобільний транспорт.

Список використаних джерел:

1. Пасажирооборот та кількість перевезених пасажирів у 2017 році. URL: http://ukrstat.org/uk/operativ/operativ2017/tr/pp/pp_u/pp1217_u.htm

2. Вантажооборот та обсяги перевезень вантажів у 2017 році. URL: http://ukrstat.org/uk/operativ/operativ2017/tr/vp/vp_u/vp1217_u.htm

3. У 2017 році в ДТП на дорогах України загинули понад 3 тисячі людей, – поліція. URL: https://day.kyiv.ua/uk/news/161217-u-2017-rociv-dtp-na-dorogah-ukrayiny-zagynuly-ponad-3-tysyachi-lyudey-policiya

4. Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності: Закон України від 05.04.2007 № 877-V. Відомості Верховної Ради України. 2007. № 29. Ст. 389.

5. Про транспорт: Закон України від 10.11.1994 № 232/94-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 51. Ст. 446.

6. Про автомобільний транспорт: Закон України від 05.04.2001 № 2344-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 22. Ст. 105.

7. Про дорожній рух: Закон України від 30.06.1993 № 3353-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 31. Ст. 338.

8. Про затвердження Положення про Державну службу України з безпеки на транспорті: Постанова Кабінету Міністрів України від 11 лютого 2015 р. № 103. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/103-2015-%D0%BF

9. Про затвердження Порядку здійснення державного контролю на автомобільному транспорті: Постанова Кабінету Міністрів України від 08.11.2006 р. № 1567. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1567-2006-%D0%BF

10. Про затвердження уніфікованої форми акта, складеного за результатами проведення планового (позапланового) заходу державного нагляду (контролю) щодо додержання суб'єктом господарювання вимог законодавства у сфері автомобільного транспорту: наказ Міністерства інфраструктури України від 26.12.2016 № 467. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0088-17

11. Про затвердження річного плану здійснення заходів державного нагляду (контролю) Державної

служби України з безпеки на транспорті на 2018 рік: Наказ Укртрансбезпеки від 30.11.2017 № 1149. URL: http://dsbt.gov.ua/storinka/nakaz-ukrtransbezpeky-no-1149-vid-30112017-pro-zatverdzhennya-richnogo-planu-zdiysnennya

12. Про визнання таким, що втратив чинність, наказу Державної служби України з безпеки на транспорті від 30.11.2017 р. № 1149: наказ Укртрансбезпеки від 19.03.2018 № 268. URL: http://dsbt.gov.ua/storinka/nakaz-ukrtransbezpeky-no-268-vid-19032018-pro-vyznannya-takym-shcho-vtratyv-chynnist-nakazu

13. Про тимчасові особливості здійснення заходів державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності: Закон України від 03.11.2016 № 1728-VIII (редакція від 01.01.2018). Відомості Верховної Ради. 2017. № 4. Ст. 37. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1728-19

14. Публічний звіт голови Державної служби України з безпеки на транспорті Михайла Нонякa за 2017 рік. URL: http://dsbt.gov.ua/storinka/publichnyy-zvit-golovy-derzhavnoyi-sluzhby-ukrayiny-z-bezpeky-na-transporti-myhayla-0

В статье обоснована необходимость неукоснительного соблюдения законодательства на автомобильном транспорте и усиления государственного контроля над его соблюдением. Определена сущность государственного контроля над соблюдением законодательства на автомобильном транспорте. Выявлены и охарактеризованы основные особенности государственного контроля над соблюдением законодательства на автомобильном транспорте.

Ключевые слова: государственный контроль, соблюдение законодательства, Укртрансбезопасность, автомобильный транспорт, плановая проверка, внеплановая проверка, рейдовая проверка, мораторий.

The article substantiates the necessity of state control over compliance with legislation on motor transport and strengthening of state control over its observance. The essence of state control over compliance with legislation on motor transport is determined. The main features of state control over compliance with legislation on motor transport were revealed and characterized.

Key words: state control, compliance with legislation, Ukrtranssecurity, motor transport, scheduled check, unscheduled inspection, raiding check, moratorium.

УДК 342.98

Сергій Жуков,
канд. юрид. наук, докторант
Міжрегіональної Академії управління персоналом

ПРОФЕСІЙНА ЕТИКА СУДДІВ: ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Стаття містить аналіз понятійного апарату забезпечення вимог професійної етики суддів в Україні. Проаналізовано положення Кодексу суддівської етики у системному зв'язку з положеннями Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Зроблено висновок щодо необхідності удосконалення правових документів, якими регламентуються етичні вимоги до поведінки суддів.

Ключові слова: суддівська етика, професійна етика, поведінка суддів, доброчесність, правове забезпечення.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Додержання правил професійної етики у діяльності суддів є сьогодні надзвичайно актуальним, адже довіра до органів судової влади в українському суспільстві залишає бажати кращого. Так, за результатами соціологічного дослідження, проведеного соціологічною службою Центру Разумкова з 1 по 6 червня 2018 року у всіх регіонах України, за винятком Криму та окупованих територій Донецької та Луганської областей, судам (судовій системі в цілому) довіряє 7,7 відсотків, не довіряє – 84,3 відсотків [1]. Причини такого явища, безумовно, мають як об'єктивний, так і суб'єктивний характер, і однією з них є невідповідність поведінки деяких суддів правилам (стандартам) професійної (суддівської) етики. Вказане зумовлює актуальність дослідження правових аспектів професійної етики суддів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми, виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. Адміністративно-правові аспекти функціонування судової системи в цілому та окремих її елементів розглянуто у роботах В. М. Бевзенка, А. Л. Борка, Р. З. Голобутовського, О. В. Гончаренка, Р. В. Ігоніна, О. В. Красноборова, Г. Я. Наконечної, С. Ю. Обрусної та інших авторів. Проте проблематика, пов'язана із забезпеченням етичних стандартів у діяльності суддів, у науці адміністративного права вивчалася переважно в контексті вирішення інших дослідницьких завдань. Вказане зумовлює потребу у визначенні ключових категорій правового забезпечення професійної етики суддів.

Метою і завданням статті є визначення змістового наповнення категорій «суддівська етика» в контексті вимог законодавчих актів, які регламентують функціонування судової системи в Україні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Аналізуючи походження поняття суддівської етики, зазначають, що вона є різновидом професійної етики – однієї із галузей етичної науки, науки про мораль. Етичні норми являють собою систему ідей і уявлень про правильну і неправильну поведінку, які вимагають виконання одних дій і забороняють інші. Етичні вимоги до поведінки судді закріплені саме в Кодексі професійної етики судді і являють собою сукупність моральних правил поведінки судді, за допомогою яких можна оцінити його дії з погляду таких цінностей, як справедливість, сумлінність, гідність, людяність тощо [2, с. 13].

Протягом останніх років законодавець приділяє значну увагу питанням професійної етики суддів. Із 28 березня 2015 року набув чинності Закон України від 12.02.2015 № 192-VIII «Про забезпечення права на справедливий суд», яким було затверджено нову редакцію Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [3]. Статтею 55 цього Закону, у якій визначені права та обов'язки судді, передбачено, що суддя зобов'язаний дотримуватися правил суддівської етики. Крім того, суддівській етиці присвячена спеціальна норма – стаття 57, яка мала саме таку назву – «Етика судді». Пунктом 3 частини 1 статті 92 Закону визначено, що однією з підстав притягнення судді до дисциплінарної відповідальності є систематичне або грубе одноразове порушення правил суддівської етики, що підриває авторитет правосуддя, у тому числі прояв неповаги під час здійснення судочинства до інших суддів, адвокатів, експертів, свідків чи інших учасників судового процесу [2, с. 13]. У чинній редакції вказаного Закону ч. 2 ст. 6 покладає на суддю обов'язок дотримуватися правил суддівської етики, у тому числі виявляти та підтримувати високі стандарти поведінки у будь-якій

© С. Жуков, 2018

діяльності з метою укріплення суспільної довіри до суду, забезпечення впевненості суспільства в чесності та непідкупності суддів; ч. 3 цієї ж статті – подавати декларацію доброчесності судді та декларацію родинних зв'язків судді. Стаття 58, яка має назву «Етика судді», визначає, що питання етики суддів визначаються Кодексом суддівської етики, що затверджується з'їздом суддів України за пропозицією Ради суддів України [3]. Разом із тим слід сказати, що ні поняття суддівської етики, ні поняття доброчесності ані в Законі України «Про судоустрій і статус суддів», ані в Кодексі суддівської етики не міститься.

Це породжує ситуацію правової невизначеності. Так, наприклад, ст. 59 вказаного Закону встановлює, що з метою встановлення відповідності рівня життя судді наявному у нього та членів його сім'ї майну й одержаним ними доходам, проводиться моніторинг способу життя судді відповідно до закону. Моніторинг способу життя судді може бути проведений на вимогу Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Вищої ради правосуддя та в інших випадках, визначених законом. Орган, який відповідно до закону здійснює моніторинг способу життя судді, зобов'язаний надіслати відповідну інформацію за результатами моніторингу невідкладно після завершення його проведення, але не пізніше тридцяти днів з моменту отримання відповідної вимоги. Результати моніторингу способу життя судді можуть також використовуватися для оцінки дотримання суддею правил суддівської етики [3]. Але як можна оцінити дотримання суддею правил, легальне визначення яких відсутнє?

Спроба подолати відсутність визначення поняття суддівської етики була зроблена у Коментарі до Кодексу суддівської етики, затвердженого рішенням Ради суддів України від 04 лютого 2016 року № 1. Авторами Коментаря на основі положень, які містяться у преамбулі до Бангалорських принципів поведінки суддів від 19.05.2006, схвалених резолюцією Економічної та Соціальної Ради 00Н 27.07.2006 № 2006/23 [4], та аналізу Кодексу суддівської етики було сформульовано таке поняття суддівської етики: «Під суддівською етикою треба розуміти певну систему базових принципів регламентації поведінки суддів у судовому засіданні, в суді та позасудової поведінки, які побудовані з урахуванням особливостей професійної діяльності судді та створені для підтримки суддівських стандартів, діють об'єктивно і незалежно з метою збільшення значущості існуючих правових норм та правил поведінки для суддів». Як можна побачити, однією з важливих ознак цього визначення є категорія «суддівські стандарти». У Коментарі не пояснюється, що слід розуміти під суддівськими стандартами, натомість є визначення «високих стандартів поведінки». Високі стандарти поведінки полягають у тому, що суддя як на роботі, так і поза її межами, в повсякденному житті, має демонструвати таку поведінку, щоб учасники процесу й оточуючі люди бачили в ньому еталон порядності і справедливості – високоморальну, чесну, стриману, врівноважену людину. При цьому суддя має не лише подавати особистий приклад, але й пропагувати етичну поведінку серед учасників процесу та оточуючих, вимагати етичної поведінки від інших [2, с. 13]. Вказане викликає питання: а чи дотичний термін «суддівські стандарти» до терміна «високі стандарти поведінки»? Чи необхідно, щоб поведінка судді відповідала саме високим стандартам? Чи досить, щоб суддя демонстрував відсутність визначених правовими актами та Кодексом суддівської етики заборон? Так, виходячи зі змісту коментарю, висока емоційність (як повна протилежність стриманості та врівноваженості) не відповідає високим стандартам поведінки. Водночас відсутні вказівки, що висока емоційність суперечить суддівським стандартам. До речі, у преамбулі до Кодексу судової етики йдеться саме про високі стандарти поведінки: «Усвідомлюючи значимість своєї місії, з метою зміцнення та підтримки довіри суспільства до судової влади судді України вважають, що зобов'язані демонструвати і пропагувати високі стандарти поведінки, у зв'язку з чим добровільно беруть на себе більш істотні обмеження, пов'язані з дотриманням етичних норм як у поведінці під час здійснення правосуддя, так і в позасудовій поведінці» [2]. Але, виходячи з викладеного вище аналізу наведених вище визначень, суддівська етика має своїм елементом не високі стандарти поведінки, а суддівські стандарти.

Якщо ретельно проаналізувати Кодекс суддівської етики з позиції правової визначеності, можна дійти висновку, що багато його положень потребують уточнення. Ми вітаємо сам факт затвердження цього документа і вважаємо, що практика, за якої спочатку відбувається набуття чинності певним актом, а вже потім до нього вносяться зміни і доповнення на підставі результатів наукового аналізу й особливостей правозастосування, є цивілізованою і цілком логічною. Разом із тим ми повністю приєднуємося до позиції Ради суддів України з приводу необхідності оновлення Кодексу суддівської етики. Рішення щодо внесення змін у документи зумовлено насамперед змінами до Конституції України в частині «Правосуддя», прийняттям Закону «Про судоустрій і статус

суддів», формуванням Верховного Суду та прийняттям нових процесуальних кодексів. Зазначені зміни у законодавстві потребують певного перегляду підходів до стандартів поведінки як суддів, так і працівників апарату судів. В оновленому Кодексі мають бути забезпечені гарантії суддівської незалежності, суддя має бути убезпечений від безпідставного притягнення до відповідальності. Так, значної ваги набувають, зокрема: стаття 4 (порушення правил етичної поведінки, встановлених цим Кодексом, не можуть самі по собі застосовуватися як підстави для притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності та визначати ступінь їх вини), стаття 12 (суддя не може робити публічних заяв, коментувати у засобах масової інформації справи, які перебувають у провадженні суду, та піддавати сумніву судові рішення, що набрали законної сили. Суддя не має права розголошувати інформацію, що стала йому відома у зв'язку з розглядом справи), стаття 18 (суддя повинен бути обізнаним про свої майнові інтереси та вживати розумних заходів для того, щоб бути обізнаним про майнові інтереси членів своєї сім'ї), стаття 20 (участь судді у соціальних мережах, Інтернет-форумах та застосування ним інших форм спілкування у мережі Інтернет є допустимим, проте суддя може розміщувати, коментувати лише ту інформацію, використання якої не завдає шкоди авторитету судді та судової влади) [5].

Повністю погоджуючись із тим, що на сучасному етапі судової реформи набувають значущості вказані вище положення Кодексу суддівської етики, додамо, що це потребує виваженого підходу до формулювання вимог, що містяться у цих статтях. Так, наприклад, виходячи з формально-логічного тлумачення статті 20, якщо суддя спростує у соціальних мережах інформацію, яка завдає шкоди авторитету судової влади, це буде порушенням суддівської етики (оскільки суддя може коментувати лише ту інформацію, використання якої не завдає шкоди авторитету судді та судової влади).

Іншою проблемою, яка не дозволяє, на наш погляд, досягти правової визначеності у питаннях вимог до поведінки суддів, є штучне виключення категорії «доброчесність» із вимог суддівської етики. Заслуговує на увагу, що відповідно до ст. 69 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» на посаду судді може бути призначений громадянин України, не молодший від тридцяти та не старший від шістдесяти п'яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше п'ять років, є компетентним, доброчесним та володіє державною мовою. Як можна побачити, у цьому формулюванні відсутня вказівка на відповідність етичним стандартам, натомість є поняття «доброчесність». Натомість у ч. 1, 2 ст. 83 вказаного правового акта визначено, що кваліфікаційне оцінювання проводиться Вищою кваліфікаційною комісією суддів України з метою визначення здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді за визначеними законом критеріями. Критеріями кваліфікаційного оцінювання є: 1) компетентність (професійна, особиста, соціальна тощо); 2) професійна етика; 3) доброчесність [3]. Водночас у ст. 106 як підставу дисциплінарної відповідальності вказано «допущення суддею поведінки, що порочить звання судді або підриває авторитет правосуддя, зокрема в питаннях моралі, чесності, непідкупності, відповідності способу життя судді його статусу, дотримання інших норм суддівської етики та стандартів поведінки, які забезпечують суспільну довіру до суду, прояв неповаги до інших суддів, адвокатів, експертів, свідків чи інших учасників судового процесу» [3], тобто відповідність способу життя судді його статусу, що звичайно пов'язують з категорією «доброчесність», віднесено до норм суддівської етики.

Висновки

Проблема, пов'язана із забезпеченням відповідності поведінки суддів вимогам суддівської етики, є сьогодні вкрай важливою, а її вирішення зумовлює спрямованість судової реформи в аспекті кваліфікаційного оцінювання суддів, підвищення їхньої кваліфікації, притягнення до дисциплінарної відповідальності. Тому положення Кодексу суддівської етики мають бути приведені у відповідність до норм Конституції та законів України, які регламентують функціонування судової влади, а також позбавлені суперечностей та неточностей, наявність яких буде знижувати ефективність їх застосування. З огляду на сказане, перспективи подальших наукових розвідок у цьому напрямі мають бути пов'язані із визначенням співвідношення між категоріями «професійна етика», «суддівська етика» та «доброчесність», а також підготовкою пропозицій щодо удосконалення на цій основі Кодексу суддівської етики.

Список використаних джерел:

1. Довіра громадян України до суспільних інститутів. Результати соціологічного дослідження. URL: http://razumkov.org.ua/uploads/socio/2018_06_press_release_ua.pdf. (дата звернення 30.11.2018 р.).

2. Коментар до Кодексу суддівської етики: затверджено рішенням Ради суддів України від 4 лютого 2016 року № 1. Київ, 2016. 113 с.

3. Про судоустрій і статус суддів: Закон України. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545.

4. Бангалорські принципи поведінки суддів: схвалені Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН від 27.07.2006 № 2006/23. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j67 (дата звернення 30.11.2018).

5. Кодекс суддівської етики планують оновити. URL: https://zib.com.ua/ua/134630-kodeks_suddivskoi_etiki_planuyut_onoviti.html (дата звернення 30.11.2018).

Статья содержит анализ понятийного аппарата обеспечения требований профессиональной этики судей в Украине. Проанализированы положения Кодекса судейской этики в системной связи с положениями Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей». Сделан вывод о необходимости совершенствования правовых документов, которыми регламентируются этические требования к поведению судей.

Ключевые слова: судейская этика, профессиональная этика, поведение судей, добродетель, правовое обеспечение.

The article contains an analysis of the conceptual apparatus of ensuring the requirements of professional ethics of judges in Ukraine. Analyzed the provisions of the Code of Judicial Ethics in systemic communication with the provisions of the Law of Ukraine "On the Judicial System and Status of Judges." The conclusion is made about the need to improve the legal documents that govern the ethical requirements for the behavior of judges.

Key words: judicial ethics, professional ethics, behavior of judges, virtue, legal support.

УДК 342.9+347.998.85

Володимир Перепелюк,
канд. юрид. наук, науковий консультант
Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду

ЗМІСТ ОБОВ'ЯЗКУ (ПОВНОВАЖЕННЯ) СУБ'ЄКТА ЯК КРИТЕРІЙ ПРЕДМЕТНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ

Аналіз судової практики засвідчує потребу в удосконаленні системи критеріїв, яка розвинута Великою Палатою Верховного Суду для розмежування предметної юрисдикції. На додачу до використовуваних критеріїв пропонується застосовувати ще один – зміст обов'язку (повноваження) суб'єкта-сторони спору. Спір слід відносити до адміністративної юрисдикції, якщо обов'язок (повноваження) є виключним, тобто його належить виконати лише від імені та/чи в інтересах Українського народу суб'єктом, встановленим законом; інші суб'єкти не можуть бути носіями такого повноваження та реалізовувати його у власних інтересах.

Ключові слова: предметна юрисдикція, критерії розмежування, виключне повноваження.

Постановка проблеми. Одним із основних критеріїв предметної юрисдикції Верховний Суд називає зміст спірних відносин (постанови від 14 березня 2018 року у справі № 2-7615/10, ЄДРСР – № 73438160; від 27 червня 2018 року у справі № 607/12895/17, ЄДРСР – № 75287067; від 4 липня 2018 року у справі № 826/8018/17, ЄДРСР – № 75286986). Проте застосовується цей критерії переважно лише частково: Велика Палата зазвичай досліджує зміст права приватної особи, яке зазнало втручання з боку суб'єкта владних повноважень, однак лише в поодиноких випадках досліджує зміст обов'язку (повноваження) суб'єкта владних повноважень, який кореспондує цьому праву. При цьому зміст обов'язку (повноваження) суб'єкта владних повноважень застосовується, але не називається в якості критерію предметної юрисдикції, та/чи не називаються ознаки цього критерію (постанови від 3 квітня 2018 року у справі № 820/5586/16, ЄДРСР – № 73369166; від 11 квітня 2018 року у справі № 820/583/16, ЄДРСР – № 73500770; від 12 квітня 2018 року у справі № 820/11591/15, ЄДРСР – № 73500822; від 18 квітня 2018 року у справі № 683/2843/17, ЄДРСР – № 73657845; від 23 травня 2018 року у справі № 815/5933/15, ЄДРСР № 74598885; 23 травня 2018 року у справі № 815/4618/16ЄДРСР -№ 74506128; 6 червня 2018 року у справі № 820/1203/17, ЄДРСР – № 74809448).

Лише в поодиноких справах Верховний Суд прямо зазначив ознаку цього критерію: *«Хоча б один суб'єкт законодавчо уповноважений владно керувати поведінкою іншого (інших) суб'єкта, а ці суб'єкти відповідно зобов'язані виконувати вимоги та приписи такого владного суб'єкта»* (зокрема, постанова від 17 квітня 2018 року у справі № 461/980/16-а, ЄДРСР – № 73500790). Проте ця ознака, на мою думку, притаманна лише частині обов'язків (повноважень), які вказують на виконання суб'єктом певної владної управлінської функції, і, відповідно, дають підстави для віднесення такого суб'єкта до числа суб'єктів владних повноважень. Справа в тому, що деякі публічно-правові повноваження не передбачають керівного впливу суб'єкта на приватну особу, а навпаки, – реординацію, наприклад, надання приватній особі публічної інформації за її інформаційним запитом. При цьому саме зміст повноваження слід застосовувати як критерій юрисдикції, а не владну управлінську функцію в цілому, оскільки така функція може виконуватися як шляхом адміністративно-правових засобів (адміністративного акту, адміністративного договору, адміністративних конклюдентних дій), так і шляхом цивільно-правових засобів, зокрема цивільно-правових договорів, наприклад, договорів купівлі-продажу сільськогосподарської продукції, за допомогою яких Аграрний фонд здійснює державні аграрні інтервенції з метою забезпечення цінової стабільності (стаття 6 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України»).

Стан розробленості проблеми. Деякі аспекти проблеми розмежування юрисдикцій досліджували, зокрема, такі вітчизняні вчені, як Білоусов Ю.В. [1], Бринцев О.В. [2], Гарагата К.О. [3], Демченко С.Ф. [4], Коломоєць Т.О. [5], Лічман Л.Г. [6], Осадчий А.Ю. [7], Смокович М.І. [8], Сердюк В.В. [9], Сілантьєва Е.Є. [10], Черленяк М.І. [11], Яцина В.Б. [12].

© В. Перепелюк, 2018

Метою статті є виявлення ознак виключного повноваження як критерію віднесення справи до юрисдикції адміністративних судів, а також наведення категорій справ, у яких застосування цього критерію було б доречним.

Виклад основного матеріалу. У справі № 826/7631/15 за позовом товариства з обмеженою відповідальністю «Амадеус Ко» до державної податкової інспекції в Печерському районі Головного управління ДФС у м. Києві, управління Державної казначейської служби України в Печерському районі м. Києва про стягнення з Державного бюджету України на свою користь суми бюджетного відшкодування податку на додану вартість та пеню за прострочення погашення заборгованості з бюджетного відшкодування ПДВ Верховний Суд України зазначив: *«Норми ПК та Порядку взаємодії не передбачають бюджетне відшкодування ПДВ у спосіб судового стягнення безпосередньо (водночас) зі здійсненням судового контролю над рішеннями податкових органів, ухвалених за результатами перевірки сум ПДВ, заявлених до відшкодування, або окремо від здійснення такого контролю. Колегія суддів наголошує, що відшкодування з Державного бюджету України ПДВ є виключними повноваженнями податкових органів та органів державного казначейства, а відтак суд не може підміняти державний орган і вирішувати питання про стягнення такої заборгованості у спосіб, що не передбачений законом»* (постанова від 28 лютого 2017 року, ЄДРСР № 65392012). Наведена в цій правовій позиції виключність повноваження податкового органу, органу державного казначейства вживається в контексті принципу розподілу влад: суд не має права втручатися в компетенцію органу публічної адміністрації і перебирати на себе його повноваження. У цілому така виключність може бути визначена як встановлення законом одного єдиного суб'єкта права, який у межах своєї предметної та територіальної компетенції реалізує від імені держави певне повноваження. Ця виключність визначає місце такого суб'єкта права в системи інших суб'єктів права, які вправі виступати від імені держави. Водночас, на мою думку, виключність повноваження необхідно розглядати і в контексті більш загального конституційного принципу – принципу народовладдя, за яким Україна є республікою; носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ; народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування (стаття 5 Конституції України). У контексті цього принципу виключність певного повноваження також означає, що його належить виконати лише від імені та/чи в інтересах Українського народу суб'єктом, встановленим законом; інші суб'єкти не можуть бути носіями такого повноваження та реалізовувати його у власних інтересах. Виключність повноваження, на мою думку, покладає на його носія, зокрема в разі виникнення правового спору, тягар щодо пояснення перед судом правомірності використання такого повноваження. Цей тягар є елементом принципу офіційності в адміністративному судочинстві. Якщо такий принцип не буде застосовано для вирішення спору, до якого він мав бути застосований, то суд, який це допустив, не може вважатися «судом, встановленим законом», у розумінні пункту 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (постанова Верховного Суду від 12 вересня 2018 року, ЄДРСР – № 77312720).

Наведений критерій із запропонованою ознакою, на мою думку, доречно було б застосовувати у справах, подібних до таких справ.

1. У справах щодо оскарження рішення про демонтаж тимчасових споруд із метою забезпечення сталого розвитку територій. Зміст повноваження із прийняття такого рішення дають змогу дослідити, зокрема, положення частини четвертої статті 28, 38 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», пункту 2.30. Порядку розміщення тимчасових споруд для провадження підприємницької діяльності, затвердженого наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 21 жовтня 2011 року № 244. За цими положеннями обов'язок (повноваження) вимагати від приватної особи демонтажу належної їй тимчасової споруди закріплено виключно за відповідним органом державного архітектурно-будівельного контролю. А це дозволяє припускати, що такий обов'язок (повноваження) є виключним.

Дані справи подібні до справ про знесення самочинно збудованого об'єкта, які Верховний Суд відносить до предметної юрисдикції саме адміністративних судів (постанова від 22 травня 2018 року у справі № 826/4089/16, ЄДРСР – № 74537193).

2. У справах щодо оскарження невиконання державою чи органами місцевого самоврядування обов'язку з надання громадянам, які потребують соціального захисту, житла безоплатно або за доступну для них плату відповідно до закону (частина друга статті 47 Конституції України).

2.1. У справах щодо оскарження відмови в наданні житла особі, яка потребує поліпшення

житлових умов. Зміст повноваження з прийняття такого рішення дають змогу дослідити, зокрема, положення статей 42, 51, 52 Житлового кодексу Української РСР, розділу ІІІ Правил обліку громадян, які потребують поліпшення житлових умов і надання їм жилих приміщень в Українській РСР, затверджених постановою Ради Міністрів УРСР і Укрпрофради від 11 грудня 1984 р. № 470. Згідно із цими положеннями обов'язок (повноваження) із надання згаданим особам жилого приміщення із жилого фонду місцевої ради чи відомчого жилого фонду належить виключно виконавчому комітету місцевої ради чи адміністрації, профспілковому комітету підприємства (установи, організації) спільно з виконавчим комітетом місцевої ради. На противагу цим положенням Цивільний кодекс України визнає, що забезпечити громадян, які потребують покращення житлових умов, може (не зобов'язаний): по-перше, кожен; по-друге, за свій рахунок; по-третє, від свого імені та у своїх інтересах.

2.2. У справах щодо оскарження відмови в наданні особі житла з житлового фонду соціального призначення. Положення частини п'ятої статті 10, частини другої статті 22 Закону України «Про житловий фонд соціального призначення» засвідчує, що обов'язок (повноваження) органу місцевого самоврядування щодо надання такого житла є виключним. Цьому обов'язку кореспондує право особи вимагати надання житла за наявності передбачених законом обставин (підстав), що свідчить про публічно-правову, а не приватноправову природу такого права (статті 2, 11, 12, частина перша статті 22 Закону України «Про житловий фонд соціального призначення»). Ці справи щодо соціального житла є подібними до справ щодо соціальної допомоги та інших виплат на корить особи, які Верховний Суд відносить до юрисдикції саме адміністративних судів (постанова від 12 вересня 2018 року у справі № 2-а-3097/2007, ЄДРСР – № 76912505).

3. У справах щодо оскарження відмови громадянину безоплатно передати йому у власність (приватизувати) квартиру, будинок, житлове приміщення у гуртожитку. За змістом положень статті 8 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду»: носієм повноваження із передачі житла є виключно орган приватизації, створений місцевою державною адміністрацією, органом місцевого самоврядування чи державним підприємством, установою, організацією, в повному господарському віданні або оперативному управлінні яких знаходиться державний житловий фонд (частина перша); органи приватизації, органи місцевого самоврядування не мають права відмовити мешканцям квартир (будинків), житлових приміщень у гуртожитках у приватизації займаного ними житла, крім випадків, передбачених законом (частина десята).

4. У справах щодо оскарження відмови громадянину безоплатно передати йому у власність (приватизувати) земельну ділянку в межах норм безоплатної приватизації із земель комунальної власності, зокрема для будівництва і обслуговування жилого будинку, господарських будівель і споруд. За змістом положення частини першої статті 122 Земельного кодексу України носієм повноваження із передачі такої земельної ділянки є виключно місцева (сільська, селищна чи міська) рада. Положення, яке регламентує реалізацію цього повноваження, є імперативним; за наявності відповідних підстав воно не може не бути виконаним, тобто обов'язково приймається рішення про передачу земельної ділянки у власність громадянина (частина дев'ята статті 118 Земельного кодекс України).

Висновки

Послідовне застосування такого критерію, як зміст обов'язку (повноваження) суб'єкту, що діє від імені та/чи в інтересах Українського народу, на мою думку, підвищить переконливість та виваженість судових рішень у частині вирішенні питання про належність справи (в якій відсутній спір про право) до того чи іншого виду судової юрисдикції.

Список використаних джерел:

1. Білоусов Ю.В. Господарські відносини як критерій розмежування компетенції суду щодо розгляду і вирішення справ: окремі питання // Трансформація ринкових відносин в Україні: організаційно-правові та економічні проблеми: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, 15 трав. 2003 р.). Одеса: Астропринт, 2003. 143 с.

2. Бринцев О.В. Розмежування компетенції адміністративних і господарських судів: проблеми та перспективи. Х.: Право, 2007. 64 с.

3. Гарагата К.О. Визначення меж адміністративної юрисдикції за кодексом Адміністративного судочинства України // Актуальні питання реформування правової системи України: зб. наук. статей за матеріалами ІІІ міжнар. наук.-практ. конф., 2-3 черв. 2006 р., Т.1 / Волинський держ. універ. ім. Лесі Українки. Луцьк, 2006. 317 с.

4. Демченко С.Ф. Зміст правовідносин та предмет спору як головні критерії розмежування судових юрисдикцій. Вісник Вищого адміністративного суду України. 2010. № 2. С. 23–28.

5. Коломоєць Т.О. Розмежування юрисдикційних повноважень між адміністративними та господарськими судами України щодо розгляду справ у порядку адміністративного судочинства: наук. нарис. Запоріжжя: Державний вищий навчальний заклад «Запорізький національний ун-т» МОН України, 2009. 102 с.

6. Лічман Л.Г. Розмежування цивільної та адміністративної юрисдикції теоретичні здобутки та практичні реалії. Університетські наукові записки. Хмельницький, 2008. № 1(25). С. 81–86.

7. Осадчий А.Ю. Адміністративна юрисдикція у співвідношенні з іншими судовими юрисдикціями // Актуальні проблеми держави і права. О., 2007. Вип. 32. С. 290–293.

8. Смокович М.І. Проблеми розмежування судової юрисдикції та визначення компетенції адміністративних судів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». К., 2010. 20 с.

9. Сердюк В.В. Юрисдикція судів України за спеціалізацією. К.: Прецедент, 2005. 192 с.

10. Сілантьєва Е.Є. Деякі проблеми розмежування юрисдикції спеціалізованих судів. Проблеми законності. 2008. Вип. 98. С. 169–175.

11. Черленяк М.І. Підвідомчість справ господарським судам України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право». Донецьк, 2007. 20 с.

12. Яцина В.Б. Деякі критерії розмежування юрисдикції цивільних та адміністративних судів. Актуальні питання цивільного та господарського права. 2006. № 1. С. 61–65

Анализ судебной практики свидетельствует о необходимости усовершенствовать систему критериев, которая развита Большой Палатой Верховного Суда для разграничения предметной юрисдикции. В дополнение к используемым критериям предлагается применять еще один – содержание обязанности (полномочия) субъекта-участника спора. Спор следует относить к административной юрисдикции, если обязанность (полномочие) является исключительной, то есть его надлежит выполнить только от имени и / или в интересах Украинского народа субъектом, установленным законом; другие субъекты не могут быть носителями такого полномочия и реализовывать его в собственных интересах.

Ключевые слова: предметная юрисдикция, критерии разграничения, исключительное полномочие.

An analysis of judicial practice shows the need to improve the system of criteria developed by the Grand Chamber of the Supreme Court to differentiate substantive jurisdiction. In addition to the criteria used, it is proposed to apply one more – the content of the duty (authority) of the party to the dispute. The dispute should be attributed to administrative jurisdiction, if the duty (authority) is exceptional, that is, it must be performed only on behalf and / or in the interests of the Ukrainian people by a subject established by law; other entities cannot be carriers of such authority and realize it in their own interests.

Key words: subject-matter jurisdiction, demarcation criteria, exclusive authority.

УДК 351.741 (477)

Юлія Склярова,
аспірант кафедри адміністративного права,
процесу та адміністративної діяльності
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

АТЕСТАЦІЯ ПОЛІЦЕЙСЬКИХ В УКРАЇНІ (ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

Метою написання наукової статті є узагальнення та систематизація історичних передумов проходження атестації поліцейськими в Україні. Автором виділено чотири історичні етапи становлення атестації поліцейських в Україні. Зроблено висновок про сучасний зміст атестації поліцейських з урахування уроків історії.

Ключові слова: атестація, поліцейський, Національна поліція, історичний етап, становлення, розвиток.

Постановка проблеми. Атестація поліцейських в Україні є одним із етапів проходження служби в Національній поліції. Під атестацією сьогодні розуміють оцінювання ділових, професійних, особистих якостей поліцейських, їхнього освітнього та кваліфікаційного рівнів на підставі глибокого й усебічного вивчення, визначення відповідності посадам, а також перспектив їхньої службової кар'єри.

Водночас на практиці цю процедуру застосовували під час перетворення міліції в поліцію (що визнано судами безпідставним – рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 24.11.2017 у справі № 804/7501/17, від 11.12.2017 у справі № 804/7165/17, від 14.12.2017 у справі № 804/3377/17, від 23.01.2018 у справі № 804/7756/17, від 13.02.2018 у справі № 804/8821/17 тощо), атестування осіб, які з тих чи інших причин не пройшли переатестацію (відпустка по догляду за дитиною, відрядження до вищих навчальних закладів зі специфічними умовами навчання тощо). Тобто поняття «атестація поліцейських» розширює свій зміст, на відміну від законодавчо закріпленого.

Чому так відбувається? Чому в зміст атестування поліцейських додаються інші складники? На наш погляд, причину варто шукати в історичних передумовах формування цієї процедури. Вивчення сутності атестування на підставі історичного аналізу передумов його становлення дасть змогу зрозуміти тенденції подальшого розвитку вказаного явища.

Метою статті є узагальнення та систематизація історичних передумов становлення атестації поліцейських в Україні.

Науково-теоретичним підґрунтям дослідження стали роботи таких вітчизняних учених, як В.Б. Авер'янов, М.І. Ануфрієв, І.В. Арістова, О.М. Бандурка, В.І. Барко, В.М. Бесчастний, К.С. Ізбаш, В.М. Клименко, В.О. Криволапчук, М.П. Любар, Н.П. Матюхіна, В.П. Пєтков, Т.О. Проценко, І.М. Шопіна, О.Н. Ярмиш та інші.

Виклад основного матеріалу. Проаналізувавши етапи запровадження проходження атестації поліцейськими в Україні, можемо виділити **чотири основні етапи**. Розглянемо детальніше кожен із них.

Перший період ми виділимо з появи структури поліції та процедури атестації, тобто проходження певного відбору кадрів до лав тодішньої поліції.

Створення поліції як системи органів виконавчої державної влади пов'язане з правлінням **Петра І.** Саме при ньому утворюються спеціалізовані з відносно визначеним колом завдань і компетенцій державні органи з охорони громадського порядку та боротьби зі злочинністю, вводиться термін «поліція», що поступово витиснув відповідне йому слово «благочиние» [2, с. 3]. До цього функції поліції фактично виконували військові посадові особи. Поняття «атестування» в ті часи не існувало.

Одним із перших поліцейських нормативно-правових актів є Статут благочиння або поліцейському (1782 р.), у якому докладно викладені вимоги, яким мали відповідати службовці поліції, а саме: бездоганність поведінки, здоровий розум у справі, добра воля до служби, точність у виконанні завдань, безкорисливість під час покарання, доброзичливе ставлення до людей, старанність до посади. Для старших начальників управи благочинність уважалася необхідною рисою, що особливо впливало на прийняття рішень [4, с. 24]. Порядок призначення на поліцейські посади визначався ст. ст. 23, 24, 26, 27 Статуту благочиння [14, с. 88].

© Ю. Склярова, 2018

Тобто за період правління Петра І вперше створено прототип сучасного атестування поліцейських. До кандидатів на службу в поліції вже висувалися певні вимоги, запроваджено процедуру добору.

Крім того, в першому періоді з'являється таке поняття, як Міністерство внутрішніх справ. Згодом, після реформаторської діяльності Олександра І, у 1802 р. створюються міністерства, які очолюють єдиноначальні керівники відомств, тобто міністри. І одним із перших створено Міністерство внутрішніх справ (далі – МВС), у віданні якого поряд з адміністративно-господарчими питаннями було й управління поліцейськими установами [14, с. 89].

Отже, за період діяльності Олександра І з утворенням МВС створено певну процедуру добору на посаду поліцейського з урахуванням певних фізичних і розумових якостей особи.

Період 60–70-х рр. XIX ст. ознаменувався проведенням у Російській імперії масштабних реформ, що торкнулися майже всіх сфер державного життя: створювалися передумови для висування єдиних вимог до кадрів поліції, зокрема до кандидатів у поліцейський чин висували такі вимоги: мати російське підданство; бути не молодшим за 25 років; «мати повне фізичне здоров'я» (мати міцну статуру, гарні зір і слух, дотримуватися тверезого способу життя) тощо. Кожний кандидат проходив випробування й, витримавши його, складав присягу [13, с. 31]. Окрему увагу варто приділити питанню прийняття поліцейського законодавства, на якому базувалася діяльність поліцейських органів Російської імперії другої половини XIX – початку XX ст., а саме Положенню про земську поліцію й Наказу чинам і служителям земської поліції 1837 р., а також Тимчасовим правилам 1862 р. [9]. Поряд із цим правові основи призначення чиновників поліції тих часів на службу, звільнення у відпустку та зі служби регламентувалися також спеціальним Статутом про службу за призначенням від уряду [12]. Крім того, у 1873 р. введений принцип вільного найму рядових і нижчих чинів поліції, завдяки якому уряд прагнув вирішити питання стабільності поліцейських кадрів. Особа, яка бажала служити в поліцейських органах, мала подати доброзичливі відгуки й довідки з багатьох установ [10, с. 23].

Отже, в цей період уже можна стверджувати про повноцінне проходження атестації особами, які бажали служити в поліції, що пізніше з часом удосконалювалася й уносила зміни в процес добору кадрів.

Наприкінці XIX – на початку XX ст. складається система професійної підготовки кадрів, яка дала можливість готувати кваліфікованих фахівців для поліцейських кадрів. Так, для осіб, які мали отримати посади за класними чинами, введені іспити з метою встановлення ступеня знання ними поліцейських законів [6, с. 28]. Пізніше стали створюватися так звані резерви поліції, в яких проводилася початкова підготовка поліцейських чинів. Уперше резерв поліції заснований у 1867 р. в Петербурзі [6, с. 92].

Отже, на цьому етапі розвитку атестації в поліції започатковано спеціальний заклад, що займався підготовкою поліцейських чинів до міліції.

Другий період варто охарактеризувати появою спеціального Обліково-розпорядного відділу НКВС РСФРСР в Управління кадрів НКВС РСФРСР – єдиного органу, покликаного здійснювати відбір, підготовку, розстановку кадрів міліції.

Важливою передумовою в розвитку адміністративно-правового регулювання у сфері кадрового забезпечення ОВС України у так званий «радянській період» варто визнати розроблення та схвалення СНК СРСР 25.05.1931 Положения о рабоче-крестьянской милиции [11, с. 9–12], у якому ґрунтовно прописувалися процедури відбору, розстановки кадрів, порядок призначення на посади керівного складу, закріплення основних засад організації забезпечення персоналу, питання підготовки й перепідготовки, а також основні вимоги до нормування робочого часу, встановлювалися надбавки до заробітної плати за вислугу років [5, с. 23–24]. Необхідно підкреслити, що особливою передумовою в цьому періоді розвитку адміністративно-правового регулювання у сфері кадрового забезпечення ОВС України є реорганізація Обліково-розпорядного відділу НКВС РСФРСР в Управління кадрів НКВС РСФРСР – єдиного органу, покликаного здійснювати відбір, підготовку, розстановку кадрів міліції. Уніфікації роботи кадрових підрозділів сприяло також прийняття низки документів, що врегульовували алгоритм проведення атестації: облікової карти особи, відомостей про трудову діяльність, програми вивчення особистості співробітника, проведення виховних робіт із майбутніми співробітниками, застосування системи заохочень і стягнень у роботі, вивчення присяги та кодексу честі співробітника [11, с. 9–12], призначення на посади номенклатури НКВС СРСР [7].

Отже, в другому періоді розвитку процедури добору на посади до міліції вперше визначається вже новий термін, такий як атестація.

Друга світова війна (1939–1945 рр.) зумовила появу нових завдань, обов'язків і функцій радянських органів міліції, що, безперечно, вплинуло на ефективність їх кадрового забезпечення. На службу в міліцію приймали людей, які ні за своїм віком, ні за станом здоров'я або освіти не відповідали визначеним нормам. Серед працівників ОВС на цей час було чимало людей похилого віку, хворих, інвалідів. Переважна частина з числа прийнятих не мала елементарної професійної підготовки [8, с. 28].

Знову ж у зв'язку з тяжким військовим станом у світі простежується зменшення ролі міліції в державі та відсутність достатньої кількості кадрів для служби в міліції.

Очевидно, що після закінчення війни держава все-таки потребувала утворення нової міліції, як і реформування всіх інших сфер життя.

Історично значущою передумовою розвитку адміністративно-правового регулювання у сфері кадрового забезпечення майбутньої Національної поліції, на нашу думку, стало рішення Верховної Ради СРСР від 18.03.1946, згідно з яким НКВС перетворений у МВС СРСР. Відповідні зміни відбулися в союзних республіках. Перед МВС постало завдання не тільки кількісно укомплектувати особовий склад, а й переглянути вже наявні кадри, замінити тих працівників, які не відповідають вимогам, і так покращити склад міліції [8, с. 28].

Варто звернути увагу на те, що покращенню кадрового забезпечення ОВС посприяло відновлення політичних органів у системі МВС СРСР із середини 1983 р., оскільки, крім організаційних і виховних завдань, на них був покладений обов'язок брати безпосередню участь у підборі, навчанні й атестуванні кадрів, залученні всіх керівників органів і підрозділів внутрішніх справ до активної виховної роботи з підлеглими. Якісні показники роботи з кадрами в ОВС покращилися. У вказаний період практично весь начальницький склад мав вищу та середню освіту [3, с. 4].

Переходячи до **третього періоду** розвитку атестації в Україні, наголосимо на тому, що Україна стала самостійною державою та формувала новий орган міліцію України з допомогою проведення атестації співробітників. Із прийняттям 16.07.1990 Декларації «Про державний суверенітет України» почалося створення нормативно-правової бази для функціонування правоохоронних органів України. 20.12.1990 прийнято Закон України «Про міліцію», в статті 17 якого зазначено, що на службу до міліції приймаються на контрактній основі громадяни України, які досягли 18-річного віку, мають загальну середню освіту, володіють державною мовою, здатні за своїми особистими, діловими й моральними якостями, фізичною підготовкою і станом здоров'я виконувати покладені на міліцію завдання [1]. Порядок проходження служби регламентується Положенням про проходження служби особовим складом органів внутрішніх справ, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 29.01.1991 № 114, і Дисциплінарним статутом органів внутрішніх справ, затвердженим Указом Президії Верховної Ради УРСР від 29.07.1991.

У розділі V Положення про проходження служби особовим складом органів внутрішніх справ, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 29.01.1991 № 114, визначено поняття «атестація».

Відповідно до п. 47 розділу V указаного Положення, з метою вдосконалення діяльності органів внутрішніх справ, підвищення ефективності їхньої роботи, поліпшення добору, розстановки й виховання кадрів, стимулювання підвищення кваліфікації, ініціативності, творчої активності та відповідальності працівників за доручену справу проводиться атестація осіб рядового й начальницького складу. При цьому всебічно оцінюються їхні ділові, професійні, моральні та особисті якості, рівень культури і здатність працювати з людьми, робляться висновки про відповідність займаній посаді й даються рекомендації щодо подальшої служби.

Атестації осіб рядового й начальницького складу має передувати підготовча робота (організаційні та виховні заходи, індивідуальні бесіди з тими, хто підлягає атестації).

Пункт 48 Положення регламентував атестацію осіб середнього, старшого й вищого начальницького складу, що проводиться на кожній із займаних посад через чотири роки, а також під час призначення на вищу посаду, переміщення на нижчу посаду та звільнення з органів внутрішніх справ, якщо переміщення по службі або звільнення провадиться по закінченні року з дня останньої атестації, а у виняткових випадках незалежно від цього строку.

Строки атестації рядового й начальницького складу визначаються міністром внутрішніх справ.

Отже, під час третього періоду розвитку сутності атестації в Україні повністю як сформовано поняття «атестація», так і збережено її мету – вдосконалити діяльність органів внутрішніх справ, підвищити ефективність їхньої роботи, поліпшити добір кадрів.

Переходячи до **четвертого, останнього, періоду,** варто зауважити, що він характери-

зується як період утворення атестації зовсім у новому сенсі.

07.11.2015 втратив чинність Закон України «Про міліцію», ліквідовані структурні підрозділи ОВС. Прийнято й уведено в дію новий Закон України «Про Національну поліцію» від 02.07.2015 № 580-VIII, утворено новий орган – поліцію, в якій процедурі проходження атестації приділено досить багато уваги.

Стаття 57 указаного Закону запровадила поняття «атестування поліцейських», що проводиться з метою оцінювання їхніх ділових, професійних, особистих якостей, освітнього та кваліфікаційного рівнів, фізичної підготовки на підставі глибокого й усебічного вивчення, визначення відповідності посадам, а також перспектив їхньої службової кар'єри.

Виділено випадки, в яких проводиться атестування поліцейських:

1) під час призначення на вищу посаду, якщо заміщення цієї посади здійснюється без проведення конкурсу;

2) для вирішення питання про переміщення на нижчу посаду через службову невідповідність;

3) для вирішення питання про звільнення зі служби в поліції через службову невідповідність.

Атестування проводиться атестаційними комісіями органів (закладів, установ) поліції, що створюються їх керівниками.

Рішення про проведення атестування приймає керівник поліції, керівники органів (закладів, установ) поліції стосовно осіб, які, згідно із законом та іншими нормативно-правовими актами, призначаються на посади їхніми наказами.

Порядок проведення атестування поліцейських затверджується міністром внутрішніх справ України.

Крім того, Наказом Міністерства внутрішніх справ України від 17.11.2015 № 1465 затверджено Інструкцію про порядок проведення атестування поліцейських, яка повністю регламентувала процедуру проходження атестування.

Порівняльна таблиця

Критерій / Період	Поняття «атестування»	Підстави	Процедура (етапи)
Перший період	Не існувало	Вступ до органів поліції	Зібрання необхідних документів: довідок, відгуків, характеристик, проходження випробування, складання іспитів, проходження початкової підготовки
Другий період	Поява поняття «атестація» як процедури добору на посади до міліції	Вступ до органів міліції	Підготовка необхідних документів, проходження відбору та навчання, виховної роботи
Третій період	Атестація проводиться з метою вдосконалення діяльності органів внутрішніх справ, підвищення ефективності їхньої роботи, поліпшення добору, розстановки кадрів, стимулювання підвищення кваліфікації, ініціативності, творчої активності й відповідальності працівників за доручену справу	Кожні 4 роки, під час призначення на вищу посаду, на нижчу посаду, під час звільнення	Організаційні виховні заходи, індивідуальні бесіди
Четвертий період	Атестування проводиться з метою оцінювання їхніх ділових, професійних, особистих якостей, освітнього та кваліфікаційного рівнів, фізичної підготовки на підставі глибокого й усебічного вивчення, визначення відповідності посадам, а також перспектив їхньої службової кар'єри.	1) під час призначення на вищу посаду, якщо заміщення цієї посади здійснюється без проведення конкурсу; 2) для вирішення питання про переміщення на нижчу посаду через службову невідповідність; 3) для вирішення питання про звільнення зі служби в поліції через службову невідповідність.	1. Проходження тестування. 2. Проходження співбесіди.

Висновки

Отже, проаналізувавши історико-правовий аспект формування проходження атестації поліцейських в Україні, пропонуємо виділити такі періоди.

Перший період – поява поліції – поява процедури атестування (період правління Петра І (кінець XVIII ст., Статут благочиння); період правління Олександра І (початок XIX ст., створення МВС)).

Другий період – радянська міліція (1960–1970-ті рр. – до 1990 р.).

Третій період (новий) – незалежна Україна (1991–2015 рр.).

Четвертий період (сучасний) – період функціонування Національної поліції (з 2015 р. по теперішній час).

З кожним із цих періодів пов'язана поява нових правил вступу до органів поліції, однак процедура відбору існувала ще з початку утворення таких каральних органів. Поняття атестації пов'язане вже з другим періодом, на якому вже більш чітко окреслено та нормативно врегульовано питання добору. Третій і четвертий періоди характеризуються детальним визначенням поняття і процедури атестації саме в Україні. Варто зауважити, що на більшу увагу заслуговує атестація поліцейських у сучасному четвертому періоді, оскільки існує проблема недотримання підстав проведення атестування поліцейських і необхідність удосконалення нормативно-правової бази.

Для резюмування всього вищезазначеного звертаємо увагу на таблицю періодів.

Список використаних джерел:

1. Про міліцію: Закон України від 20 грудня 1990 р. № 565-XII. Відомості Верховної Ради УРСР. 1991. № 4. Ст. 20.

2. Дугин А.Н., Малыгин А.Я. Полиция и милиция России (очерк истории). Москва: ВЮЗШ, 1993. С. 3.

3. Информационный сборник о работе с кадрами в органах внутренних дел. Москва, 1976. № 23. С. 4.

4. Матюхіна Н.П. Управління персоналом органів внутрішніх справ України: організаційно-правові засади: дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.07 / НУВС. Харків, 2002. 420 с.

5. Мельникович В.М. Кадрова політика в органах внутрішніх справ України: адміністративно-правовий аспект: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07. Сборник приказов и циркуляров Главного управления рабоче-крестьянской милиции СНК РСФСР. Москва: Бюллетень НКВС, 1931. № 1. С. 9–12.

6. Мулукаев Р.С., Желудкова Т.И., Смольников В.Г. История органов внутренних дел дореволюционной России: учебное пособие / под ред. Р.С. Мулукаева. Москва: Акад. МВД СССР, 1984. 92 с.

7. О порядке приема, перемещения, назначения и увольнения работников, состоящих в номенклатуре НКВД СССР, и лиц начальствующего состава ГБ НКВД, состоящих в номенклатуре НКВД республик, начальников управлений НКВД краев и областей: Циркуляр отдела кадров НКВД СССР от 3 мая 1939 № 59.

8. Перепелиця А.В. Адміністративно-правове регулювання підготовки персоналу органів внутрішніх справ України: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / ЛьвДУВС. Львів, 2009. 272 с.

9. Полиция и милиция России: страницы истории / А.М. Беда, А.В. Борисов, А.Н. Дугин, А.Я. Малыгин и др. Москва: Наука, 1995. 318 с.

10. Рыжов Д.С. Борьба полиции России с профессиональной преступностью (1862–1917 гг.): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / Акад. управления МВД России. Москва, 2000. 23 с.

11. Сборник приказов и циркуляров Главного управления рабоче-крестьянской милиции СНК РСФСР. Москва: Бюллетень НКВС, 1931. № 1. С. 9–12.

12. Устав о службе по определению от правительства. Свод законов Российской империи: в XVI т. Санкт-Петербург, 1892. Т. III.

13. Філонов О. Кадрове забезпечення поліції, жандармерії та спеціальних служб Російської імперії як важливий чинник організації боротьби з тероризмом наприкінці XIX – на початку XX століття. Віче. 2013. № 14. С. 30–32.

14. Холод Ю.А. Загальна поліція Російської імперії в Україні в 1862–1905 рр.: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / НУВС МВС України. Харків, 2002. 210 с.

Целью написания научной статьи являются обобщение и систематизация исторических предпосылок прохождения аттестации полицейскими в Украине. Автором выделены четыре исторические этапы становления аттестации полицейских в Украине. Сделан вывод о современном содержании аттестации полицейских с учетом уроков истории.

Ключевые слова: аттестация, полицейский, Национальная полиция, исторический этап, становление, развитие.

The purpose of the writing of the scientific article is to summarize and systematize the historical preconditions for the certification of police officers in Ukraine. The author identifies four historical stages of the certification of police officers in Ukraine. A conclusion is drawn about the current content of the certification of police officers taking into account history lessons.

Key words: attestation, police officer, national police, historical stage, formation, development.

УДК 342, 351.746.1

Володимир Столбовий,
канд. юрид. наук, доцент,
докторант відділу аспірантури і докторантури
Національної академії Служби безпеки України

МІЛІТАРИЗОВАНІ ФОРМУВАННЯ ЯК ОСОБЛИВІ СУБ'ЄКТИ СЛУЖБОВИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

Стаття присвячена розгляду актуальних питань службових правовідносин у сфері національної безпеки України. Наголошено на тому, що публічна служба в мілітаризованих формуваннях реалізується в складних умовах. Установлено, що ефективна діяльність мілітаризованих формувань відбувається за умови належного правового регулювання службових правовідносин, що найбільшою мірою спрямовані на протидію пріоритетним загрозам національній безпеці України та забезпечення охорони прав і свобод громадян.

Ключові слова: службові правовідносини, правове регулювання службових правовідносин, національна безпека України, мілітаризовані формування, органи публічної влади, державні службовці.

Постановка проблеми. Очевидно, що на етапі становлення України як незалежної держави постало питання створення й розвитку інституту державної служби, без якого ефективне функціонування держави є неможливим. Досвід функціонування державної служби в України засвідчив той факт, що вона залишається неефективною, бюрократичною, сприяє корупції, уповільнює розвиток інноваційної економіки та демократії, не забезпечує належного рівня національної безпеки держави. Саме ці причини слугували приводом до реформування інституту публічної служби.

За період незалежності України публічна служба та її серцевина – службові правовідносини, сформувалися в чітку систему, яка потребує невідкладного реформування, подальшого розвитку й постійного вдосконалення.

У загальній системі публічної служби в Україні особливе місце належить мілітаризованим формуванням як особливому виду публічної служби.

Дослідженням загальних питань публічної служби приділяли увагу такі науковці, як Н.О. Армаш, Т.Є. Василевська, М.П. Грай, Н.Т. Гончарук, В.М. Олуйко, О.С. Петренко, Т.І. Пахомова, С.М Серьогін, А.С. Сіцінський, А.М. Школик, Н.В. Коваленко, Т.О. Коломоєць, В.А. Куйбіда, О.В. Хорошенюк, І.М. Цуркан, Н.В. Янюк, О.Г. Ярема та інші.

Дослідженням мілітаризованих формувань з різних аспектів їхньої діяльності приділяли увагу такі науковці, як О.М. Бандурка, Д.О. Беззубов, Р.Г. Ботвінов, О.М. Джужа, В.І. Осадчий, В.К. Колпаков, Ю.О. Легеза, М.В. Лошицький, В.І. Олефір, С.В. Пєтков, В.М. Плішкін, Г.П. Ситник, В.Г. Фатхутдінов та інші.

Разом із тим питання службових правовідносин у діяльності мілітаризованих формувань у сфері національної безпеки залишилися малодослідженими.

Мета статті полягає в дослідженні особливостей службових правовідносин мілітаризованої служби сфери національної безпеки України.

Виклад основного матеріалу. Суспільні потреби та складні обставини, в яких перебуває сьогодні Україна, викликали необхідність дослідити й систематизувати наукові підходи до класифікації та типологізації службових правовідносин мілітаризованої служби та їх місця у сфері національної безпеки України; визначити загальні риси, які характерні для публічної служби загалом, та особливі ознаки службових правовідносин мілітаризованих формувань, що визначають їх специфічну автономність та особливе місце в державно-службових правовідносинах; визначити змістові характеристики й риси службових правовідносин мілітаризованих формувань; розкрити роль службових правовідносин мілітаризованих формувань у сфері національної безпеки як реалізації однієї з основних функцій держави; дослідити специфіку проходження служби в мілітаризованих формуваннях, визначити проблеми, сформувати пропозиції щодо вдосконалення службових правовідносин; узагальнити зарубіжний досвід організації та розвитку мілітаризованих формувань і можливість їх запровадження в Україні.

© В. Столбовий, 2018

Досягнення збалансованості й правового забезпечення функціонування та розвитку публічної служби мілітаризованих формувань в Україні – надскладне завдання. Це пов'язано з тим, що публічна служба в мілітаризованих формуваннях реалізується в складних умовах. З одного боку, вплив зовнішніх чинників, гібридна війна з боку Російської Федерації збільшує навантаження на Державну прикордонну службу, Збройні Сили України, Національну гвардію, Службу безпеки України, Національну поліцію, а з іншого боку, внутрішні чинники: загострення криміногенної обстановки, необхідність посилення боротьби з корупцією та організованою злочинністю.

Сутність професійної діяльності публічних службовців цивільної служби органів державної влади, місцевого самоврядування, мілітаризованих формувань проявляється в служінні всьому суспільству, а не окремому органу влади чи посадовій особі, тому забезпечення функціонування службових правовідносин має загальносуспільне значення. За останні декілька років держава зосередила увагу на посиленні боротьби з корупцією, що є саме по собі надзвичайно важливим фактором. Однак питання реформування публічної служби та службових правовідносин залишається вельми актуальним і потребує подальшого реформування й удосконалення на основі системного підходу. Системний підхід як визначальний метод наукового дослідження має бути покладений в основу, визнаний необхідною методологічною передумовою дослідження питань, пов'язаних зі службовими правовідносинами у сфері національної безпеки та функціонування мілітаризованих органів. Саме його застосування дає змогу найбільш повно й усебічно розглянути властивості мілітаризованих органів, внутрішні й зовнішні зв'язки та відносини, наявність яких впливає на їх функціонування. Реалізація системного підходу передбачає не тільки аналіз змісту елементів, що входять до структури, а й виявлення характеру взаємозв'язку між її одиницями та компонентами, ступеня узгодженості останніх у процесі функціонування. При цьому важливо враховувати, що системні властивості та змістові характеристики мілітаризованих формувань, що утворюють певну систему, зумовлюються дією досить різнопланових факторів, що відрізняються за своєю природою, змістом і механізмами дії. Системний підхід передбачає передусім ставлення до мілітаризованих формувань як до цілісного, відносно самостійного, відокремленого в навколишньому середовищі явища. Разом із тим складність системного уявлення зумовлена тим, що це явище не має фізично вираженої в просторі та часі цілісності. Про мілітаризовані формування як систему можна говорити тільки в гносеологічному аспекті, коли характеристика внутрішніх і зовнішніх зв'язків і взаємин у процесі забезпечення національної безпеки та охорони прав юридичних і фізичних осіб дає змогу помітити або осмислити в цьому явищі соціального життя цілісність з усіма рисами, властивими соціальній системі.

У статті 12 Закону України «Про національну безпеку України» визначено склад сектору безпеки й оборони України з чотирьох взаємопов'язаних складників: сили безпеки; сили оборони; оборонно-промисловий комплекс; громадяни та громадські об'єднання, які добровільно беруть участь у забезпеченні національної безпеки. Функції й повноваження складників сектору безпеки й оборони визначаються законодавством України. Отже, законодавець класифікував усі суб'єкти забезпечення національної безпеки й оборони на чотири групи: 1) сили безпеки; 2) сили оборони; 3) оборонно-промисловий комплекс; 4) громадяни та громадські об'єднання, які добровільно беруть участь у забезпеченні національної безпеки [1].

Законодавець визначає сили безпеки як правоохоронні та розвідувальні органи, державні органи спеціального призначення з правоохоронними функціями, сили цивільного захисту й інші органи, на які Конституцією та законами України покладено функції із забезпечення національної безпеки України. До сил безпеки варто зарахувати Службу безпеки України, Управління державної охорони України, розвідувальні органи України, Міністерство внутрішніх справ України, Національну поліцію України, Національну гвардію України, Державну прикордонну службу України, Державну міграційну службу України, Державну службу України з надзвичайних ситуацій, Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України.

Варто зауважити, що законодавець не включив до переліку сил безпеки й оборони цілу низку нових органів, які є важливими суб'єктами сил безпеки й оборони. До них варто зарахувати Національне антикорупційне бюро України, Державне бюро розслідувань. Варто підкреслити, що в чинному законодавстві відсутній чіткий перелік правоохоронних органів та ознаки, які вказують про їх належність до таких органів.

Варто погодитися з С.О. Конєвою, яка зазначає, що всі види публічної служби – прокурорська, суддівська, військова, дипломатична тощо – мають власне функціональне

навантаження, однак за основними ознаками – постійність, професійність, наявність публічної посади та спрямованість діяльності службовців на задоволення публічних інтересів – цілком відповідають загальним ознакам публічної служби й характеризуються загальнодержавною значущістю [2, с. 32].

Діяльність мілітаризованих формувань як одного з видів публічної служби найбільшою мірою спрямована на протидію пріоритетним загрозам національній безпеці України та забезпечення охорони прав і свобод людини. Аналіз нормативно-правової бази й наукових джерел дає підстави виокремлювати зі складу публічної служби її підвид – мілітаризовану службу. Ознаками публічної служби мілітаризованих формувань є те, що власність – суспільно-службова; праця персоналу має службовий характер, є обов'язковою, з регламентацією прав та обов'язків, у всіх сферах діяльності; організація праці визначена відповідними юридичними нормами; матеріальні й соціальні умови виконання службових обов'язків забезпечуються фінансуванням через бюджет на основі встановлених нормативів; розподіл ресурсів між ланками ієрархії здійснюється за схемою адміністративного виділення на основі нормативів і розпорядчих актів вищих органів, затверджених правил і нормативів формування виробничих і невиробничих фондів, єдиних штатних розписів та організаційної структури за рівнями ієрархії; виконання завдань має обов'язковий характер і здійснюється через державний механізм, за іншими напрямами діяльності – через установлені переліки та форми звітності за ієрархією підпорядкування; планування завдань – від досягнутого за минулий термін, оплата за роботу персоналу, а не за результати; врегульована система мотивації праці. Публічна служба мілітаризованих формувань не має власних економічних цілей, виконує державні завдання, тобто для неї відсутній внутрішній критерій прибутковості [3].

Варто зауважити, що службові правовідносини в діяльності органів публічної служби мають спільні загальні ознаки, які характеризують публічну службу як єдине ціле. Отже, загальні ознаки публічної служби характерні для всіх її суб'єктів. Однак поряд із цим в окремих суб'єктів публічної служби, наприклад, таких як мілітаризовані формування, є свої особливі ознаки, які притаманні тільки їм.

Мілітаризована служба представлена системою службовців органів, які забезпечують захист життя і здоров'я людей, безпеку, порядок управління, гарантування основних прав громадян. Вона включає військову службу, службу в органах поліції, у кримінально-виконавчих структурах [4, с. 215]. Нами підтримується така класифікація з певним доповненням. На наш погляд, поряд із військовою службою доцільно говорити про службу в правоохоронних органах, яка за кількістю таких органів переважає всі інші мілітаризовані структури. Законодавством чітко не визначено коло суб'єктів, які належать до правоохоронних органів. На наш погляд, до переліку правоохоронних органів варто підходити не за назвою органу, а за основними ознаками, що полягають у безпосередньому здійсненні правоохоронної діяльності. При цьому тут можна виділити органи, головним та основним призначенням яких є правоохоронна діяльність (наприклад, Міністерство внутрішніх справ, Національна поліція, Державне бюро розслідувань, Національне антикорупційне бюро України тощо); органи, окремі підрозділи яких створені виключно в правоохоронних цілях (наприклад, підрозділи з боротьби з контрабандою у складі митниць Державної фіскальної служби України). Як показує практика сьогодення, лише за останні два роки кількість таких правоохоронних структур зросла. До них варто зарахувати Державне бюро розслідувань, Національне антикорупційне бюро України, Спеціалізовану антикорупційну прокуратуру, Національне агентство з питань запобігання корупції, Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів.

Одним із видів мілітаризованої служби є військова служба. І.Ф. Корж зазначає, що військова служба розглядається як особливий вид державної служби, яку проходять громадяни України за призовом і за контрактом (добровільно) у військових формуваннях, утворених відповідно до закону, і яка полягає у виконанні завдань і здійсненні функцій держави щодо захисту її суверенітету й територіальної цілісності [5].

Особливими характеристиками мілітаризованої служби є здійснення охоронної функції, що полягає в охороні й захисті правопорядку, територіальної цілісності й безпеки держави, захисті життя і здоров'я громадян; можливості застосування примусу; наявності системи субординації, суворої ієрархії особового складу, обов'язковості наказів. Крім того, під час прийняття на мілітаризовану службу, як правило, визначено жорсткіші вимоги що віку, стану здоров'я, фізичної підготовки тощо. Також службовці мілітаризованої служби мають спеціальні зовнішні атрибути (форму одягу, зовнішні відзнаки), їм присвоюють спеціальні звання [6, с. 19].

О.Ю. Оболенський деталізує й розширює перелік таких ознак, зазначаючи, що для мілітаризованих формувань як особливого виду публічної служби, включаючи й службу в правоохоронних органах, в основному характерні такі ексклюзивні ознаки: особливості функцій і завдань; наявність особливих організаційно-правових засад; специфіка умов проходження служби, особливо наявність ризику під час виконання посадових повноважень; специфіка безпосередньо професійної діяльності; особливі службові обов'язки (наприклад, забезпечення безпеки громадян і встановленого порядку управління, захист життя і здоров'я людей, охорона громадського порядку та правопорядку тощо); особливі дисциплінарні акти (статути, положення, присяга), що враховують специфіку посадових обов'язків та умов проходження служби; специфічні умови й порядок прийому на службу, її проходження, присвоєння спеціальних звань, проходження випробувального терміну, атестації, припинення служби; особливий статус службовців з чітко визначеним колом прав та обов'язків, який закріплюється адміністративно-правовими актами; особливий порядок притягнення до деяких видів юридичної відповідальності (передусім адміністративної та матеріальної); спеціальне забезпечення (грошове утримання, соціальні пільги, однострій, знаки розрізнення, особливий порядок обчислення строку служби, пенсійне забезпечення тощо) [7, с. 49, 51].

Висновки

На підставі проведеного аналізу доцільно зазначити, що службові правовідносини в мілітаризованих формуваннях України можна визначити як систему публічних правовідносин, що складаються в процесі діяльності державних органів сектору безпеки й оборони з приводу особливого порядку вступу на службу, проходження служби на основі особливих принципів організації та функціонування, особливостей їх професійного навчання, зміни статусу службовця (підвищення, пониження в посаді), специфічних умов професійної діяльності, зумовлених особливістю професійних обов'язків з реалізації своїх прав та обов'язків, спрямованих на забезпечення публічних інтересів, пов'язаних із ризиком для життя і здоров'я, жорсткими вимогами до дисципліни, наявністю спеціальних заборон та обмежень, пов'язаних із проходженням служби, наявністю спеціальної відповідальності за невиконання або неналежне виконання службових обов'язків, наявністю їх особливого правового статусу як представників публічної влади, особливого соціально-правового захисту й особливого порядку припинення служби відповідними категоріями службовців і працівників.

Отже, на основі проведеного аналізу законодавчих актів і наукових джерел можна зробити висновок про наявність особливих ознак мілітаризованих формувань, які не притаманні для цивільної публічної служби, а саме:

1. Особливі вимоги до кандидатів, які приймаються на службу до мілітаризованих формувань (підвищені вимоги до освітнього рівня, моральних якостей, фізичної підготовки і стану здоров'я, встановлені обмеження, пов'язані з прийомом на службу та її проходженням).

2. Спеціальний порядок призначення на посади (призначення за наказом, призначення за результатами конкурсу; призначення на підставі укладення контракту).

3. Воєнізований характер, що характеризується суворою ієрархічністю, єдиноначальністю, який поєднується з вимогою безумовної обов'язковості виконання наказів, суворою регламентацією всієї діяльності статутами, положеннями, спеціальними дисциплінарними вимогами, наявністю в системі служби військових, спеціальних звань і класних чинів.

4. Спеціальні умови проходження служби (служба у святкові та вихідні дні; служба позмінно; служба з нерівномірним графіком; служба в нічний час).

5. Обов'язок службовця виконувати покладені на нього завдання щодо захисту прав і свобод людини, запобігання злочинам і розкриття злочинів, захисту інтересів держави не лише в робочий, а й позаробочий час.

6. Особливий правовий статус співробітників і вимог до їхньої професійної підготовки, зумовлений необхідністю чіткого й неухильного виконання законів та особливим порядком притягнення їх до відповідальності.

7. Особливий характер служби (постійний ризиковий характер несення служби, постійна загроза для власного життя і здоров'я й близьких родичів службовця).

8. Право, надане законом, на застосування заходів державного примусу.

9. Право застосування специфічних форм і методів (оперативно-розшукової діяльності; кримінально-процесуальної діяльності; адміністративної діяльності; охоронної діяльності) та спеціальних принципів службової діяльності (безперервності служби; законності; конспірації; поєднанні гласних і негласних слідчих (розшукових) дій).

10. Спеціальні гарантії правового й соціального захисту співробітників, у тому числі особливий пільговий порядок обчислення строків служби та призначення пенсії.

Список використаних джерел:

1. Про національну безпеку України: Закон України від 21.06.2018 № 2469-VIII. Голос України. 07.07.2018.
2. Конєва С.О. Звільнення з публічної служби як захід запобігання корупції: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07. Запоріжжя, 2018. 201 с.
3. Липовська Н.А. Евристичні можливості застосування системного підходу до аналізу Державної митної служби України як спеціального соціального інституту державної служби. Актуальні проблеми державного управління. 2003. Вип. 3. С. 194–208.
4. Публічна служба: системна парадигма: кол. моногр. / К.О. Ващенко, С.М. Серьогін, Є.І. Бородін, Н.А. Липовська, Н.Г. Сорокіна та ін.; за заг. ред. С.М. Серьогіна. Дніпро: ДРІДУ НАДУ, 2017. 256 с.
5. Корж І.Ф. Військова служба в Україні: вступ, просування, припинення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07. Київ, 2004. 20 с.
6. Публічна служба. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / за заг. ред. В.П. Тимощука, А.М. Школика. Київ: Конус Ю, 2007. 735 с.
7. Оболенський О.Ю. Державна служба. Київ: КНЕУ, 2006. 468 с.

Статья посвящена рассмотрению актуальных вопросов служебных правоотношений в сфере национальной безопасности Украины. Отмечено, что публичная служба в милитаризированных формированиях реализуется в сложных условиях. Установлено, что эффективная деятельность милитаризированных формирований происходит при условии надлежащего правового регулирования служебных правоотношений, в наибольшей степени направленных на противодействие приоритетным угрозам национальной безопасности Украины и обеспечение охраны прав и свобод граждан.

Ключевые слова: служебные правоотношения, правовое регулирование служебных правоотношений, национальная безопасность Украины, милитаризованные формирования, органы публичной власти, государственные служащие.

The article is devoted to the consideration of current issues of official relations in the field of national security of Ukraine. It is noted that public service in militarized formations is realized in difficult conditions. It is established that efficient operation militarized formations, is subject to proper legal regulation of service relations, to the greatest extent to address priority threats to national security of Ukraine and to ensure protection of the rights and freedoms of citizens.

Key words: official legal relations, legal regulation of service legal relations, national security of Ukraine, militarized formations, public authorities, civil servants.

УДК 342.951

Олександр Ткаченко,
канд. юрид. наук,
начальник кафедри правового забезпечення службово-бойової діяльності
Національної академії Національної гвардії України

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ГВАРДІЇ УКРАЇНИ

У статті проаналізовано стан нормативно-правового регулювання адміністративної відповідальності військовослужбовців Національної гвардії України. Автором звертається увага на особливості притягнення військовослужбовців Національної гвардії України до адміністративної відповідальності за допущені ними правопорушення під час виконання окремих службово-бойових завдань.

Ключові слова: військовослужбовець, адміністративна відповідальність, дисциплінарна відповідальність, службово-бойові завдання.

Постановка проблеми. Питання дослідження особливостей юридичної відповідальності є актуальними й такими, що постійно породжують наукову дискусію серед учених. Сьогодні Україна та її громадяни долають виклики, які зумовлені соціальними, економічними, політичними кризовими явищами. Вагомого впливу на розвиток сфер діяльності держави та суспільства набув військовий конфлікт на Сході України, а також анексія Російською Федерацією Криму за безпосередньої участі її озброєних військовослужбовців. У зв'язку з цими подіями постало питання існування України як суверенної цілісної держави. За таких умов одним із ключових факторів існування української державності є правоохоронні органи та військові формування, одним із яких є Національна гвардія України.

Особливість діяльності підрозділів Національної гвардії України полягає в тому, що військовослужбовці зазначеного військового утворення щодня виконують службово-бойові завдання, а також уживають заходи повсякденної діяльності. На жаль, у діяльності військовослужбовців Національної гвардії України трапляються випадки невиконання (неналежного виконання) ними своїх службових обов'язків, порушення військової дисципліни, громадського порядку тощо. Відповідно до статті 14 Закону України «Про Національну гвардію України», за вчинення протиправних дій і бездіяльність військовослужбовці Національної гвардії України несуть дисциплінарну, матеріальну цивільно-правову, адміністративну та кримінальну відповідальність згідно із законом [1].

Незважаючи на велику кількість наукових праць і досліджень учених, проблема юридичної відповідальності сьогодні є однією з ключових у юридичній науці, оскільки юридична відповідальність є одним із засобів впливу на відповідних суб'єктів, за допомогою якого встановлено охорону й захист суспільних відносин від діянь, які визнані державою як неправомірні, протиправні, суспільно небезпечні. Крім того, юридична відповідальність є одним із основних засобів забезпечення правомірної поведінки, дотримання законності та справедливості в державі.

Оскільки на законодавчому рівні визначено, що Національна гвардія є військовим формуванням з правоохоронними функціями, до військовослужбовців зазначеної військової організації підвищуються вимоги щодо дотримання військової дисципліни, законності в повсякденній діяльності й під час виконання службово-бойових завдань. У свою чергу, одним із засобів забезпечення законності та правопорядку є визначена нормативно-правовими актами юридична відповідальність.

У сучасній вітчизняній юридичній науці спостерігається поглиблене вивчення галузевих аспектів юридичної відповідальності, обґрунтування її нових видів, окреслення специфічних характерних рис тощо, що підтверджує актуальність цього інституту [2]. Загальні теоретичні та практичні положення адміністративної відповідальності викладені в працях Ю.П. Битяка, І.О. Галагана, І.П. Голосніченка, Є.В. Додіна, В.В. Зуй, М.І. Єропкіна, Д.М. Лук'янця, Л.В. Коваль, В.К. Колпакова, В.П. Столбового, Н.В. Хорощак, Ц.А. Ямпольської та інших учених. Варто зазначити, що питання юридичної відповідальності й відповідальності військовослужбовців зокрема

© О. Ткаченко, 2018

завжди привертали увагу як науковців, так і військових, оскільки окреслене коло питань є важливими не лише для військово-правової, а адміністративно-правової сфер. Окремі аспекти юридичної відповідальності військовослужбовців досліджені в наукових працях вітчизняних науковців, серед яких доцільно виокремити наукові здобутки Ю.П. Битяка, О.С. Полякової, Є.І. Григоренка, С.О. Баран, В.М. Александрова, В.В. Середи, А.Ф. Моти, М.І. Карпенка, О.Б. Ганьби. Однак, незважаючи на значний внесок вищевказаних учених у дослідження зазначеної наукової проблеми, сьогодні недостатньо розкрито особливості адміністративно-правової відповідальності військовослужбовців Національної гвардії України, які викликані завданнями та функціями Національної гвардії України, а також способами, формами й методами їх виконання.

Актуальність дослідження особливостей адміністративної відповідальності військовослужбовців Національної гвардії України зумовлена поширеністю складів адміністративних правопорушень зі спеціальним суб'єктом, до яких належать військовослужбовці зазначеного військового формування, сучасними потребам практики, що сприятиме у визначенні однакових підходів під час кваліфікації адміністративних правопорушень військовослужбовців Національної гвардії України. Крім того, у зв'язку з цим доречно врахувати особливості адміністративно-правового статусу військовослужбовців Національної гвардії України як спеціальних суб'єктів адміністративної відповідальності під час обрання виду покарання.

Мета статті – проаналізувати особливості адміністративно-правового статусу військовослужбовця Національної гвардії України як суб'єкта адміністративних правопорушень, а отже, й особливості адміністративно-правової відповідальності військовослужбовців Національної гвардії України за правопорушення, вчинені ними під час виконання службових і службово-бойових завдань.

Виклад основного матеріалу. Правова регламентація військової служби та воєнної організації як у мирний, так і у воєнний час здійснюється великою кількістю нормативно-правових актів, які стали з'являтися після проголошення незалежності України й будівництва власних Збройних Сил та інших військових формувань [3, с. 57]. Варто зазначити, що однією з актуальних проблем протягом усього історичного періоду існування військового утворення були і є питання, пов'язані з юридичною відповідальністю військовослужбовців як одним із засобів примусу, зокрема щодо належного виконання ними завдань військової служби та службових обов'язків. При цьому слушною є думка С.М. Скуріхіна, який уважає, що обов'язки військовослужбовця є одним із центральних елементів їхнього правового статусу. Обов'язки визначають те, що військовослужбовцю необхідно виконувати, які вимоги до нього висуваються. До обов'язків належать також і заборони, які вказують на ті дії, які військовослужбовцю робити забороняється [4, с. 38].

Будь-які заходи примусового впливу мають застосовувати в суворих межах закону відповідно до встановлених ним процедур. Ігнорування цих вимог неминуче призводить до беззаконня і свавілля, яке загрожує самому існуванню держави [5, с. 344]. На відміну від інших видів соціальної відповідальності, застосування юридичної відповідальності регулюється нормами права. Її зміст визначається державою в особі компетентних органів влади й управління, в тому числі й військового. Вона полягає в застосуванні до правопорушників установлених санкцій (заходів примусу), право застосовувати які надано тільки державним органам і посадовим особам у межах їхніх повноважень [6].

Статтею 9 Закону України «Про Національну гвардію України» визначено, що Національна гвардія України комплектується військовослужбовцями, які проходять військову службу за контрактом і за призовом [1]. У свою чергу, згідно із Законом України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», військовослужбовці – це громадяни України, які проходять службу на території України, беруть участь у всеукраїнському й місцевих референдумах, обирають і можуть бути обраними до відповідних місцевих рад та інших виборних державних органів згідно з Конституцією України [7].

Військова діяльність Збройних Сил України, Національної гвардії України й інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, регламентується широким спектром нормативно-правових актів, специфічних за змістом, які в сукупності являють собою нормативне утворення, призначене виконувати роль регулятора суспільних відносин у військовій сфері. У системі права України певною специфікою характеризуються засоби охорони суспільних відносин у цій сфері. Зокрема, їх кримінально-правовий захист здійснюється відповідно до комплексу взаємопов'язаних норм, згрупованих в окремому розділі XIX «Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини)» Особливої частини Кримінального кодексу України [8]. У свою чергу, статтею 45 Дисциплінарного стату-

ту Збройних Сил України визначено, що за вчинення адміністративних правопорушень військовослужбовці несуть дисциплінарну відповідальність за цим Статутом, за винятком випадків, передбачених Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) [9]. Адміністративна відповідальність передбачена значною кількістю нормативно-правових актів, а саме нормами, визначеними КУпАП та іншими законами України. Зокрема, статтею 15 КУпАП установлено загальні правила відповідальності військовослужбовців та інших осіб, на яких поширюється дія дисциплінарних статутів, за вчинення адміністративних правопорушень, визначено, що військовослужбовці несуть відповідальність за адміністративні правопорушення за дисциплінарним статутом [10].

З метою посилення відповідальності військовослужбовців за порушення військової дисципліни, для забезпечення правопорядку в підрозділах Збройних Сил України, Національної гвардії України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, КУпАП доповнений главою 13-Б «Військові адміністративні правопорушення». Очевидно, що суб'єкти відповідальності за вчинення правопорушень, передбачених главою 13-Б КУпАП, не є загальним. Незважаючи на те що в значній частині юридичних складів адміністративних проступків спеціальним суб'єктом відповідальності законодавець визначив посадових осіб, КУпАП не містить їх визначення [11]. Проводячи паралелі, маємо звернути увагу на те, що кримінальним законодавством поряд із поняттям загального суб'єкта злочину передбачено й поняття спеціального суб'єкта. Частина 2 статті 18 Кримінального кодексу України визначає, що спеціальним суб'єктом злочину є фізична, осудна особа, що вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути певна особа. Отже, спеціальний суб'єкт – це особа, яка, крім обов'язкових загальних ознак (фізична, осудна особа, яка досягла певного віку), має додаткові спеціальні (особливі) ознаки, передбачені в статті Особливої частини для суб'єкта конкретного складу злочину [12, с. 162]. Подібні ознаки, як правило, застосовуються до суб'єктів адміністративної відповідальності. Отже, спеціальному суб'єктові адміністративних правопорушень, окрім загальних ознак, які зазвичай застосовуються до всіх суб'єктів адміністративних правопорушень (осудність, вік адміністративної відповідальності тощо), притаманні спеціальні особливі ознаки, що визначені відповідними нормативно-правовими актами.

Особливості адміністративно-правового статусу певної групи осіб за професійною ознакою визначено статтею 15 КУпАП, а тому відповідальність за вчинення правопорушень, передбачених КУпАП, на рівні з іншими особами була предметом розгляду Конституційного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини 1 статті 15 КУпАП, частити 2 статті 45 Дисциплінарного статуту Збройних Сил України [13].

Військовослужбовці поряд з іншими громадянами визнаються суб'єктами юридичної відповідальності. Однак їхній правовий статус істотно відрізняється від загального, коли військовослужбовці притягуються до відповідальності за правопорушення, вчинені у зв'язку з виконанням функціональних обов'язків, що передбачені відповідною посадою військового утворення, за якою завданнями та функції регламентовано нормативно-правовими актами. Військовослужбовець Національної гвардії України в разі вчинення адміністративного правопорушення є спеціальним суб'єктом, який у силу свого адміністративно-правового статусу, що визначений Конституцією України, Законами України «Про Національну гвардію», «Про військовий обов'язок і військову службу», «Про соціальний та правовий статус військовослужбовців та членів їх сімей», військовими статутами Збройних Сил України та іншими нормативно-правовими актами, наділений додатковими специфічними ознаками.

Досліджуючи адміністративно-правовий статус Національної гвардії України, Д.О. Горбач звертає увагу на принципи юридичної відповідальності військовослужбовців Національної гвардії України, серед яких учений указує принципи законності, справедливості, обґрунтованості відповідальності, права особи на захист, невідворотності та своєчасності, гуманізму, доцільності, індивідуалізації покарання та правової врегульованості [14, с. 154].

Адміністративно-правовий статус військовослужбовця Національної гвардії України зумовлює певні особливості притягнення його до адміністративної відповідальності, а саме: як громадянин України й розглядатися має як загальний суб'єкт, а також як спеціальний суб'єкт адміністративної відповідальності – як представник військового формування, котрий наділений додатковими, спеціальними правами й обов'язками, пов'язаними з виконанням ним завдань військової служби, функціональних обов'язків за відповідною посадою, що передбачена у штаті відповідного підрозділу Національної гвардії України.

Статтею 15 КУпАП визначено, що військовослужбовці за адміністративні правопорушення можуть нести відповідальність за Дисциплінарним статутом Збройних Сил

України; на загальних підставах, визначених КУпАП; за вчинення військових адміністративних правопорушень, передбачених главою 13-Б КУпАП [10]. Варто зазначити, що до адміністративної відповідальності, згідно з чинною редакцією КУпАП, притягуються всі військовослужбовці, до яких, відповідно до пункту 9 статті 1 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу», зараховані особи, які проходять військову службу. Види військової служби визначено пунктом 6 статті 3 вищезазначеного Закону України. У свою чергу, згідно з підпунктом «г» частини 1 статті 3 Закону України «Про запобігання корупції», до суб'єктів, на яких поширюється дія зазначеного Закону, зараховані військові посадові особи Збройних Сил України, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України й інших утворених відповідно до законів військових формувань (у тому числі Національної гвардії України), крім військовослужбовців строкової військової служби, курсантів вищих військових навчальних закладів, курсантів вищих навчальних закладів, які мають у своєму складі військові інститути, курсантів факультетів, кафедр і відділень військової підготовки [15]. Отже, можемо резюмувати, що суб'єктом адміністративної відповідальності серед військовослужбовців Національної гвардії України за порушення обмежень і заборон, визначених Законом України «Про запобігання корупції» і статтями 1724–1727, 1729 КУпАП, є лише військовослужбовці, які займають певну посаду в підрозділі Національної гвардії України.

Висновки

З огляду на викладене вище, можемо резюмувати таке:

1. Ми розділяємо думку вчених у галузі адміністративного права, які звертають увагу на те, що сьогодні чинним законодавством недостатньо чітко розмежовані підстави та юридичні процедури притягнення військовослужбовців до дисциплінарної й адміністративної відповідальності. Численні доповнення та зміни чинної редакції КУпАП ясності й однозначної визначеності у вирішенні зазначеного питання не додали.

2. На наш погляд, зміст окремих статей глави 13-Б КУпАП потребує уточнення, а також узгодження зі змістом Кримінального кодексу України, виходячи зі змісту службово-бойових завдань, до виконання яких залучаються військовослужбовці Національної гвардії України. Нехтування особливостями функцій і завдань Національної гвардії України, форм і способів їх виконання в перспективі зумовить проблему практичного вибору відповідної схожої за змістом норми, визначеної Кримінальним кодексом України або КУпАП, під час здійснення розмежування між адміністративним проступком і злочином.

3. Згідно з чинним КУпАП, лише статтею 172-17 «Порушення правил несення бойового чергування» визначено склад правопорушення, за яким військовослужбовця Національної гвардії можна притягнути до відповідальності за вчинення правопорушення під час виконання службово-бойових завдань при цьому дише за умови, якщо бойове чергування (бойова служба) здійснюється для своєчасного виявлення й відбиття раптового нападу на Україну або для захисту та безпеки України. Службово-бойові завдання, які покладені на Національну гвардію України, мають свої особливості, притаманні лише для зазначеного військового утворення, і за своїм змістом суттєво відрізняються від характеру службово-бойових завдань, виконання яких покладено на підрозділи Збройних Сил України, Державної прикордонної служби, поліції, інших військових формувань, утворених відповідно до закону. За чинним змістом статті 172-17 КУпАП, для кваліфікації правопорушення, що підпадає під її дію, ключовою кваліфікуючою ознакою є порушення вимог відповідних нормативно-правових актів щодо несення бойового чергування (бойової служби), встановлених виключно для своєчасного виявлення й відбиття раптового нападу на Україну або захисту й безпеки України. Разом із тим Кримінальним кодексом України передбачено такі склади злочинів: порушення статутних правил вартової служби чи патрулювання (стаття 418); порушення правил несення бойового чергування (стаття 420); порушення статутних правил внутрішньої служби (стаття 421). Отже, якщо військовослужбовцем Національної гвардії України під час виконання службових завдань внутрішньої служби, службово-бойових завдань, які прямо не пов'язані виявленням і відбиттям раптового нападу на Україну або забезпеченням захисту й безпеки України, допущено порушення, у такому разі порушника буде притягнуто до відповідальності виключно в дисциплінарному порядку у зв'язку з відсутністю підстав притягнення до адміністративної відповідальності. Така обставина звужує можливості командирів Національної гвардії України щодо вжиття заходів впливу на підлеглих військовослужбовців за вчинені ними правопорушення. Отже, чинне законодавство, зокрема глава 13-Б КУпАП, потребує вдосконалення шляхом розширення переліку складів відповідних адміністративних правопорушень, виходячи з характерних особли-

востей завдань і функцій, які виконуються військовослужбовцями Національної гвардії України.

Список використаних джерел:

1. Про Національну гвардію України: Закон України від 13.03.2014 № 876-VII. База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада України (ВР). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/876-18 (дата звернення: 31.10.2018).

2. Середюк В.В. Сучасний стан і тенденції здійснення наукових досліджень юридичної відповідальності в теорії права. Вісник прокуратури. 2015. № 3 (165). С. 100–107.

3. Григоренко Є.І. Конституційні засади проходження військової служби громадянами України: проблеми теорії та практики: монографія. Харків: Право, 2010. 280 с.

4. Скуріхін С.М. Статутна та компетентна правова культура військовослужбовців Збройних Сил України: монографія / за ред. Ю.М. Оборотова. Одеса: Фенікс, 2011. 212 с.

5. Відповідальність у праві: філософія, історія, теорія: монографія / І. Безклубний, С. Бобровник, І. Гриценко та ін.; за заг. ред. І. Безклубного. Київ, 2014.

6. Баран С.О. Загальнотеоретичні проблеми юридичної відповідальності в Україні. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ: зб. наук. праць. 2015. № 2 (76). С. 56–63.

7. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей: Закон України від 20.12.1991 № 2011-XII. База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада України (ВР). URL: http:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/2011-12 (дата звернення: 05.11.2018).

8. Сарнавський О.М. Криміналізація суспільно-небезпечних діянь у військові сфері. Вісник Національної академії прокуратури України. 2015. № 2 (40). С. 71–75.

9. Про дисциплінарний статут Збройних сил України: Закон України від 24.03.1999 № 551 XIV. База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада України (ВР). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/551-14 (дата звернення: 07.11.2018).

10. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 07.12.1984 № 8073-X. База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада України (ВР). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10 (дата звернення: 05.11.2018).

11. Христиченко Н.П. Застосування адміністративної відповідальності до посадових осіб. Форум права. 2011. № 2. С. 933–938.

12. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / В.І. Борисов, В.Я. Тацій, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 5-те вид., перероб. і доп. Харків: Право, 2015. 528 с.

13. Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 15 Кодексу України про адміністративні правопорушення, частини другої статті 45 Дисциплінарного статуту Збройних Сил України, затвердженого Законом України «Про Дисциплінарний статут Збройних Сил України»: Ухвала Конституційного Суду України від 21.12.2017 № 13-у/2017 у справі № 2-11/2017. База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада України (ВР). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10 (дата звернення: 05.11.2018).

14. Горбач Д.О. Адміністративно-правовий статус Національної гвардії України: монографія / за заг. ред. докт. юрид. наук, проф. О.І. Безпалової. Харків: Харківський національний університет внутрішніх справ, 2017. 288 с.

15. Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII. База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада України (ВР). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18 (дата звернення: 05.11.2018).

В статье проанализировано состояние нормативно-правового регулирования административной ответственности военнослужащих Национальной гвардии Украины. Автор обращает внимание на особенности привлечения военнослужащих Национальной гвардии Украины к административной ответственности за допущенные ими правонарушения при выполнении ими служебно-боевых заданий.

Ключевые слова: военнослужащий, административная ответственность, дисциплинарная ответственность, служебно-боевые задания.

In the article it has been analyzed the current state of legal regulations administrative responsibility of servicemen of National Guard of Ukraine. It has been focused on the peculiarities of imposing a responsibility on the servicemen of the National Guard of Ukraine for wrongdoing during performing combat activity.

Key words: serviceman, administrative responsibility, disciplinary responsibility, combat tasks.

УДК 342.9

Оксана Топчій,
канд. пед. наук

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЗАХИСТУ ПРАВА НЕПОВНОЛІТНЬОГО НА БЕЗПЕЧНЕ ІНФОРМАЦІЙНЕ СЕРЕДОВИЩЕ

У статті здійснюється аналіз наявних у наукових працях підходів до тлумачення ключового поняття «інформаційне середовище», пропонуються авторські дефініції цього поняття, в тому числі з додаванням атрибутива «безпечне». Автор уводить до наукового обігу класифікацію видів інформаційного середовища й на підставі цього переконливо демонструє, у який спосіб адміністративно-правовими засобами здійснюється захист права неповнолітнього на безпечне інформаційне середовище.

Ключові слова: інформаційне середовище, безпечне інформаційне середовище, класифікація видів інформаційного середовища, захист інформаційних прав неповнолітнього, інформаційна безпека неповнолітнього.

Постановка проблеми. Беззаперечним стало визнання, що стрімке зростання інформаційних потоків, наявність у них як корисної для особистості інформації, так і такої, що може зашкодити її психологічному стану, негативно вплинути на систему переконань і правову поведінку, потребують свого правового регулювання. Особливого значення це набуває щодо неповнолітньої особи, яка знаходиться на етапі свого формування як громадянин, член суспільства, майбутній сім'янин. У цьому сенсі дослідження адміністративно-правових аспектів захисту права неповнолітнього на безпечне інформаційне середовище (далі – ІС) не тільки набуває теоретичної значущості, а й прямо виходить у практичну площину.

У зв'язку з тим що право на інформацію є одним із основоположних конституційних прав людини, воно доволі активно розроблялося і продовжує розроблятися в тому числі в контексті інформаційного права вченими-правниками й філософами права. Особливо варто відзначити в цьому напрямі роль наукових праць О. Гладківської, О. Головка, О. Данильяна, Т. Корнєєвої, М. Козюбри, Г. Котляревської, Н. Кушакової, Л. Лазаренка, О. Нестеренко, М. Савчина, В. Фурашева, І. Чижа, Т. Чубарук, А. Шевченка та ін.

З іншого боку, у вітчизняній правовій науці накопичене суттєве наукове підґрунтя з питань реалізації права особистості на безпеку, в тому числі інформаційну. Серед тих, хто його створював, значний внесок належить І. Березовській, О. Дзьобаню, В. Васьковській, С. Єсимову, О. Золотар, І. Ієрусалімовій, А. Капуловському, М. Коваліву, Б. Кормичу, І. Кушнір, А. Нашинець-Наумовій, Н. Савіновій, Р. Скриньковському, Р. Сопільнику, В. Тихому та ін.

Окремий напрям правових розвідок створили наукові праці досліджувачів проблем забезпечення прав і свобод неповнолітніх, а саме: В. Куницького, О. Лисенко, Н. Ортинської, Т. Перетятко, І. Припхан, О. Радзієвської, О. Синєгубова, Н. Юськів та ін.

Мета статті. Незважаючи на значний масив наукових досліджень з питань реалізації права на інформацію особою, в тому числі неповнолітньою, проблема адміністративно-правового захисту цього права в межах забезпечення безпеки інформаційного середовища залишилася висвітленою фрагментарно. У зв'язку з цим виникає необхідність деталізованого вивчення зазначеної теми й репрезентації матеріалів із подальшим розвитком наявної натепер теорії та виробленням певних рекомендацій для втілення в практику, що й становить мету статті.

Виклад основного матеріалу. Гарантоване Конституцією України право особи на інформацію [1] у процесі реалізації цілком логічно породжує необхідність осмислення поняття «інформаційне середовище». Натепер відсутнє його законодавче визначення, а при доктринальних підходах простежується неоднозначність і фрагментарність тлумачення цього ключового поняття. Так, Т. Попова й В. Ліпкан у Словнику стратегічних комунікацій наводять дві дефініції: 1. Сукупність інформаційної інфраструктури, інформаційних технологій, інформаційних ресурсів та інформаційних відносин. 2. Реальність, у яку поглинаються люди, які перебувають у постійному контакті зі ЗМІ та іншими засобами комунікації [2, с. 160].

Перше з наведених визначень видається нам занадто технократичним і в семантиці

© О. Топчій, 2018

поняття імпліцитно ставить знак рівності між інформаційним і віртуальним середовищем. Крім того, самі по собі перелічені компоненти без указівки на їх взаємозв'язок не дають повноти розуміння сутності поняття. Друге тлумачення також, на нашу думку, є дещо неточним, оскільки обмежує поняття вузьким колом засобів комунікації, надаючи перевагу ЗМІ. Подібна концепція панувала наприкінці XX ст., а тепер у зв'язку з розвитком інформаційно-комунікативних технологій і стрімким розростанням кіберпростору втратила свою актуальність. Адже якщо слідувати такій логіці, то питання щодо захисту прав неповнолітніх на безпечне ІС звужується лише до правового регулювання діяльності ЗМІ, у випадку, коли йдеться про тих, хто не читає газет і журналів, майже не дивиться телебачення й не слухає радіо (а більшість підлітків саме такі, бо надають перевагу комп'ютерам і віртуальному інформаційному простору), взагалі не варто говорити про ІС. Таке твердження є докорінно неправильним. Просто потрібні зміни в розумінні значення ключового поняття.

По-своєму тлумачить ІС О. Селезньова. Вона вважає, що інформаційне середовище – це частина інформаційного простору, що характеризується мінімальною територією поширення та обмеженою кількістю суб'єктів інформаційної діяльності, а також обумовлюється своєрідним інформаційним мікрокліматом, що включає сукупність способів, прийомів, заходів та умов безпосереднього здійснення інформаційної діяльності [3]. Погоджуючись із тим, що ІС є частиною інформаційного простору, ми вбачаємо неповноту опису семантичного поля ключового поняття через відсутність будь-яких згадок про вплив цього середовища на учасників інформаційних відносин, про можливості правового регулювання питань його функціонування.

Дещо інакше розглядає це термінологічне сполучення Г. Водяненко. За його інтерпретацією, це є системна сукупність об'єктів, подій і явищ навколишнього світу, які є інформаційними джерелами для особи і складниками умов для життєдіяльності людини [4, с. 42]. Сильною стороною наведеної дефініції є вказівка на системний гуманітарний характер поняття, його роль для особи. Разом із тим у ній також убачаємо своєрідний редукціонізм, оскільки, по-перше, до тлумачення поняття не внесені суб'єкти, які формують і трансформують ІС, усвідомлено чи ні здійснюють певний інформаційний вплив на споживача відомостей. По-друге, об'єкт розгляду представлений у застиглому, аморфному стані, навіть без будь-якого натяку на динаміку процесів, що в ньому відбуваються. По-третє, не допускається думка, що ІС може бути як безпечним, так і небезпечним. По-четверте, узагалі не йдеться про роль інформаційно-комунікативних технологій у формуванні та розвитку ІС. Урешті-решт, за подібного тлумачення не залишається місця для правового регулювання процесів функціонування цього феномена. Тому й цей варіант нас не може задовольнити.

Знаменно, що проведений нами функціонально-стилістичний аналіз застосування ключового поняття виявив, що здебільшого воно фігурує в наукових працях з технічного захисту інформації й у психолого-педагогічних дослідженнях щодо навчання інформаційно-комунікативних технологій і створення освітньо-інформаційного середовища. При цьому доволі часто спостерігається відсутність диференціації понять «інформаційний простір» та «інформаційне середовище». Окремі автори застосовують їх як повні синоніми, що дає змогу в результаті ототожнення здійснювати заміну одним одного.

Варто підкреслити, що питання стосовно розуміння поняття «інформаційне середовище» й такого його різновиду, як «безпечне інформаційне середовище», не є забавкою вчених, своєрідним словесним жонглюванням. Без його чіткої визначеності воно так і залишиться на рівні юридичного кліше з амбівалентною семантикою, а отже, будуть повністю розмиті межі того, що ж належить захищати правовими засобами й у який спосіб це можна робити найбільш ефективно. У зв'язку з цим виникає необхідність уведення до наукового обігу авторської дефініції ключового поняття. Отже, під інформаційним середовищем ми пропонуємо розуміти динамічний, системний, багатокомпонентний, комбінаторний сегмент інформаційного простору, здатний через інформаційні відносини, інформаційні ресурси й комунікативні технології впливати (як позитивно, так і негативно) на особу, групи людей, суспільство загалом, слугувати індикатором загроз інформаційній безпеці, через що потребує застосування комплексу правових, організаційно-управлінських, науково-просвітницьких і технологічних засобів регулювання.

Прокоментуємо. Насамперед ми чітко відокремлюємо родовидові відносини інформаційного простору й інформаційного середовища, вказуючи, що ІС є лише сегментом інформаційного простору. Для конкретизації його характеристик ми вводимо низку атрибутивних компонентів. Динамічний – указує на здатність об'єкта до мінливості й швидких змін у процесі соціально-історичного й технічного розвитку людства. Системний – демонструє усталений взаємний зв'язок складників

Таблиця 1

Класифікація видів інформаційного середовища

Критерій класифікації	Види ІС
За видом домінанти комунікації	Неопосередковане ІС, електронне (віртуальне) ІС, медіасередовище
За сферою знань	Політичне, правове, економічне, техніко-технологічне, природниче (в тому числі фізичне, хімічне, медичне), мовне, соціокультурне, етнічне, релігійне тощо
За функціональністю	Освітнє, розвивальне, просвітницьке, виховне, дозвільне (розважальне, ігрове тощо), побутове тощо
За ступенем комерціалізації	ІС на базі прибуткових інформаційних ресурсів, ІС на базі безприбуткових інформаційних ресурсів
За способом відтворення об'єктів, подій і явищ	Наукове, подійно-публіцистичне, художнє (в тому числі образотворче, музичне, кінематографічне), фотографічне, дизайнерське
За локалізацією	Родинне, ІС закладу освіти, ІС закладів культури (зокрема бібліотек, музеїв, театрів), ІС довкілля (насамперед вулиць, будівель, природних об'єктів), ІС місць дозвілля, кіберсередовище
За можливістю здійснення зворотного зв'язку	Констатувальне, інтерактивне
За наявністю обмежень у контенті	ІС із загальним забороненим контентом (містить інформацію, за розповсюдження якої передбачена юридична відповідальність); ІС, обмежене через таємний контент (містить державну, лікарську, банківську, податкову, комерційну таємницю); ІС, що має вікові обмеження (не дозволяється особам, які не досягли повноліття); Відкрите ІС
За відповідністю національним інтересам і суспільним ідеалам	Конструктивне, деструктивне
За ступенем безпеки	Надзвичайно небезпечне, небезпечне для окремих категорій осіб, нейтральне, безпечне
За характеристиками суб'єкта інформаційних правовідносин	ІС неповнолітнього з благополучної/неблагополучної сім'ї, ІС неповнолітнього з неповної сім'ї, ІС неповнолітнього з багатодітної сім'ї; ІС неповнолітнього, який опинилися у складній життєвій ситуації (сирота або особа, позбавлена батьківського піклування; особа з інвалідністю, тяжко хвора особа); ІС неповнолітнього, який постраждав унаслідок воєнних дій і збройних конфліктів; ІС безпритульного неповнолітнього, ІС неповнолітніх, які перебувають у конфлікті із законом (засуджені, притягнуті до адмінвідповідальності тощо); ІС кризової особистості (зокрема схильної до віктимної або суїцидальної та іншої поведінки); ІС неповнолітнього-біженця; ІС неповнолітнього, що потребує тимчасового захисту тощо

ІС, їх вплив один на одного й набуття нових якостей, можливих лише за функціонального поєднання всіх елементів. Багатокомпонентний – є суттєвою характеристикою під час структурування об'єкта. Комбінаторний – указує, що в кожному окремому випадку відбувається комбінація компонентів, детермінована зовнішніми й внутрішніми чинниками функціонування ІС.

Однією з найважливіших ознак інформаційного середовища є сугестивність, тобто здатність впливати на тих, хто в ньому перебуває, формувати своєрідну «картину світу» певної особи. Ми зазначаємо, що, по-перше, здійснення такого впливу відбувається шляхом застосування інформаційних відносин, інформаційних ресурсів і комунікативних технологій; по-друге, вплив ІС залежно від контенту може бути не тільки позитивним, а й негативним. Останнє детермінує появу загроз інформаційній безпеці, а отже, потребує відповідного комплексу засобів регулювання.

Безумовно, ми не претендуємо на істину в останній інстанції й складаємо собі звіт, що запропонована дефініція може уточнятися, видозмінюватися, проте, як нам видається, вона найбільш повно відображає сутність ключового поняття.

Конкретизуючи ключове поняття, пропонуємо також авторську дефініцію безпечного інформаційного середовища. У нашому розумінні безпечне інформаційне середовище – це опосередкована учасниками інформаційних відносин частина інформаційного простору, в якій завдяки реалізації комплексу правових, організаційно-управлінських, техніко-технологічних, науково-освітніх засобів ліквідовані або максимально знижені

інформаційні ризики й загрози, що сприяє розвитку та самореалізації особистості, збалансованості національних інтересів, безперешкодній діяльності суспільства й держави.

Відштовхуючись від розуміння основного терміна, використовуючи системний підхід, можна створити класифікацію видів інформаційного середовища. За нашою концепцією вона виглядатиме так.

Пояснимо свої погляди по окремих позиціях, які потребують коментаря. За нашим стійким переконанням, інформаційне середовище існувало для людини завжди, оскільки в процесі соціалізації особа пізнає світ і зазнає зовнішнього впливу з боку свого найближчого оточення (родини, друзів, учителів, шкільних і професійних груп тощо), мікросоціуму й суспільства загалом. Тобто тривалий час в історії людства домінувало неопосередковане інформаційне середовище, яке базувалося на основі вербальних і графічно-символьних засобів. Єдиним опосередкованим джерелом з появою книгодрукарства стали книги. Подальша соціальна еволюція розвитку людської спільноти зумовила появу преси, а потім радіо, кіно, що значно доповнило ресурси опосередкованого ІС. І, врешті-решт, результатом бурхливого розвитку інформаційно-комунікативних технологій стала поява кіберсередовища й медіасередовища. Характерно, що чимало дослідників соціальних процесів, пов'язаних з інформаційним середовищем, беруть до уваги лише останній етап. Уважаємо, що це можливо лише за умов специфіки теми дослідження. Загалом же варто застосовувати системно-історичний підхід і розглядати феномен ІС комплексно, адже не опосередкованого технологіями інформаційного середовища ніхто не скасовував. До речі, з позицій правового регулювання саме цей вид ІС найменше йому піддається. Порушення у сфері кіберсередовища й медіасередовища завдяки технічним засобам, у тому числі застосовуваним Департаментом кіберполіції, легше зафіксувати й кваліфікувати, оскільки вони мають матеріальне вираження та можуть бути документально підтверджені. Як аргумент наведемо приклад зі спостережень за таким ганебним явищем, розповсюдженим серед неповнолітніх, як булінг (цькування особи). У разі застосування тими, хто ображає людину, віртуального середовища залишаються записи в соціальних мережах, месенджерах. Під час проведення дізнання це дає змогу відтворити хронологію подій, установити коло учасників, ступінь вини кожного з них. Якщо ж булінг відбувається в неопосередкованому інформаційному середовищі, то єдиним свідченням стають покази самого потерпілого. Аналогічних прикладів можна навести чимало. Із цього випливає, що коли йдеться про адміністративно-правові заходи захисту права неповнолітнього на безпечне інформаційне середовище, то до об'єкта охорони має включатися не тільки сфера інформаційно-комунікативних технологій, а й безпосередні інформаційні правовідносини, що виникають у звичайному спілкуванні, проте мають протиправний характер. Зрозуміло, що це надзвичайно складний процес, який потребує тактовного втручання в зону особистості, але без таких заходів ефективність захисту неповнолітнього зменшується в рази.

Виділяючи види інформаційного середовища за сферою знань, ми констатуємо, що, з одного боку, воно є широким за розмаїттям тематичного спрямування, з іншого – може слугувати вектором посиленої уваги з позицій інформаційної безпеки. Ілюстрацією останньої тези може стати недавня історія підготовки до здійснення масового вбивства так званим «керченським стрільцем». За опублікованою в пресі інформацією, слідчі на вилученому комп'ютері злочинця знайшли в незакритій вкладці браузера запит «Як виготовити самодільний вибуховий пристрій». Також на жорсткому диску збережено чимало малюнків, схем, інструкцій з виготовлення вибухівки [5]. Принагідно зазначимо, що вся ця інформація знаходилася у відкритому доступі. Так само неповнолітні, які потрапили в хімічну залежність, легко можуть знайти інформацію щодо виготовлення токсичних сумішей, застосування тих чи інших реагентів тощо. Зазначене є переконливим доказом того, що до адміністративних засобів захисту права неповнолітнього на безпечне ІС варто зараховувати повноваження щодо технічного блокування сайтів зі шкідливим контентом.

За темпоральними характеристиками проявів наслідків інформаційного впливу за видами ІС доцільно диференціювати такі наслідки на миттєві й віддалені в часі. Під останніми ми розуміємо деформацію свідомості особи, в тому числі правової, що відбувається протягом тривалого часу перебування в деструктивному інформаційному середовищі. Подібне можливо в разі активного звернення особи до політичної (на це й розраховані інформаційні війни і спеціальні інформаційні операції), соціокультурної або релігійно-культової тематики. У цьому плані достатньо пригадати історію так званого «Білого братства». Здавалось би, уся резонансна подія закінчилася на початку 90-х років минулого століття. Усе не так. Функціонує сайт «Програма врятування Землі «ЮСМАЛОС», на якому всякий бажаючий

легко може побачити статті, листи Марії ДЕВІ від періоду утворення секти, заповіді, молитви, запрошення до участі у спільних обрядах і дійствах [6]. Наголосимо, що ніяких адміністративних заборон на відвідування сайту, технічного блокування не існує, тож неповнолітній легко може потрапити до цієї релігійної пастки й з часом стати втраченою для родини та суспільства людиною.

Зрозуміло, що під час визначення ступеня небезпек того чи іншого виду ІС за тематичним спрямуванням не завжди легко встановити наслідки впливу, особливо відтерміновані. Проте навіть на рівні адміністративного законодавства натепер не передбачається залучення експертів і спеціалістів до такого оцінювання.

Розподіл видів ІС за функціональністю також кореспондується з адміністративно-правовим захистом права на безпечне ІС. Щодо освітнього ІС, то воно може розумітися у вузькому та широкому значеннях. У вузькому значенні сюди потрапляють сучасні інформаційні ресурси, мультимедійні інноваційні технології навчання, відповідні технічні засоби навчання, що застосовуються під час освітнього процесу [7]. У широкому сенсі в педагогічних працях освітнє середовище тлумачиться як «сукупність природних, фізичних і соціальних об'єктів, які впливають на формування учня, сприяють становленню паритетних міжсуб'єктних, об'єктно-суб'єктних взаємодій в освітньому процесі або перешкоджають цьому, формуючи негативне поле впливів на особистість дитини» [8]. Подібне розуміння корелюється із запропонованим нами визначенням інформаційного середовища в частині наявності позитивного або негативного впливу середовища на особистість.

Важливо, що безпечне освітнє середовище, на думку вчених, створюється не тільки за рахунок відстеження навчального контенту, застосування технічних засобів блокування шкідливих програм на комп'ютерах у закладах освіти. Має значення й інтенсивність інтелектуального навантаження. Наслідком перевантаження шкільних програм може стати емоційна депривація навченця, яка негативно впливає на його соматичне здоров'я [9]. У цьому сенсі адміністративні заходи зі стандартизації освіти, розвиток академічних свобод на рівні самого закладу освіти також можна трактувати як адміністративні засоби забезпечення права неповнолітнього на безпечний інформаційний простір.

З позицій адміністративно-правового регулювання особливої уваги потребує дозвільне ІС. Його небезпеки криються як у змістовому наповненні (наприклад, сайти з демонстрацією актів жорстокого поводження з тваринами, аморальної поведінки, створення утаємничених груп, у том числі так званих «груп смерті» тощо), так і в ризиках виникнення й розвитку адикції (комп'ютерної залежності), дезадаптації або ще гірше – психічних розладів. Якщо в першому випадку є технічна можливість блокування або обмеження доступу до сайту шляхом верифікації віку користувача системним адміністратором, то друга група здебільшого знаходиться в зоні відповідальності батьків.

Розподіл видів ІС залежно від прибутковості чи неприбутковості інформаційних ресурсів також корелюється з питаннями безпечного ІС. Річ у тому, що в окремих випадках неповнолітній заради покупок в Інтернет (окремих товарів, тих чи інших інформаційних продуктів, зокрема ігор, оплати доступу до певного закритого контенту внаслідок надзвичайної допитливості) або спокуси пропозицій швидко заробити гроші в мережі готовий в обхід дозволу дорослих скористатися їхніми кредитними картками, стати боржником знайомих тощо. Це означає, що з метою превенції подібних ситуацій розпорядники інформаційних ресурсів і володільники інформації зобов'язані здійснювати обмежувальні заходи, пов'язані з контролем за віком і платоспроможністю користувача послуг.

Свідченням широкого діапазону компонентів ІС є виділення його видів за способом відтворення об'єктів, подій і явищ. Виокремлення цього виду ІС зумовлено тим, що інформаційний вплив може здійснюватися не тільки через вербальну форму, а й через застосування символів і знаків. Про важливість цього аспекту свідчить ухвалення 09.04.2015 Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» [10].

Окремо варто зазначити, що з 1998 року на виконання Закону України «Про кінематографію» [11], відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України № 1315 щодо затвердження положення про державне посвідчення на право розповсюдження й демонстрування фільмів [12], діють норми індексації кінопродукції, які встановлюють обмеження глядацької аудиторії за віком з розподілом на індекси «16» (заборона перегляду особам віком до 16 років) і «18» (заборона перегляду особам віком до 18 років). Пунктом 8-в цієї Постанови закріплюється, що демонстрація фільмів з індексом «16» можлива в будь-який ефірний час, а з індексом «18» – з 22 до 6 години. Здійснення

Таблиця 2

Порівняльний аналіз вікових обмежувальних рейтингів в Україні і США

Критерій порівняння	Україна	США
Уповноважений суб'єкт запровадження	Кабінет Міністрів України	Адміністрація класифікації й рейтингів Американської кіноасоціації
Склад експертної комісії щодо присвоєння рейтингу	Кінознавці, кінокритики, мистецтвознавці, психологи, представники громадських об'єднань	Адміністрація кіноасоціації, незалежна група батьків
Дата запровадження	1998	1968
Індикатори вікових категорій	12+, 16, 18 років	13, 16, 17 років
Регламентація часу демонстрації	+	-
Наявність рекомендацій щодо обмежень у перегляді на постійно оновлюваних сайтах	-	+
Орієнтація на участь батьків під час перегляду	-	+
Відповідальність за порушення	Демонстратор	Батьки

маркування кінопродукції, згідно з п. 9 зазначеної Постанови, відбувається за висновком експертної комісії, до складу якої входять кінознавці, кінокритики, мистецтвознавці, психологи, а також представники заінтересованих громадських об'єднань у сфері телебачення й кінематографії, міністерств та інших центральних органів виконавчої влади (за згодою).

До речі, подібна практика обмежень діє в США з 1968 року. Адміністрація класифікації й рейтингів (CARA) Американської кіноасоціації (Motion Picture Association of America) за участі незалежної групи батьків ще тоді затвердила систему рейтингів вікового обмеження на перегляд кінопродукції, яка продовжує використовуватися донині [13]. Для позначення рейтингів використовуються літерні показники: G – для загальної аудиторії; PG – під час перегляду пропонується батьківське супроводження; G-13 – батьки категорично попереджені, що діти до 13 років допускаються лише в батьківському супроводі; R – обмеження: підлітки від 13 до 16 років допускаються лише в супроводі одного з батьків чи з опікуном; NC-17 – суворі обмеження: підлітки до 17 років до перегляду не допускаються.

Відомості обновлюються щоденно й виставляються у Твітері [14]. Наші спостереження за статистикою відвідування сайту свідчать, що щодня його відвідують понад 3 тисячі осіб, а загальний контент станом на початок листопада 2018 року містить 2092 твіти. Окрім маркування за затвердженою шкалою, надаються коментарі-попередження щодо наявності у фільмі ненормативної лексики, сцен насилля, розпивання спиртного, відвертих інтимних сцен, демонстрації оголеного тіла, куріння тощо. Отже, під час планування сімейних переглядів батькам рекомендується перевірити на сайті, чи не існує для того чи іншого фільму якихось обмежень.

Під час порівняння нормативної регламентації маркування кіно- й телепродукції в Україні та США одразу помітними стають такі розбіжності, які доцільно подати у формі таблиці.

Результати проведеного аналізу свідчать, що порівняно із США Україна неповною мірою використовує потенціал батьківського супроводження й батьківського контролю за впливом образотворчого інформаційного середовища на неповнолітнього.

Виділення в запропонованій нами класифікації такого критерію ІС, як локалізація, також є дуже важливим. Безумовно, адміністративними засобами майже неможливо врегулювати родинне інформаційне середовище, проте інші види їм цілком підвладні. На жаль, в Україні цьому питанню приділяється занадто мало уваги. Для порівняння, в РФ з початку нового тисячоліття розробляються відповідні методики й запроваджується соціальна та психологічна експертиза ІС закладів освіти [15] і культури [16]. Навіть є дослідження щодо соціальної експертизи інформаційної безпеки медіасередовища туристських маршрутів для дітей і підлітків [17]. Тож організацію подібних експертиз можна розглядати в контексті адміністрування процесів створення й підтримки безпечного ІС.

Нами запропоновано введення ступенів градації інформаційної безпеки в окремо взятому ІС: від надзвичайно небезпечного, що передбачає невідкладне реагування уповно-

важених осіб, небезпечного для окремих категорій осіб (наприклад, для неповнолітніх), нейтрального й повністю безпечного. Критерії розподілу по цих видах і вжиття адміністративних заходів щодо недопущення, нейтралізації або мінімізації шкоди є окремою науковою проблемою, до якої ми плануємо повернутися в подальшому.

Урешті-решт, ми вважаємо за необхідне ввести до запропонованої класифікації видів інформаційного середовища критерій характеристики суб'єкта інформаційних правовідносин (згідно з обраною нами темою, неповнолітньої особи). Як аргумент на користь цього критерію наведемо думку авторитетного фахівця в галузі психології інформаційної діяльності В. Кириченка: «Початком, відправною точкою інформаційних відносин є суб'єкт, який має необхідність передати іншому суб'єкту інформацію у вигляді знань, суб'єктивних вражень, узагальнень та інших продуктів мислительної діяльності» [18, с. 39]. На рівні педагогіки з'являються роботи щодо безпечного особистісного ІС учня [19].

Міжпредметні підходи створюють підстави для твердження, що ІС на рівні окремої особистості є персоніфікованим. Воно складається залежно від комбінації чинників, що є вирішальними під час формування та розвитку свідомості особи. Це положення обов'язково має враховуватися вченими-правниками. Аналіз ІС неповнолітнього стане в нагоді й працівникам служби у справах дітей, у тому числі підрозділів ювенальної превенції Національної поліції України.

За основу типологізації осіб неповнолітніх, включених нами до класифікації, узяті групи, виділені Законом України «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 року [20].

Подібна диференціація необхідна у зв'язку з тим, що категорія безпеки ІС щодо певних суб'єктів не є застиглим абсолютом. Вона може видозмінюватися залежно від соціального статусу, психотипу неповнолітньої особи, життєвих обставин, у які ця особа потрапила. Проте право на безпечне для себе ІС мають усі, і держава, інститути громадянського суспільства повинні робити все належне, аби це право було захищеним.

Висновки

Проведене нами дослідження дало змогу встановити, що на рівні законодавства відсутні тлумачення понять «інформаційне середовище», «безпечне інформаційне середовище», а наявні сьогодні в науці дефініції неповною мірою задовольняють вимогам. У зв'язку з цим запропонований авторський варіант визначення ключового поняття, а на вказаній підставі розроблена класифікація видів ІС. Це допомогло встановити засоби адміністративно-правового забезпечення права неповнолітнього на безпечне ІС і виявити шляхи вдосконалення адміністративної діяльності в досліджуваному напрямі.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року (в редакції від 30.09.2016). Відомості Верховної Ради України. 2016. № 28. Ст. 532.

2. Попова Т.В., Ліпкан В.А. Стратегічні комунікації: словник / за заг. ред. В.А. Ліпкана. Київ: ФОП О.С. Ліпкан, 2016. 416 с.

3. Селезньова О.М. Теоретико-методологічне трактування окремих засадничих категорій інформаційного права. URL: http://aphd.ua/publication-164/.

4. Водяненко Г.Р. Информационное пространство человека. Интеграция образования. Саранск, 2012. № 3. С. 42–48.

5. Как керченский стрелок Росляков мог изготовить бомбу. URL: https://24tv.ua/ru/kak_kerchenskij_strelok_rosljakov_mog_izgotovit_bombu_n1050320.

6. ПрогРАмма Спасения Земли «ЮСМАЛОС». URL: http://www.usmalos.narod.ru/.

7. Report on the Implementation of the research work "Developing of information and educational learning environment of senior students' training on the base of e-social networks' (final). URL: http://lib.iitta.gov.ua/709868/.

8. Бондар О. Моніторинг та самоекспертиза освітнього середовища навчального закладу. URL: http://ru.osvita.ua/school/method/375/.

9. Беседина М.В. Образовательная среда как фактор эмоциональной депривации, влияющей на соматическое здоровье подростков: дисс. ... канд. психол. наук / Моск. гос. психолого-пед. ун-т. Москва, 2004. 170 с. URL: http://psychlib.ru/inc/absid.php?absid=76552.

10. Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки: Закон України від 09.04.2015 № 317-VIII (у редакції від 05.05.2018). Відомості Верховної Ради України. 2018. № 20. Ст. 189.

11. Про кінематографію: Закон України від 13.01.1998 № 1977-VIII (редакція від 26.04.2017). Відомості Верховної Ради України. 2017. № 20. Ст. 240.

12. Про затвердження Положення про державне посвідчення на право розповсюдження і демонстрування фільмів: Постанова Кабінету Міністрів України від 17.07.1998 № 1315 (у редакції від 03.10.2018). Офіційний вісник України. 2018. № 80. С. 352. Ст. 2684.

13. Motion Picture Association of America Informing Parents Since 1968. URL: https://www.mpaa.org/film-ratings/.

14. URL: Film ratings.com // https://twitter.com/filmratings?lang=en.

15. Ясвин В.А. Экспертиза и проектирование образовательных сред. Образовательная среда: от моделирования к проектированию. Москва, 2001. 365 с.

16. Лобузина Е.В. Библиотечные технологии организации знаний в электронной научно-образовательной среде. Образовательные технологии и общество. 2014. URL: https://cyberleninka.ru/article/v/bibliotechnye-tehnologii-organizatsii-znaniy-v-elektronnoy-nauchno-obrazovatelnoy-srede.

17. Рубцова О.В., Смирнов Д.В., Кинфу Зенебе Тафессе. Социальная экспертиза информационной безопасности медиасреды туристских маршрутов для детей и подростков. Вестник Академии детско-юношеского туризма и краеведения. 2014. URL: https://cyberleninka.ru/article/v/sotsialnaya-ekspertiza-informatsionnoy-bezopasnosti-mediasredy-turistskih-marshrutov-dlya-detey-i-podrostkov.

18. Кириченко В.В. Психологія інформаційної діяльності: навчальний посібник. 2-ге вид., вип. і доп. Житомир: Вид-во ЖДУ ім. І. Франка, 2015. 146 с.

19. Підгорна Т.В. Про безпечне особистісне інформаційне середовище учня. Науковий часопис Національного педагогічного університету імені М.П. Драгоманова. Серія 2 «Комп'ютерно-орієнтовані системи навчання»: зб. наук. праць. Київ: Вид-во НПУ імені М.П. Драгоманова, 2016. Вип. 18 (25). С. 21–28.

20. Про охорону дитинства: Закон України від 26.04.2001 № 2402-III (у редакції від 22.05.2018). Відомості Верховної Ради України. 2018. № 33. Ст. 250.

В статье осуществляется анализ существующих в научных трудах подходов к толкованию ключевого понятия «информационная среда», предлагаются авторские дефиниции данного понятия, в том числе с добавлением атрибутива «безопасная». Автор вводит в научный оборот классификацию видов информационной среды и на основании этого убедительно демонстрирует, каким образом административно-правовыми способами осуществляется защита права несовершеннолетнего на безопасную информационную среду.

Ключевые слова: информационная среда, безопасная информационная среда, классификация видов информационной среды, защита информационных прав несовершеннолетнего, информационная безопасность несовершеннолетнего.

The article analyzes existing approaches in the scientific works to the interpretation of the key notion of the "information environment", proposes author definitions of this concept, including the addition of the attribute "safe". The author introduces to the scientific circulation the classification of the types of information environment and, on the basis of it, convincingly demonstrates in what way the administrative and legal means protect the rights of minors to a safe information environment.

Key words: information environment, safe information environment, classification of types of information environment, protection of information rights of a minor, information safety of a minor.

УДК 342.55

Ольга Шайтуро,
канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна

ОРГАНИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЯК СУБ'ЄКТ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ: ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

У статті досліджено нормативно-правове регулювання й повноваження органів місцевого самоврядування у сфері протидії злочинності. Установлено, що зазначена діяльність регулюється як на загальнодержавному, так і на місцевому рівнях. Акцентовано увагу на власній нормотворчості органів місцевого самоврядування у сфері протидії злочинності.

Ключові слова: місцеве самоврядування, протидія злочинності, нормативно-правове регулювання.

Постановка проблеми. Комплекс заходів з реформи децентралізації «Національний проект «Децентралізація» має на меті передачу значних повноважень, ресурсів і відповідальності від державних органів органам місцевого самоврядування. Зазначений комплекс заходів спрямований на зміцнення громад і розвиток регіонів. Утім досягнення позитивних змін у будь-якій сфері діяльності й держави, й органів місцевого самоврядування можливе лише за умови дотримання основних прав і свобод людини та громадянина й забезпечення безпечних умов життєдіяльності суспільства та функціонування держави. Отже, повноваження органів місцевого самоврядування у сфері протидії злочинності мають основоположне значення.

Мета статті – дослідити нормативно-правове регулювання й повноваження органів місцевого самоврядування у сфері протидії злочинності.

Виклад основного матеріалу. Аналіз наукової літератури з теорії права дає підстави розуміти правове регулювання як дію права на суспільні відносини, що зводиться до нормативного встановлення меж належної й можливої поведінки.

Однозначно важливим суб'єктом протидії злочинності є органи місцевого самоврядування, які за своїми повноваженнями здійснюють організаційно-управлінські функції щодо запобігання злочинності, організують і координують роботу відповідних суб'єктів системи протидії злочинності, займаються ресурсним забезпеченням, контролюють виконання постанов рішень вищих органів влади і власних завдань щодо запобігання злочинам на підвідомчій території [1, с. 61].

Конституція України створила правові передумови утвердження місцевого самоврядування в Україні, окреслила загальні засади конституційної моделі територіальної організації влади на місцях, визначила концептуальні напрями діяльності виконавчих органів місцевого самоврядування. Конституція України визначила концептуальні засади компетенції сільських, селищних, міських рад, згідно з якими місцеве самоврядування в Україні здійснюється територіальною громадою [2].

Водночас варто принагідно зауважити, що Конституцією України регламентується лише діяльність державних органів із забезпечення громадського порядку та боротьби зі злочинністю. Однак у ній ідеться й про те, що єдиним джерелом влади в Україні є народ, а також про участь громадян України (народу) в управлінні справами держави та здійсненні правосуддя. Гарантоване й визнане Конституцією України місцеве самоврядування надає право громадянам здійснювати владу й через органи місцевого самоврядування поряд із безпосередньою формою участі та через органи державної влади.

Разом із закріпленими Конституцією України демократичними принципами важливе місце для розвитку місцевого самоврядування посідає принцип верховенства права, що є «необхідною передумовою для забезпечення у суспільстві правопорядку, прав і свобод громадян» [3].

З юридичного змісту п. 15 ст. 92 та ч. 1 ст. 140 Конституції України стосовно права територіальної громади самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції та законів України можна зробити висновок, що «місцеве самоврядування в рамках, визначених законом, має

© О. Шайтуро, 2018

право на власну нормотворчість, що і було закріплено в Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» [4, с. 18–19].

Отже, можна констатувати, що Основний Закон України утверджує місцеве самоврядування як один із конституційних інститутів, залишаючи простір для його вдосконалення через законодавче забезпечення місцевого самоврядування, що, у свою чергу, передбачає вживання заходів щодо забезпечення прав і свобод людини та громадянина, які гарантуються Конституцією України, а також, безумовно, захист цих прав від будь-яких посягань, у тому числі й злочинних.

Цілком логічним і послідовним є втілення закріплених Конституцією України основ місцевого самоврядування в Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні». Саме зазначений Закон у ст. 38 закріплює повноваження органів місцевого самоврядування щодо забезпечення законності, правопорядку, охорони прав, свобод і законних інтересів громадян, до яких у сфері протидії злочинності можна зарахувати такі:

виключна компетенція сільських, селищних, міських рад:

– заслуховування інформації прокурорів і керівників органів Національної поліції про стан законності, боротьби зі злочинністю, охорони громадського порядку та результати діяльності на відповідній території (п. 40 ст. 26);

до відання виконавчих органів сільських, селищних, міських рад належать *власні (самоврядні) повноваження*:

– підготовка й унесення на розгляд ради пропозицій щодо створення відповідно до закону міліції, яка утримується за рахунок коштів місцевого самоврядування, вирішення питань про кількість працівників такої міліції, про витрати на їх утримання, здійснення матеріально-технічного забезпечення їхньої діяльності, створення для них необхідних житлово-побутових умов;

– сприяння діяльності органів суду, прокуратури, юстиції, служби безпеки, Національної поліції, Національного антикорупційного бюро України, адвокатури й Державної кримінально-виконавчої служби України;

– унесення подань до відповідних органів про притягнення до відповідальності посадових осіб, якщо вони ігнорують законні вимоги та рішення рад і їх виконавчих органів, прийняті в межах їхніх повноважень;

– звернення до суду про визнання незаконними актів органів виконавчої влади, інших органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, які обмежують права територіальної громади, а також повноваження органів і посадових осіб місцевого самоврядування;

делеговані повноваження:

– забезпечення вимог законодавства щодо розгляду звернень громадян, здійснення контролю за станом цієї роботи на підприємствах, в установах та організаціях незалежно від форм власності;

– ужиття в разі надзвичайних ситуацій необхідних заходів відповідно до закону щодо забезпечення державного і громадського порядку, життєдіяльності підприємств, установ та організацій, врятування життя людей, захисту їхнього здоров'я, збереження матеріальних цінностей;

– погодження проекту плану проведення потенційно небезпечних заходів в умовах присутності цивільного населення за участю особового складу Збройних Сил України, інших військових формувань і правоохоронних органів з використанням озброєння та військової техніки; взаємодія з органами військового управління під час планування і проведення таких заходів з метою запобігання надзвичайним ситуаціям і недопущення надзвичайних ситуацій і ліквідації їх наслідків відповідно до закону;

– розгляд справ про адміністративні правопорушення, зараховані законом до їх відання; утворення адміністративних комісій і комісій з питань боротьби зі злочинністю, спрямування їхньої діяльності;

до відання виконавчих органів міських (за винятком міст районного значення) рад, також належить:

– утворення служб у справах дітей, спрямування їхньої діяльності (ст. 38);

виключно на пленарних засіданнях районної, обласної ради вирішуються такі питання:

– заслуховування інформації прокурорів і керівників органів Національної поліції про стан законності, боротьби зі злочинністю, охорони громадського порядку та результати діяльності на відповідній території (п. 36 ст. 43).

Варто наголосити, що нами виокремлено й розглянуто повноваження органів місцевого самоврядування, що безпосередньо стосуються протидії злочинності, разом із тим Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» регулюються значні правові масиви щодо діяльності органів і посадових осіб місцевого самоврядування на всіх рівнях адміністративно-територіального устрою. Зазначене положення відображено в низці повноважень виконавчих органів сільських, селищних, міських рад, таких як повноваження у сфері соціально-економічного й культурного розвитку, планування

та обліку; в галузі бюджету, фінансів і цін; у сфері освіти, охорони здоров'я, культури, фізкультури і спорту; у сфері регулювання земельних відносин та охорони навколишнього природного середовища; у сфері соціального захисту населення тощо. Ефективне й добросовісне виконання зазначених повноважень водночас із дотриманням законності, гласності, народовладдя та інших принципів місцевого самоврядування дасть змогу вирішувати проблеми економічного, політичного, соціального, правового, морального, побутового та іншого характеру, тим самим здійснювати загальносоціальну протидію злочинності. У результаті такої діяльності зменшуватимуться соціальні суперечності, рівень безробіття і криміногенне протистояння різних верств населення, підвищуватиметься матеріальний добробут жителів кожної територіальної громади, зміцнюватиметеся громадський порядок, відновляться моральні й духовні цінності.

Правове регулювання діяльності органів місцевого самоврядування у сфері протидії злочинності також передбачено Законом України «Про статус депутатів місцевих рад», яким визначено правовий статус депутата сільської, селищної, міської, районної у місті, районної, обласної ради як представника інтересів територіальної громади, виборців свого виборчого округу та рівноправного члена місцевої ради.

Разом зі всією повнотою прав, якими зазначений Закон наділяє депутатів місцевих рад, необхідних для забезпечення їхньої реальної участі в діяльності ради та її органів, можна виділити й такі, що спрямовані на протидію злочинності. Так, ч. 3 п. 1 ст. 11 дає депутатам місцевих рад право порушувати перед керівниками правоохоронних і контролюючих органів питання, що зачіпають інтереси виборців, і вимагати їх вирішення, ч. 3 п. 2 цієї самої статті дозволяє вимагати усунення порушень законності й установлення правового порядку. Серед повноважень депутатів місцевих рад у пп. 1, 2 ст. 13 цього ж Закону закріплена можливість у письмовій формі вимагати в тому числі від керівників правоохоронних і контролюючих органів усунення порушень законності й установлення правового порядку (депутатське звернення), а також у встановлений термін отримати відповідь на звернення.

Стаття 15 «Право депутата місцевої ради вимагати усунення порушення законності» Закону України «Про статус депутатів місцевих рад» повністю присвячена протидії злочинності починаючи від права депутата місцевої ради вимагати припинення порушень, а також вимагати вжиття заходів щодо припинення порушень законності аж до притягнення до адміністративної чи кримінальної відповідальності, встановленої законом, посадових осіб або керівників відповідних органів, до яких звертався депутат місцевої ради, у разі невжиття ними необхідних заходів.

Загалом можна констатувати, що Закон України «Про статус депутатів місцевих рад» наділяє депутатів місцевих рад достатніми повноваженнями, щоб впливати на ситуацію в місцевій громаді, на вирішення питань місцевого значення, які є необхідними й важливими для повноцінної життєдіяльності жителів громади.

Правосуб'єктність (правовий статус) органів місцевого самоврядування передбачає та зобов'язує їх реалізовувати власні функції й повноваження в інтересах відповідної територіальної громади та держави.

Отже, для максимально ефективного вирішення різнопланових проблем у сфері протидії злочинності органи місцевого самоврядування свою діяльності мають обумовлювати взаємністю інтересів, цілей і завдань, як власних, так й органів державної влади та держави загалом.

Особливу роль відіграють місцеві програми, що визначають важливі напрями розвитку населення регіону, жителів громади або окремої групи населення на певний строк. Таке право Конституція України (ст. 143) надає кожному члену громади, а саме брати участь у затвердженні такої програми безпосередньо чи опосередковано.

Натепер у нашій країні відсутні комплексні програми, покликані протидіяти злочинності на загальнодержавному рівні. Як приклад – свого часу Постановою Кабінету Міністрів України від 20.06.2006 № 1767 затверджена Комплексна програма профілактики правопорушень на 2007–2009 роки [5]. Проект Комплексної програми профілактики правопорушень на 2016–2020 роки так і залишився незатребуваним.

Тим не менше кожна рада, що входить до системи місцевого самоврядування, має власну програму з протидії злочинності. Так, наприклад, рішення Ковельської районної ради «Про затвердження Комплексної програми профілактики правопорушень і злочинів у Ковельському районі на 2017–2020 роки» від 23.12.2016 № 10/12 [6], рішення Купецької сільської ради Радивилівського району Рівненської області «Про затвердження комплексної програми профілактики правопорушень та боротьби зі злочинністю на території Крупецької сільської ради об'єднаної територіальної громади Радивилівського району Рівненської області на 2018–2020 роки» від

20.04.2018 № 633 [7], рішення Житомирської обласної ради «Про Комплексну програму забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку у Житомирській області на 2016–2020 роки» від 21.07.2016 № 285 [8], рішення Мукачівської міської ради «Про затвердження «Програми забезпечення державної безпеки, протидії тероризму, контрабанді, корупції та організованій злочинності на 2018 рік» від 22.02.2018 № 949 [9], рішення Харківської міської ради «Про затвердження Програми «Безпечне місто Харків» на 2016–2020 рр.» від 14.09.2016 № 364/16 [10], рішення Харківської обласної ради «Про затвердження регіональної Програми протидії терористичній діяльності на території Харківської області на 2018 рік» від 07.12.2017 № 556-VII [11] і «Про затвердження Стратегічних напрямів забезпечення публічної безпеки і порядку на території Харківської області на 2018–2019 роки» № 557-VII [11].

Кожна з наведених вище програм містить власні мету, обґрунтування, джерела фінансування, очікувані результати, а також механізми координації та контролю.

Досліджуючи специфіку нормативних актів органів місцевого самоврядування, О.Ф. Скакун зазначає, що це – акт-документ, який видається в межах компетенції органу місцевого самоврядування, містить норми права, обов'язкові для населення самоврядних територій, а також для організацій та установ, які діють у межах цих територій. Це правовий акт громадянського суспільства з такими ознаками: письмовий документ, який має особливу форму вираження інформації, що міститься в ньому; офіційний правовий документ, що приймається в межах повноважень і в порядку, встановленому законом і регламентом цього органу; має цільову орієнтацію – у концентрованому вигляді відображає місцеві інтереси; регулює суспільні відносини за допомогою правових норм і приписів; забезпечується силою державного примусу [12].

За чинним законодавством України, органи місцевого самоврядування наділені правом видавати нормативно-правові акти під власну відповідальність, що є однією з конституційних гарантій їхньої діяльності й формою реалізації принципу правової автономії.

Реалізація органами місцевого самоврядування правотворчої діяльності є основною юридичною формою виконання їхніх завдань і функцій, які спрямовані на вирішення питань місцевого значення в рамках, установлених законодавством.

Відповідно до Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», сільські, селищні, міські, районні, обласні ради в межах своїх повноважень приймають нормативні та інші акти у формі рішень (ч. 1 ст. 59). Крім представницьких органів місцевого самоврядування, згідно із зазначеним Законом, правом приймати рішення наділяються й виконавчі комітети сільської, селищної, міської, районної у місті (в разі її створення) ради (ч. ч. 6, 7 ст. 59), а також сільський, селищний, міський голова, голова районної у місті, районної, обласної ради в межах своїх повноважень видає розпорядження (ч. 8 ст. 59).

У рамках чинного законодавства сільський, селищний, міський голова, голова районної у місті, районної, обласної ради в межах своїх повноважень видає розпорядження. Такі розпорядження голів також можуть бути спрямовані на досягнення/забезпечення миру та безпеки на підконтрольній їм території. Такими прикладами є розпорядження міського голови Дрогобицької міської ради «Про затвердження Інструкції щодо алгоритму першочергових дій посадових осіб підприємств, установ та організацій (чергового підприємства) при отриманні інформації про загрозу виникнення терористичних проявів на території Дрогобича та Стебника» від 01.08.2017 № 131 [13] і розпорядження Одеського міського голови «Про створення міської координаційної ради з питань сім'ї, гендерної рівності, демографічного розвитку, запобігання насильству в сім'ї та протидії торгівлі людьми» від 25.04.2018 № 297 [14].

Отже, правове регулювання органів місцевого самоврядування у сфері протидії злочинності складається з нормотворчої діяльності зазначених органів, у якій визначається мета й завдання протидії злочинності, коло суб'єктів, що здійснюють цю діяльність, їхня компетенція, основні форми та методи роботи.

Висновки

Діяльність місцевого самоврядування спрямована не тільки на забезпечення інтересів громади в соціальній, економічній, правовій, культурній і побутовій сферах, а й на створення умов безпечного життя, а також подолання негативних, антисуспільних, злочинних проявів.

Забезпечення сфери безпеки життя й, відповідно, протидії злочинності на рівні регіону обумовлюється багаторівневою системою. Основними елементами системи, з одного боку, є національна стратегія, яка формується на рівні держави, а з іншого – це правозастосовна діяльність місцевого самоврядування на рівні регіонів.

Протидія злочинності органами місцевого самоврядування на державному рівні регламентована відповідними законами, серед яких центральне місце посідає Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні». Цим Законом органам місцевого самоврядування надаються повноваження, що дозволяють їм заслуховувати інформацію та сприяти діяльності органів правопорядку; уносити подання до відповідних органів про притягнення до відповідальності посадових осіб; звертатися до суду про визнання незаконними актів; уживати заходи щодо забезпечення державного і громадського порядку; утворювати адміністративні комісії та комісії з питань боротьби зі злочинністю, спрямовувати їхню діяльність тощо.

Список використаних джерел:

1. Голіна В.В. Запобігання злочинності (теорія і практика): навч. посіб. Харків: Нац. юрид. акад. України, 2011. 120 с.

2. Закон про місцеве самоврядування України: науково-практичний коментар / В.І. Батрименко, В.І. Борденюк, Г.В. Виноградова, М.І. Єфремова, І. Крегул. Київ: Книга, 1999. 397 с.

3. Полешко А. Правова держава Україна: проблеми, перспективи розвитку. Матеріали республ. науково-практичної конференції (Харків, 9–11 лист. 2005 р.). Право України. 1995. № 12. С. 90–93.

4. Місцеве самоврядування у громаді: практ. посіб. для депутатів місц. рад та активістів громад / за ред. А. Ткачука. Київ: Інститут громадянського суспільства; ТОВ «ІКЦ ЛЕСТА», 2004. 304 с.

5. Про затвердження Комплексної програми профілактики правопорушень на 2007–2009 роки: Постанова Кабінету Міністрів України від 20.12.2006 № 1767. Офіційний вісник України. 2006. № 51. Ст. 3418.

6. Ковельська районна рада. URL: http://kovel-rayrada.gov.ua/activity/act/pro-zatverdzhennya-kompleksnoyi-programi-profilaktiki-pravoporushen-i-zlochiniv-u (дата звернення: 16.10.2018).

7. Купецька громада. URL: https://krupetska-gromada.gov.ua/docs/69326/ (дата звернення: 16.10.2018).

8. Житомирська обласна рада. URL: https://zt.gov.ua/index.php/проекти-рішень/12605-про-внесення-змін-у-рішення-обласної-ради-від-21-07-2016-№-285,-зі-змінами.html (дата звернення: 16.10.2018).

9. Мукачівська міська рада. URL: https://mukachevo-rada.gov.ua/index.php/2016-02-04-22-32-11/item/8633-rishennia36sesiimukachivskoimiskoirady7hosklykannia/8633-rishennia36sesiimukachivskoimiskoirady7hosklykannia (дата звернення: 16.10.2018).

10. Реєстр актів Харківської міської ради. http://kharkiv.rocks/reestr/652546 (дата звернення: 16.10.2018).

11. Харківська обласна рада. URL: http://www.ts.lica.com.ua/?type=0&base=77&menu=374681&id=1791 (дата звернення: 16.10.2018).

12. Скакун О.Ф. Нормативно-правовий акт органу (посадової особи) місцевого самоврядування України: загальнотеоретичні аспекти. Проблеми удосконалення правового регулювання місцевого самоврядування в Україні: матеріали Міжнар. наук.-прак. конф., м. Харків, 25 трав. 2004 р. / за ред. Ю.П. Битяка. Харків: Ін-т держ. буд-ва та місц. самоврядування АПрН України, 2004. С. 96–97.

13. Дрогобицька міська рада. URL: http://drohobych-rada.gov.ua/protydiya-ta-poperedzhennya-terorystychnyh-proyaviv-na-terytoriyi-mista/ (дата звернення: 20.10.2018).

14. Офіційний сайт міста Одеса. URL: http://omr.gov.ua/ua/acts/mayor/106356/ (дата звернення: 16.10.2018).

В статье исследованы нормативно-правовое регулирование и полномочия органов местного самоуправления в сфере противодействия преступности. Установлено, что указанная деятельность регулируется как на общегосударственном, так и на местном уровнях. Акцентировано внимание на собственном нормотворчестве органов местного самоуправления в сфере противодействия преступности.

Ключевые слова: местное самоуправление, противодействие преступности, нормативно-правовое регулирование.

The article examines the legal regulation and powers of local self-government bodies in the field of combating crime. It has been established that the said activity is regulated both at the national and local levels. The emphasis is on self-rulemaking of local self-government bodies in the field of combating crime.

Key words: local self-government, counteraction to crime, legal regulation.

УДК 342.61

Михайло Баймуратов,
докт. юрид. наук, професор,
Заслужений діяч науки і техніки України,
головний науковий консультант
Інституту законодавства Верховної Ради України

Олена Гріненко,
докт. юрид. наук, старший науковий співробітник, професор,
завідувач відділу європейського права та міжнародної інтеграції
Інституту законодавства Верховної Ради України

Олександр Биков,
докт. юрид. наук, старший науковий співробітник, вчений секретар
Інституту законодавства Верховної Ради України

Анатолій Коструба,
докт. юрид. наук, доцент,
начальник відділу науково-методичного і організаційного забезпечення діяльності
Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України

ПРЕДСТАВНИЦТВО ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ В АВТОНОМНІЙ РЕСПУБЛІЦІ КРИМ У СУЧАСНИХ ПРАВОВИХ МЕХАНІЗМАХ

У статті досліджено нормативні передумови діяльності, повноваження та функції Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим, які визначають його статус та юрисдикцію. Особливу увагу приділено впливу російської агресії на правовий статус Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим.

Ключові слова: Автономна Республіка Крим, внутрішньо переміщені особи, державна служба, Президент України, тимчасово окуповані території, юрисдикція.

Постановка проблеми. Питання чіткої детермінації статусу, повноважень та функцій державних органів у сучасних умовах залишаються ключовою проблемою сучасної юридичної науки. При цьому нові управлінські структури, що виникли останніми роками в рамках розвитку державного апарату, вже стали предметом низки ґрунтовних досліджень, водночас окремі органи, що є важливими складниками конституційних механізмів, залишаються осторонь наукової уваги.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Слід констатувати, що одним із таких відносно не досліджених органів, як не парадоксально, є наразі Представництво Президента України в Автономній Республіці Крим (далі – Представництво), чиї повноваження та функції були висвітлені лише в окремих працях О.Л. Копиленка, Б.В. Бабіна тощо. Водночас, як не дивно, жодної монографічної роботи, присвяченій діяльності, статусу, функціям Представництва, зокрема, у галузях конституційного та адміністративного права не виявлено.

Мета статті. Отже, нагальним науково-практичним питанням стає висвітлення правового статусу, функцій та юрисдикції Представництва як державного органу з визначною роллю в поточній протидії російській агресії, що варто визначити метою цієї статті. До завдань статті слід віднести визначення належності Представництва до гілок та рівнів державної влади, характеристика функцій та правової природи компетенції та повноважень цього органу.

Виклад основного матеріалу. Необхідно констатувати, що Представництво є органом, що має конституційний статус. Адже згідно з текстом ст. 139 Конституції України, чинним з моменту схвалення Основного Закону, в Автономній Республіці Крим діє Представництво Президента України, статус якого визначається законом України. Текст

© М. Баймуратов, О. Гріненко, О. Биков, А. Коструба, 2018

Конституції України не містить інших норм, які би прямо окреслювали статус, функції та юрисдикцію Представництва, зокрема й у частині, що визначає статус Президента України. Водночас серед конституційних норм, що визначають повноваження Президента України, для мети цього дослідження варто врахувати роль Президента України як глави держави, того, хто виступає від її імені; як гаранта державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина (ст. 102 Конституції). Згідно з п. 1, 16, 31 ст. 106 Основного Закону Президент України забезпечує державну незалежність, національну безпеку і правонаступництво держави; скасовує акти Ради міністрів АРК, здійснює інші повноваження, визначені Конституцією України [1].

При цьому спеціальним (профільним) законом України, яким було на розвиток ст. 139 Конституції України визначено статус Представництва, є Закон України «Про Представництво Президента України в АРК» від 2 березня 2000 р. № 1524-III (далі – Закон 2000 р.). За ст. 1–3 Закону 2000 р. Представництво є державним органом, утвореним відповідно до Конституції України з метою сприяння виконанню в АРК повноважень, покладених на Президента України, воно утворюється Президентом України і безпосередньо йому підпорядковується, а у своїй діяльності керується Конституцією України, цим та іншими законами України, указами і розпорядженнями Президента України та актами Кабінету Міністрів України (далі – КМУ). Представництво очолює Постійний Представник Президента України в АРК (далі – Представник) [15].

Слід констатувати, що Повноваження Представництва визначені ст. 6 Закону 2000 р., за якою орган має вивчати стан виконання в АРК законодавства України та вживати заходів із забезпечення такого виконання; сприяти захисту в АРК стабільності, міжнаціональної злагоди та прав людини, аналізувати акти органів АРК щодо їх законності та конституційності із наданням відповідних пропозицій, подавати Президентові України аналітичні матеріали з питань АРК, сприяти йому у вирішенні в АРК кадрових питань, інформувати Президента з широкого кола питань у сфері суспільного життя в АРК. Вказані повноваження стосуються діяльності Представництва як щодо ситуації в АРК, так і стосовно взаємодії з Президентом України, водночас за ч. 2 ст. 6 Закону 2000 р. Представництво виконує й інші повноваження відповідно до законодавства України, а також доручення Президента України [15]. Отже, повне коло повноважень Представництва слід визначати, враховуючи, зокрема, укази, розпорядження, доручення Президента України.

Зазначені повноваження Представництва розвинуто у ст. 7 Закону 2000 р., за якою Представництво має право здійснювати особливий порядок взаємодії з Адміністрацією Президента України, КМУ, центральними органами виконавчої влади України а саме користуватися їхніми інформаційними банками (п. «в» ст. 7 Закону 2000 р.). Також Закон 2000 р. визначає повноваження Представника, зміст яких безумовно детермінує статус, функції та юрисдикцію Представництва, адже, за ст. 8, 9 цього акта Представник здійснює загальне керівництво діяльністю Представництва, несе персональну відповідальність за виконання покладених на Представництво завдань, призначається на посаду та звільняється з неї Президентом України.

Крім того, за п. «а» ст. 10 Закону 2000 р. Представник виконує доручення Президента України, спрямовані на забезпечення виконання повноважень Президента України як гаранта державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина (без територіальної прив'язки виконання таких доручень), а також звітує перед Президентом України про виконання своїх обов'язків, постійно інформує його з питань, що мають загальнодержавне значення. Також вказана стаття містить контролюючі функції Представника щодо діяльності та актів Верховної Ради та Ради міністрів АРК, місцевих держадміністрацій та органів місцевого самоврядування в АРК. Згідно з п. «е», «з» ст. 10 Закону 2000 р., відповідно до структури і кошторису витрат на утримання Представництва, Представник затверджує положення про його структурні підрозділи та штатний розпис, призначає на посади та звільняє з посад працівників Представництва, визначає їхні посадові обов'язки, здійснює інші повноваження, передбачені цим Законом, указами і розпорядженнями Президента України [15].

Водночас за ст. 15 Закону 2000 р. Представник за умовами матеріального та соціально-побутового обслуговування прирівнюється до керівника центрального органу виконавчої влади, водночас посадові особи Представництва є державними службовцями. Умови їх матеріального та соціально-побутового забезпечення визначаються Законом України «Про державну службу», а управління майном та матеріально-технічне забезпечення діяльності Представництва здійснюються у порядку, визначеному законодавством, суб'єктом управління об'єктами

державної власності – органом, що забезпечує діяльність Президента України, тобто Державним управлінням справами, за Указом Президента України від 23 лютого 2000 р. № 278/2000 «Про Державне управління справами» [6].

Таким чином, зі змісту норм ст. 139 Конституції України та Закону 2000 р. чітко випливає статус Представництва як державного органу, що забезпечує діяльність Президента України та здійснює представницьку, контролюючу та інформаційно-аналітичну функції від імені держави. Представництво не може бути віднесеним до представницьких чи виконавчих органів влади, які здійснюють державне управління в АРК. Вказані норми Конституції та Закону 2000 р. містять окремі положення (щодо статусу та гарантій діяльності Представника, щодо його залучення до питань, які мають загальнодержавне значення), які дозволяють говорити про загальнодержавний характер компетенції та повноважень Представництва.

Пізніше російська агресія та тимчасова окупація Криму, починаючи з лютого-березня 2014 р., поставили перед Україною абсолютно нову систему викликів. Водночас у профільному Законі «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15 квітня 2014 р. № 1207-VII Представництво не згадується взагалі. За ч. 1 ст. 9 цього Закону державні органи, утворені відповідно до Конституції та законів України (до яких, звісно, належить і Представництво), їх посадові та службові особи на тимчасово окупованій території (далі – ТОТ) діють лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [9].

За таких умов розпорядженням Президента України від 16 травня 2014 р. № 865/2014-рп та Указом Президента України від 24 травня 2014 р. № 487/2014 Представництво було передислоковане у м. Херсон, була змінена його структура, але додаткові функції та повноваження органу не надавалися [12; 13]. Вказані зміни статусу, функцій та повноважень Представництва на розвиток ч. 2 ст. 6, п. «з» ст. 10 Закону 2000 р. були внесені указом Президента України від 20 січня 2016 р. № 16/2016 «Питання Представництва Президента України в АРК» (далі – Указ 2016 р.) [2].

При цьому метою схвалення Указу 2016 р. в його преамбулі було визначено як забезпечення додержання конституційних прав і свобод громадян України, які проживають на тимчасово окупованій території або переселилися з неї та перебувають на території України, так і створення умов для ефективнішої та оперативнішої роботи Представництва. З преамбули чітко випливає прагнення нормотворця як привести статус, повноваження та юрисдикцію представництва у відповідність до реального стану – тимчасової окупації Криму, так й надати йому правозахисну функцію як щодо осіб, які перебувають на ТОТ, так і щодо осіб, які переселилися з ТОТ та перебувають на [іншій, усій] території України.

Такі нові (спеціальні) повноваження, завдання та функції Представництва були визначені у ст. 1 Указу 2016 р., яка, окрім іншого, передбачає потребу взаємодії органу з центральними органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування. Це, насамперед, правозахисна функція (сприяння та моніторинг стану прав людини щодо громадян України, які проживають на ТОТ або переселилися з неї та перебувають на території України), аналітично-інформаційна функція (вивчення процесів на ТОТ, підготовка та подання відповідних аналітичних матеріалів Президентові України), нормопроектна функція (розробка пропозицій щодо підготовки проектів законів, актів Президента України, стратегічних програм повернення ТОТ під загальну юрисдикцію України), представницько-інформативна функція (інформування громадськості про захист Президентом України прав громадян України, які проживають на ТОТ та які переселилися з ТОТ і перебувають на території України на законних підставах). Крім того, у затвердженій Указом 2016 р. структурі Представництва було передбачено діяльність служби міжнародних зв'язків, яку можна також віднести до представницько-інформативної функції, але щодо представництв іноземних держав та міжнародних організацій, іноземної громадськості [2].

За таких умов функції Представництва можна розподілити на ті, що мають виконуватися на усій підконтрольній території України (нормопроектна, представницько-інформативна функції), та на ті, що реалізуються як на усій підконтрольній території України, так і на ТОТ (аналітично-інформаційна та правозахисна функції). Важливим також є той факт, що Указ 2016 р. використовує термін ТОТ, який, згідно зі ст. 3 Закону «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» 2014 р., охоплює не тільки АРК, але й місто Севастополь, внутрішні морські води і територіальне море України навколо Кримського півострова, територію виключної (морської) економічної зони України вздовж узбережжя Кримсько-

го півострова та прилеглого до узбережжя континентального шельфу України, на які поширюється юрисдикція органів державної влади України відповідно до норм міжнародного права [9].

Варто додати, що згідно зі ст. 3 Указу № 16/2016 було визнано за доцільне тимчасове розміщення Представництва у місті Херсоні, а також окремих структурних підрозділів Представництва для забезпечення оперативної його взаємодії з центральними органами виконавчої влади, консультативними, дорадчими та іншими допоміжними органами і службами, утвореними при Президентові України, – у місті Києві [2]. Таке територіальне розташування структур Представництва корелює з вищенаведеною тезою про загальнодержавне значення діяльності цього державного органу, поширення юрисдикції Представництва, зокрема, в умовах тимчасової окупації Криму, не на окремий регіон, а на всю територію України.

Таким чином, можна констатувати, що Указом 2016 р. модернізовано повноваження, завдання та функції Представництва в умовах російської агресії, чітко визначено загальнодержавні юрисдикцію та значення діяльності Представництва.

Цікаво, що така роль Представництва як загальнодержавного органу відображалася й у актах законодавства, схвалених до 2014 р. Так, з Указу Президента України від 4 листопада 2008 р. № 997/2008 випливає, що Представництво віднесено до допоміжних органів, утворених Президентом України, при цьому Представництво наводиться у переліку виключно загальнодержавних структур (органів) поміж Апарату РНБО України, Державного управління справами, Національного інституту стратегічних досліджень [8].

Слід уточнити, що статистична класифікація органів державного управління нині здійснюється відповідно до Статистичного класифікатора, затвердженого наказом Державної служби статистики України від 16 листопада 2015 р. № 330, який надав Представництву, з посиланням на профільний Закон 2000 р., класифікаційний код 68224. Характерно, що усі органи державної влади, юрисдикція яких поширюється на територію однієї або кількох областей, м. Києва або м. Севастополя, мають у Статистичному класифікаторі за наказом № 330 класифікаційні коди, які починаються на «0» та містяться в іншій частині класифікатору. Так, обласні, Київська та Севастопольська міські ради мають класифікаційний код 01004, Рада міністрів АРК має класифікаційний код 06695. Водночас Представництво розташовано в іншій частині Статистичного класифікатору серед (поміж) таких безумовно загальнодержавних органів влади, як (послідовно): Управління державної охорони України (код 63124), Апарат Верховної Ради України (код 67664), Рахункова палата (код 67684), Секретаріат Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (код 68234), РНБО України (код 68294), Національна служба посередництва і примирення (код 68334), Національне антикорупційне бюро України (код 68624), Служба зовнішньої розвідки України (код 68884) та СБУ (класифікаційний код 68894). Інших органів державного управління у Статистичному класифікаторі органів державного управління за Наказом № 330, які мали б класифікаційний код, що починається на «6», зокрема на «68», немає [10].

Варто спеціально відзначити, що запроваджене з 2015 р. нове законодавство про державну службу також відображає питання діяльності Представництва. Хоча згідно з п. 2 ч. 3 ст. 3 Закону України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII (далі – Закон 2015 р.) його дія не поширюється на «Главу Адміністрації Президента України та його заступників, Постійного Представника Президента України в АРК та його заступників» [7], у цілому Закон 2015 р. має значення для визначення статусу державних службовців Представництва.

Так, ст. 91 Закону 2015 р. описує проходження державної служби в окремих державних органах загальнодержавного характеру включно з Представництвом, а за її ч. 2 керівник апарату Представництва призначається на посаду в порядку, визначеному законом, за пропозицією Комісії з питань вищого корпусу державної служби за результатами конкурсного відбору. Характерно, що за ст. 15 Закону 2015 р. ця Комісія може проводити конкурс на зайняття вакантних посад державної служби виключно категорії «А» та що саме до категорії «А» (вищого корпусу державної служби) належать посади керівників державної служби в державних органах, юрисдикція яких поширюється на всю територію України. Серед інших державних органів до посад категорії «А» за Законом 2015 р. належали лише посади голів місцевих державних адміністрацій, до їх виключення з посад державної служби Законом України від 9 листопада 2017 р. № 2190-VIII [7].

Крім того, за п. 1 ч. 2 ст. 31 Закону 2015 р. рішення про призначення на посаду державної служби категорії «А» приймається суб'єктом призначення, тобто для Представництва – Представником. Загалом посаду керівника апарату Представництва було запроваджено Указом Президента України

від 17 серпня 2017 р. № 221/2017, яким були внесені зміни до Указу 2016 р. № 16 [5].

Додамо, що Типовим порядком проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців, схваленим постановою КМУ від 23 серпня 2017 р. № 640, посаду керівника апарату Представництва було віднесено до посади державної служби категорії «А» [11], що, безумовно, означало, з огляду на чинну на той момент редакцію Закону 2015 р., визнання урядом юрисдикції Представництва як державного органу, юрисдикція якого поширюється на всю територію України.

Втім, постановою КМУ від 14 березня 2018 р. № 185 були внесені зміни до Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців та посаду керівника апарату Представництва було переведено до категорії «Б» [4], що за будь-яких обставин не відповідає вищевказаним положенням чинної редакції Закону 2015 р. Втім, така вкрай контроверсійна новела законодавства свідчить про новий вектор оцінки ролі державної служби у Представництві.

Важливим питанням стає статус посадових осіб Представництва, що не є державними службовцями, а саме Представника та його заступників. Це питання було раніше впорядковане спеціальною Постановою КМУ від 27 грудня 2006 р. № 1839, якою ці посади було виключено з окремої Схеми посадових окладів керівних працівників і спеціалістів апарату Представництва, схваленої серед інших подібних Схем Постановою КМУ від 9 березня 2006 р. № 268, та включено в ст. 1 Постанови КМУ від 30 червня 2005 р. № 510, де містився перелік посадових окладів керівних працівників державних органів у відсотках посадового окладу Прем'єр-міністра України (усі структури, очолювані наведеними у постанові № 510 посадовими особами, мали та мають загальнодержавний характер) [14]; [17]. Відповідно до ст. 14 Закону 2000 р. вказані акти прирівнювали рівень оплати Представника до керівника центрального органу виконавчої влади, а його заступників за оплатою прирівнювали до заступників такого керівника.

Пізніше, після схвалення Закону 2015 р., Постановою КМУ від 20 квітня 2016 р. № 304 посади Представника та його заступників були включені до переліку розмірів посадових окладів окремих керівних працівників державних органів, на яких не поширюється дія Закону України «Про державну службу», який на той період також охоплював виключно керівництво загальнодержавних органів; посади керівників Представництва було розміщено в переліку між посадами омбудсмена та Національної ради з питань телебачення і радіомовлення. Пізніше до цього переліку (в іншу його частину) Постановою КМУ від 1 грудня 2017 р. № 931 було включено керівництво регіональних органів – обласних та районних адміністрацій [16].

Надалі Постановою КМУ від 12 вересня 2018 р. № 784 було передбачено створення Додатку 2 до Постанови № 304 під назвою «Коефіцієнти співвідношень посадових окладів керівних працівників обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій, Представництва Президента України в АРК, на яких не поширюється дія Закону України «Про державну службу», до посадового окладу керівника державної служби в державному органі, юрисдикція якого поширюється на територію однієї або кількох областей, мм. Києва або Севастополя». Тим самим оклади керівництва Представництва всупереч ст. 14 Закону 2000 р. було виведено з порівняння з керівництвом центральних органів виконавчої влади, а Представництво було прирівняне у питаннях оплати праці до регіонального органу влади [3].

Висновки

Таким чином, аналіз норм законодавства України щодо Представництва дає змогу отримати такі висновки. Представництво Президента України в АРК є державним органом, що сприяє реалізації конституційних повноважень Президента України. Його статус передбачений ст. 139 Конституції України, зумовлений конституційними повноваженнями голови держави, визначений профільним Законом України «Про Представництво Президента України в АРК» 2000 р., схваленим у розвиток цих конституційних норм, та розвинутий указами та розпорядженнями Президента України, які доповнюють та розширяють повноваження, функції та компетенцію Представництва.

Статус та юрисдикція Представництва тісно пов'язані з правами, компетенцією та статусом Постійного Представника Президента України в АРК. Представництво не може бути віднесеним до представницьких чи виконавчих органів влади, які здійснюють регіональне державне (владне) управління в АРК. Вказані норми Конституції та Закон 2000 р. містять окремі положення, які дозволяють говорити про загальнодержавний характер компетенції та повноважень Представництва, яке здійснює представницьку, контролюючу та інформаційно-аналітичну функції від імені держави.

В умовах російської агресії та тимчасової окупації Криму додаткові повноваження, завдання та функції Представництва були окремо визначені Указом Президента України № 16 2016 р., можливість схвалення якого прямо випливає з вищевказаних норм Конституції України та Закону 2000 р. Ці додаткові функції, а саме: правозахисна, аналітично-інформаційна, нормопроектна, представницько-інформативна, здійснюються Представництвом як на усій тимчасово окупованій території України в Криму (що охоплює АРК, м. Севастополь та морські простори, що не належать до окремих регіонів України), так і на усій іншій території України, зокрема території перебування внутрішньо переміщених осіб з Криму.

Таким чином, Указ 2016 р. не лише модернізував повноваження, завдання та функції Представництва в умовах російської агресії, але й додатково чітко визначив загальнодержавні юрисдикцію та значення діяльності Представництва. Роль Представництва як загальнодержавного органу відображалася й у низці інших актів законодавства України.

Запроваджене з 2015 р. нове законодавство про державну службу також регламентує питання діяльності Представництва, зокрема, у вимірі його юрисдикції як підґрунтя для застосування відповідних адміністративних механізмів. Віднесення Законом України «Про державну службу» 2015 р. керівника апарату Представництва до вищого корпусу державної служби, який призначається Комісією з питань вищого корпусу державної служби, підтвердження відповідного статусу керівника апарату Постановою КМУ від 23 серпня 2017 р. № 640 свідчило про відображення вищевказаних особливостей функцій та юрисдикції Представництва як загальнодержавного органу й законодавством про державну службу.

Водночас внесені у 2018 р. низкою постанов КМУ зміни до порядку оплати керівництва Представництва та до статусу керівника його апарату не відповідають як зазначеним нормам Закону України «Про державну службу» 2015 р., так і вищевказаним нормам законодавства, які визначають загальнодержавний характер функцій, діяльності та юрисдикції Представництва Президента України в АРК. Вирішення цього питання та наступне удосконалення законодавства із зазначених питань є важливою тематикою наступних наукових досліджень.

Список використаних джерел:

1. Конституція України, зі змінами та доповненнями, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. К. : Просвіта, 2018. 42 с.

2. Питання Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим : Указ Президента України від 20 січня 2016 р. № 16/2016. Офіційний вісник України. 2016. № 7. Ст. 341.

3. Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 20 квітня 2016 р. № 304 : Постанова Кабінету Міністрів України від 12 вересня 2018 р. № 784. Офіційний вісник України. 2018. № 79. Ст. 2634.

4. Про внесення змін до Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців : Постанова Кабінету Міністрів України від 14 березня 2018 р. № 185. Офіційний вісник України. 2018. № 26. Ст. 937.

5. Про внесення змін до Указу Президента України від 20 січня 2016 року № 16 : Указ Президента України від 17 серпня 2017 р. № 221/2017. Офіційний вісник України. 2017. № 68. Ст. 2044.

6. Про Державне управління справами : Указ Президента України від 23 лютня 2000 р. № 278/2000 зі змінами. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/278/2000

7. Про державну службу : Закон України від 10 грудня 2015 р. № 889–VIII зі змінами. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19.

8. Про деякі заходи щодо забезпечення скорочення видатків Державного бюджету України на утримання органів управління : Указ Президента України від 4 лист. 2008 р. № 997/2008. Офіційний вісник України. 2008. № 84. Ст. 2814.

9. Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України : Закон України від 15 квітня 2014 року № 1207–VII зі змінами. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18

10. Про затвердження Статистичного класифікатора органів державного управління : наказ Державної служби статистики України від 16 листопада 2015 р. № 330 зі змінами. URL: http://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0330832-15

11. Про затвердження Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців : Постанова Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2017 р. № 640. Офіційний вісник України. 2017. № 70. Ст. 2124.

12. Про невідкладні заходи щодо відновлення діяльності Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим : розпорядження Президента України від 16 травня 2014 р. № 865/2014-рп. Офіційний вісник України. 2014. № 41. Ст. 1084.

13. Про невідкладні питання Представництва Президента України в Автономній Республіці Крим : Указ Президента України від 24 травня 2014 р. № 487/2014. Офіційний вісник України. 2014. № 43. Ст. 1122.

14. Про оплату праці керівних працівників державних органів : постанова Кабінету Міністрів України від 30 червня 2005 р. № 510 зі змінами. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/510-2005-п/ed20170906

15. Про Представництво Президента України в Автономній Республіці Крим : Закон

України від 2 березня 2000 р. № 1524–III зі змінами. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1524-14

16. Про умови оплати праці окремих керівних працівників державних органів, на яких не поширюється дія Закону України «Про державну службу» : Постанова Кабінету Міністрів України від 20 квітня 2016 р. № 304. Офіційний вісник України. 2016. № 34. Ст. 1327.

17. Про умови оплати праці Постійного Представника Президента України в Автономній Республіці Крим, його першого заступника та заступників : Постанова Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2006 р. № 1839. Офіційний вісник України. 2007. № 1. Ст. 28.

В статье исследованы нормативные предпосылки деятельности, полномочий и функций Представительства Президента Украины в Автономной Республике Крым, определяющие его статус и юрисдикцию. Особое внимание уделено влиянию российской агрессии на правовой статус Представительства Президента Украины в Автономной Республике Крым.

Ключевые слова: Автономная Республика Крым, внутренне перемещенные лица, временно оккупированные территории, государственная служба, Президент Украины, юрисдикция.

The authors researched in the article the normative grounds of activities, competence and functions of the Mission of the President of Ukraine in the Autonomous Republic of Crimea that determines its statute and jurisdiction. Special attention was paid to the influence of the Russian aggression to the legal statute of the Mission of the President of Ukraine in the Autonomous Republic of Crimea.

Key words: Autonomous Republic of Crimea, internally displaced persons, jurisdiction, President of Ukraine, public service, temporarily occupied territories.

УДК 347.454

Артем Котенко,
канд. юрид. наук, доцент кафедри фінансового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Олександра Паращенко,
студентка факультету адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗЛОВЖИВАННЯ ОРГАНАМИ ДЕРЖАВНОЇ ФІСКАЛЬНОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ СВОЇМИ ПОВНОВАЖЕННЯМИ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ПЕРЕВІРОК ЯК ПРИНЦИП ДІЯЛЬНОСТІ

Стаття присвячена аналізу приписів податкового законодавства та судової практики щодо дотримання органами Державної фіскальної служби України підстав, умов і порядку проведення документальної виїзної та фактичної перевірок як способів здійснення податкового контролю. Автори прагнуть розкрити певні питання, із якими стикається платник податків під час проведення щодо нього документальної виїзної та фактичної перевірок і вказати на незахищеність платника податків від зловживань із боку посадових осіб органів Державної фіскальної служби України.

Ключові слова: фактична перевірка, документальна виїзна перевірка, платник податків, контролюючі органи, негативні наслідки перевірки, підстави проведення перевірок.

Постановка проблеми. Платники податків сплачують податки та збори до державного та місцевих бюджетів, розраховуючи на отримання загальносуспільних благ, тим самим відмовляючись від частини свого доходу в інтересах суспільства, завдаючи шкоди своїм інтересам. Здійснюючи господарську діяльність, платники податків часто потерпають від порушень податкового законодавства внаслідок здійснення податкового контролю посадовими особами органів Державної фіскальної служби України. Сприяє цьому необізнаність платника податків, недосконалість приписів податкового законодавства, нечітке врегулювання Податковим кодексом України окремих процедур, неоднозначність судової практики та відверте зловживання з боку контролюючих органів, яке вже стало певним принципом.

Дослідженню теоретичних питань і проблематики практичного здійснення податкового контролю, його способів, сутності та специфіки присвячено велику кількість наукових праць. Серед авторів можна назвати таких, як М. Кучерявенко, Н. Маринів, М. Мельник, І. Лещух, О. Мельник. Науковці зробили фундаментальний внесок у розгляд проблематики податкового контролю та процесу його здійснення. Однак через недосконалість податкового та пов'язаного з ним законодавства, динамічні зміни в державному регулюванні питань контролю, систематичність зловживань із боку посадових осіб своїми повноваженнями виникає потреба в такому дослідженні.

Мета статті. Виникає потреба в дослідженні питань, із якими стикається платник податків під час здійснення щодо нього податкового контролю з боку посадових осіб Державної фіскальної служби України. Наразі актуальним є питання незахищеності платника податків від зловживань контролюючих органів своїми повноваженнями, а також формування усталеної практики із цих питань.

Виклад основного матеріалу. М. Кучерявенко вказує, що податковий контроль є різновидом спеціального державного контролю, здійснюваного як діяльність податкових органів і їх посадових осіб для забезпечення законності, фінансової дисципліни та доцільності під час мобілізації централізованих і децентралізованих грошових фондів і пов'язаних із ними матеріальних коштів [1, с. 483]. Органи Державної фіскальної служби України спрямовують свою діяльність на попередження вчинення платниками податків порушень податкового законодавства. Згідно з п. 61.1 ст. 61 Податкового кодексу України для попередження правопорушень контролюючі органи здійснюють систему заходів податкового контролю з метою контролю за правильністю нарахування, повнотою й своєчасністю

© А. Котенко, О. Паращенко, 2018

сплати податків і зборів, а також дотримання законодавства з питань регулювання обігу готівки, проведення розрахункових і касових операцій, патентування, ліцензування й іншого законодавства [2]. Н. Маринів зазначає, що податковий контроль як елемент управління вирішує декілька завдань: по-перше, це контроль за фінансовою й господарською діяльністю суб'єктів у зв'язку з оподаткуванням; по-друге, це регламентована нормами права діяльність владних і зобов'язаних осіб, пов'язана з формуванням публічних грошових фондів за рахунок надходжень від податків і зборів (обов'язкових платежів); по-третє, це засіб забезпечення законності у сфері оподаткування [3, с. 165].

М. Мельник та І. Лещух стверджують, що податковий контроль зводиться до перевірок правильності нарахування, повноти та своєчасності сплати податків та інших платежів до бюджету. На думку науковців, основною метою податкового контролю є перешкоджання можливості платників податків ухилятися від їх сплати, а також донарахування виявлених за результатами перевірок сум податків і зборів, на які ухилився від сплати суб'єкт господарювання, до бюджету [4, с. 45].

Одним зі способів здійснення податкового контролю є проведення перевірок. Відповідно до п. 75.1 ст. 75 Податкового кодексу України контролюючі органи мають право проводити камеральні, документальні (планові чи позапланові, виїзні чи невиїзні) і фактичні перевірки [2].

Первісною та передбачуваною метою проведення податкових перевірок є здійснення контролю за додержанням платниками податків приписів податкового та суміжного законодавства. Н. Маринів зазначає, що головною метою податкової перевірки є контроль за своєчасністю й повнотою сплати платниками податків і зборів [3, с. 64]. Однак велика кількість практичних прикладів указує на те, що контролюючі органи перетворюють здійснення податкового контролю на засіб впливу та тиску на платників податків. Зловживання посадовими особами органів Державної фіскальної служби України своїми повноваженнями полягає в недобросовісному їх здійсненні й заподіянні шкоди правам і законним інтересам платників податків. Прикро, що цьому також сприяє нечіткість приписів Податкового кодексу України, неоднозначна судова практика з проблемних питань.

Особливо гостро наразі постало питання порушень податкового законодавства органами Державної фіскальної служби України під час призначення та проведення фактичних або виїзних документальних перевірок.

Першою тут є проблема реалізації платником податків свого права на захист від протиправної діяльності контролюючих органів.

Згідно з ч. 1 ст. 5 Кодексу адміністративного судочинства України кожна особа має право в порядку, установленому Кодексом адміністративного судочинства України, звернутися до адміністративного суду, якщо вважає, що рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень порушені її права, свободи чи законні інтереси, і просити про захист [5].

Проаналізуємо випадок, за якого платник податків вважає, що його права та законні інтереси порушені фактом призначення перевірки, а також порядком її проведення й результатом її проведення, але він не мав об'єктивної можливості не допустити посадових осіб контролюючого органу до проведення перевірки. У такому разі перед платником податків постає питання, що він може оскаржити: факт призначення документальної виїзної/фактичної перевірок чи результат їх проведення.

У п. 81.1 ст. 81 Податкового кодексу України встановлено, що непред'явлення або ненадсилання у випадках, визначених Податковим кодексом України, платнику податків (його посадовим (службовим) особам або його уповноваженому представнику чи особам, які фактично проводять розрахункові операції) документів, необхідних для допуску до перевірки, або пред'явлення зазначених документів, що оформлені з порушенням вимог, установлених цим пунктом, є підставою для недопущення посадових (службових) осіб контролюючого органу до проведення документальної виїзної чи фактичної перевірки [2]. Проте на практиці досить часто платник податків чи інші особи, визначені в п. 81.1 ст. 81 Податкового кодексу України, допускають посадових осіб контролюючого органу до проведення перевірок із метою запобігання негативним наслідкам недопущення до проведення перевірки.

Вивчивши практику Верховного Суду та Верховного Суду України щодо питання оскарження факту призначення та проведення документальної виїзної чи фактичної перевірок у разі, коли посадові особи органів Державної фіскальної служби України були допущені до їх проведення, можна зробити висновок, що платник податків повинен бути завжди готовим до проведення щодо нього документальної виїзної чи фактичної перевірок із метою захисту та реалізації своїх прав та законних інтересів.

Позиція Верховного Суду України, висловлена 24.12.2010 р. у справі № 21-25а10, полягає в тому, що платник податків, який

вважає, що стосовно нього було порушено порядок і підстави призначення податкової перевірки, повинен захищати свої права та законні інтереси шляхом недопуску посадових осіб контролюючого органу до такої перевірки. Якщо посадові особи контролюючого органу були допущені до проведення такої перевірки, платник податків може оскаржити до суду виключно суть виявлених порушень податкового й іншого законодавства [6].

При цьому Верховний Суд у справі № К/9901/8259/18 804/5402/14 від 13.12.2018 р. посилається на практику Верховного Суду України 2010 р., а саме на те, що тільки на етапі допуску до перевірки платник податків може наголосити на необґрунтованості підстав її призначення та проведення й не допустити посадових осіб контролюючого органу до перевірки, тим самим захищаючи себе від неправомірного здійснення контролюючим органом заходів податкового контролю. З іншого боку, допуск до проведення перевірки нівелює правові наслідки процедурних порушень, учинених посадовими особами контролюючого органу під час призначення такої перевірки. Отже, якщо платник податків звертається до суду з позовом про оскарження підстав і порядку призначення перевірки, але посадові особи були допущені до проведення такої перевірки, то в задоволенні такого позову слід відмовити. Підставою відмови в позові є те, що правові наслідки оскаржуваних дій за таких обставин є вичерпаними, а отже, задоволення позову не може призвести до відновлення порушених прав платника податків, оскільки після проведення перевірки права платника податків порушують лише наслідки проведення відповідної перевірки [7].

Аналізуючи практику двох судів із різницею у вісім років, бачимо певну стабільність стосовно цього питання, яка дає платникам податків розуміння щодо того, яким чином потрібно діяти в разі призначення та проведення щодо них документальної виїзної чи фактичної перевірок. Однак такий стан речей, на нашу думку, ставить платника податків у зовсім невигідне становище поряд із контролюючим органом, бо навіть законна відмова від допуску посадових осіб контролюючих органів до проведення перевірки не дає гарантій ненастання щодо такої особи негативних наслідків недопуску.

Другою проблемою є питання настання негативних наслідків у разі відмови платника податків, його посадових осіб, представника чи особи, що фактично проводить розрахункові операції, у допуску посадових осіб до проведення документальної виїзної перевірки чи фактичної перевірки. Якщо під час проведення позапланової виїзної перевірки чи фактичної перевірки представники контролюючого органу не допускаються до проведення перевірки, вони можуть застосувати щодо платника податків такий захід, як адміністративний арешт майна (відповідно до підп. 94.2.3 п. 94.2 ст. 94 Податкового кодексу України [2]).

Верховним Судом було прийнято Постанову від 23.01.2018 р. у справі № 815/5420/17 щодо питання недопуску платником податків представників контролюючого органу до проведення фактичної перевірки та застосування до такого платника податків адміністративного арешту майна.

У цій Постанові Верховний Суд стверджує, що відповідно до п. 94.1 ст. 94 Податкового кодексу України адміністративний арешт майна платника податків є винятковим способом забезпечення виконання платником податків його обов'язків, визначених законом. Отже, адміністративний арешт як винятковий засіб забезпечення виконання платником податків його обов'язків може бути застосований лише тоді, коли платник податків відмовився від проведення фактичної перевірки за наявності законних підстав для її проведення чи від допуску посадових осіб контролюючого органу до проведення такої перевірки, що підтверджується відповідним актом [8].

Згідно з п. 81.1 ст. 81 Податкового кодексу України посадові особи контролюючого органу мають право приступити до проведення документальної виїзної перевірки, фактичної перевірки за наявності підстав для їх проведення, визначених Податковим кодексом України, і за умови пред'явлення чи надсилання у випадках, визначених Податковим кодексом України, необхідного переліку документів особам, визначеним у п. 81.2 ст. 81 Податкового кодексу України [2].

Як указано у Постанові Верховного Суду від 23.01.2018 р., судами було встановлено, що за місцезнаходженням суб'єкта господарювання, який підлягав перевірці, знаходився охоронюваний і захищений огорожею будівельний об'єкт, до якого посадові особи контролюючого органу не потрапили, із керівництвом суб'єкта господарювання зв'язатися не змогли, а біля воріт огорожі спілкувалися з особою, яка представилася працівником указаного підприємства. Суб'єкт господарювання заперечував стосовно того, що ця особа є працівником підприємства, і надав штатний розклад, згідно з яким ця особа в переліку працівників відсутня [8].

У цьому разі посадові особи контролюючого органу не були допущені до перевірки, при цьому посадові особи жодним чином не

контактували з платником податків і/або посадовою (службовою) особою платника податків (із його представниками чи особами, які фактично проводять розрахункові операції), як вимагається п. 81.2 ст. 81 Податкового кодексу України, хоча, відповідно до приписів ст. ст. 80 і 81 Податкового кодексу України, платник податків і/або посадова (службова) особа платника податків (його представник або особа, яка фактично проводить розрахункові операції) мають бути присутні під час проведення фактичної перевірки [2].

Отже, аналізуючи Постанову Верховного Суду, можна дійти висновку, що посадовими особами порушений порядок проведення фактичної перевірки й неправомірно застосований адміністративний арешт щодо майна платника податків. Потрібно наголосити на наявності підстав недопуску платником податків посадових осіб контролюючого органу до проведення перевірки, оскільки недопуску фактично не відбулося, тому не було порушено приписів щодо обов'язку платника податків не перешкоджати законній діяльності посадової особи контролюючого органу під час виконання нею службових обов'язків і виконувати законні вимоги такої посадової особи, зазначені в підп. 16.1.9 п. 16.1 ст. 16 Податкового кодексу України [2]. Тому посадові особи повинні бути впевненими в тому, що в допуску до проведення перевірки їм було відмовлено належною особою, передбаченою в п. 81.2 ст. 81 Податкового кодексу України. Якщо це буде не платник податків і/або посадова (службова) особа платника податків (його представник або особа, яка фактично проводить розрахункові операції), то факту виникнення спірних правовідносин не буде, як не буде й порушень податкового законодавства з боку платника податків, тільки постане питання щодо правомірності дій посадових осіб контролюючого органу щодо проведення фактичної перевірки.

Третьою проблемою є питання проведення документальної позапланової виїзної перевірки контролюючим органом. У ст. 78 Податкового кодексу України встановлено вичерпний перелік підстав для проведення позапланової виїзної документальної перевірки.

У підп. 78.1.11 п. 78.1 ст. 78 Податкового кодексу України передбачено таку підставу, як отримання судового рішення суду (слідчого судді) про призначення перевірки, винесене ним відповідно до закону [2]. Проте як підставу для проведення позапланової виїзної документальної перевірки посадові особи контролюючого органу надають дозвіл суду на призначення перевірки. Такий стан речей не є одиничним випадком. Вищий адміністративний суд України в Ухвалі від 17.05.2017 р. у справі № К/800/25377/16 вважає, що таким рішенням суду не призначається перевірка платника податків, як це передбачено нормами Податкового кодексу України, а лише надається дозвіл на її проведення відповідним контролюючим органом [9]. Потрібно відрізняти такі два моменти, як надання судом дозволу на проведення перевірки контролюючим органом і призначення рішенням суду перевірки. Таким чином, за відсутності рішення суду саме про призначення перевірки призначення її наказом керівника контролюючого органу відповідно до підп. 78.1.11 п. 78.1 ст. 78 Податкового кодексу України є безпідставним.

Висновки

Проаналізувавши приписи податкового законодавства щодо підстав, умов і порядку проведення фактичної чи позапланової виїзної документальних перевірок, а також судову практику Верховного Суду України та Вищого адміністративного суду України щодо цих питань, можна дійти висновку, що порушення посадовими особами органів Державної фіскальної служби України приписів податкового законодавства є доволі розповсюдженим явищем. Однак причини порушень законодавства посадовими особами контролюючих органів відмінні від причин порушення законодавства платниками податків. До них можна віднести непрофесійність, службову недбалість, бажання вплинути на платника податків, зловживаючи своїми повноваженнями.

Особливість відносин платника податків з органами Державної фіскальної служби України полягає в тому, що особі протистоїть потужний адміністративний апарат. У зв'язку із цим у сторін заздалегідь складаються нерівні вихідні можливості. Якщо посадові особи такого апарату зловживають своїми повноваженнями, особливо під час проведення фактичної та документальної виїзної перевірок, платники податків є максимально вразливими та незахищеними, оскільки процесуальний порядок цих способів здійснення контролю є нечітко врегульованим (прописаним), що вводить в оману платника податків і тим самим створює можливість для зловживання посадовими особами органів Державної фіскальної служби України своїми повноваженнями.

Проведення перевірки без наявності на те встановлених законом підстав, неправомірне застосування адміністративного арешту як виняткового способу забезпечення виконання платником податків його обов'язків, не-

можливість оскарження факту призначення перевірки в разі допуску до проведення такої – усі ці обставини порушують права та законні інтереси платників податків і яскраво ілюструють їхню вразливість і незахищеність від зловживань контролюючих органів.

Список використаних джерел:

1. Кучерявенко Н. Курс налогового права. В 6 т. Т. III: Учение о налоге. Х.: Легас; Право, 2005. 600 с.

2. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. Голос України. 2010. № 229.

3. Маринів Н. Податкова перевірка як організаційно-правова форма реалізації податкового контролю: дис. канд. юр. наук: 12.00.07. Харків, 2007. 204 с.

4. Мельник М., Лещух І. Податковий контроль в Україні: проблеми та пріоритети підвищення ефективності: монографія. Львів: ДУ «Інститут регіональних досліджень ім. М.І. Долішнього НАН України», 2015. 330 с.

5. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. Голос України. 2005. № 158.

6. Постанова Верховного Суду України від 24.12.2010 р. у справі № 21-25а10. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/14222170.

7. Постанова Верховного Суду від 13.02.2018 р. у справі № К/9901/8259/18 804/5402/14. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72320483?fbclid=IwAR17frBk_OPh0vPd5Yrf7KGFwR7LPZkz-B9Cgm_gvog9ThJnE1agArIcyKY.

8. Постанова Верховного Суду від 23.01.2018 р. у справі № К/9901/1105/17 815/5420/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71766492?fbclid=IwAR2zBGScoMdkhgQXB-gmcMdHNqZ7QQDBAlZOoAqBVGTd53okv3hbgmdtsrE.

9. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 17.05.2017 р. у справі № К/800/25377/16. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66851536?fbclid=IwAR3D3zR0FPZkkh6nk-I3DBia6ci91LXjfQLVaU9D7o2zEJd2HqFjOXcQFso.

Статья посвящена анализу предписаний налогового законодательства и судебной практики по соблюдению органами Государственной фискальной службы Украины оснований, условий и порядка проведения документальной выездной и фактической проверок как способов осуществления налогового контроля. Авторы стремятся раскрыть некоторые проблемные вопросы, с которыми сталкивается налогоплательщик во время проведения в отношении него документальной выездной и фактической проверок, и таким образом указать на незащищенность налогоплательщика от злоупотреблений со стороны должностных лиц органов Государственной фискальной службы Украины.

Ключевые слова: фактическая проверка, документальная выездная проверка, налогоплательщик, контролирующие органы, негативные последствия проверки, основания для проведения проверок.

The article focuses on the analysis of the requirements of the tax law and trial practice on the observance by the bodies of the State Fiscal Service of Ukraine of the reasons, conditions and procedure for conducting the documentary on-site and the factual inspections, as methods of tax control implementation. The authors aim to uncover some of the problematic issues that taxpayers face during the documentary on-site and the factual inspections against him and point out the taxpayer's vulnerability to abuse by officials of the State Fiscal Service of Ukraine.

Key words: factual inspection, documentary on-site inspection, taxpayer, regulatory authorities, negative consequences of an inspection, reasons for conducting inspections.

УДК 336.02

Христина Лугова,
студентка магістратури
Інституту післядипломної освіти
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

УДОСКОНАЛЕННЯ АДМІНІСТРУВАННЯ ПОДАТКІВ В УКРАЇНІ З УРАХУВАННЯМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ДОСВІДУ

У статті визначені цілі вдосконалення системи адміністрування податків в Україні; виділені моделі взаємовідносин держави та платників податків відповідно до світової практики; запропоновані заходи та шляхи вдосконалення системи адміністрування податків, зокрема усунення проявів корупції.

Ключові слова: податки, платники податків, шляхи вдосконалення системи адміністрування податків, модель домінування платника, запобігання проявам корупції.

Постановка проблеми. Сьогодні пріоритетним напрямом модернізації фіскальної служби в Україні є вдосконалення системи адміністрування податків. Основними цілями такого вдосконалення є такі:

– створення більш ефективних механізмів адміністрування податків;

– недопущення проявів корупції в податкових відносинах;

– сприяння підвищенню добровільності сплати податків;

– формування партнерських взаємовідносин між фіскальними органами та платниками податків;

– створення справедливих умов оподаткування для всіх платників податків;

– забезпечення мобілізації фінансових ресурсів до бюджетів різних рівнів у достатньому обсязі.

Удосконалення системи адміністрування податків має бути спрямоване на підвищення рівня податкової етики та податкової культури громадян, а для цього слід змінити ставлення громадян до свого конституційного обов'язку сплати платежів податкового характеру. У цьому аспекті доцільно врахувати досвід країн – членів ЄС.

Проблеми, пов'язані з податковою реформою, постійно перебувають у полі зору відомих вітчизняних учених, таких, як О. Василик, Л. Демиденко, Т. Єфименко, В. Ільяшенко, П. Мельник, Ю. Каспрук, Ю. Касперович, Р. Паславська, В. Попова й ін. Їхні дослідження окреслюють важливість ефективного функціонування податкової системи України. Проте сучасні вимоги часу висувають потребу в нових дослідженнях податкової системи, які дозволять окреслити шляхи вдосконалення адміністрування податків в Україні з урахуванням європейського досвіду.

Мета статті. Головною метою статті є аналіз сучасного стану податкової системи держави та розроблення практичних рекомендацій щодо вдосконалення адміністрування податків в Україні з урахуванням європейського досвіду.

Виклад основного матеріалу. Наразі пересічний громадянин України – платник податків не бажає добровільно виконувати свої податкові зобов'язання. Причиною цього є відсутність чітко вираженої залежності між сплаченими податками та зворотним потоком державних послуг, що їх отримують платники.

У світовій практиці виділяють три моделі взаємовідносин держави та платників податків [1].

1. Домінування держави у взаємовідносинах «держава – платники податків». У цих взаємовідносинах платники здебільшого наділені обов'язками, а держава – правами. Платники податків у такій моделі розглядаються як постачальники фінансових ресурсів. Оскільки їхні права обмежені, то вони не зацікавлені в добровільному виконанні своїх податкових зобов'язань, тому рівень ухиляння від оподаткування є високим. Держава зі свого боку збільшує адміністративний тиск, застосовуючи дедалі жорсткіші засоби контролю. У результаті збільшується державний контрольний апарат і зростає рівень тіньової економіки.

Така модель притаманна авторитарним державам і, безумовно, не може застосовуватись у демократичних країнах.

2. Домінування платника у взаємовідносинах «держава – платники податків». Така модель притаманна слабким державам із низькоефективним державним апаратом. Унаслідок

© Х. Лугова, 2018

безконтрольних дій платників рівень ухилення від оподаткування, як і в попередній моделі, зростає. Таким чином, зменшується обсяг податкових надходжень до державного бюджету й викривляються умови конкурентного середовища, оскільки платники податків, що ухиляються від оподаткування, отримують додаткові фінансові ресурси для подальшого їх інвестування у свій бізнес.

Модель домінування платника не може бути ефективною, оскільки рано чи пізно її наслідком стане криза державних фінансів і посилення державного контролю аж до домінування держави над платниками.

3. Модель взаємних зобов'язань. Цю модель обирають демократичні країни та країни з перехідною економікою. Усі суб'єкти податкових відносин є рівноправними, а діяльність кожного з них є підконтрольною та підзвітною. І держава в особі фіскальних органів, і платники зобов'язані дотримуватися податкового законодавства та наділені однаковими гарантіями щодо дотримання й захисту своїх законних прав. Платник розглядається вже не як об'єкт контролю, а як рівний партнер, який сплачує платежі податкового характеру за отримання належних послуг і гарантій із боку держави [2].

Отже, удосконалення системи адміністрування податків має розпочинатися з налагодження партнерських взаємовідносин між платниками та податковими органами, що базується на якісно новому розумінні місця людини в державі й у податковому адмініструванні, на повазі до її прав та інтересів. У такому разі сплата громадянами платежів податкового характеру буде добровільною, а не примусовою.

Зважуючись на податкове правопорушення, суб'єкт господарювання порівнює вигоди, які він одержує від приховування реального рівня одержуваних доходів, і ризики, пов'язані з викриттям такого приховування. Отже, необхідно підвищити відповідальність за податкові правопорушення.

Відмітимо, що за умов високого рівня корупції в країні в результаті зменшення податкового навантаження й посилення штрафних санкцій за порушення податкового законодавства позитивні зміни в поведінці суб'єкта господарювання в процесі адміністрування податків не спостерігатимуться. Тому зменшення рівня корупції в країні – один із першочергових заходів на шляху до вдосконалення системи адміністрування податків [3, с. 97].

Пропонуємо такі заходи запобігання проявам корупції:

– зведення до мінімуму безпосереднього спілкування платників податків із посадовими особами фіскальних органів за рахунок більш активного використання новітніх комп'ютерних технологій у процесі адміністрування податків;

– облаштування приміщень прозорими стінками для посадових осіб, які працюють із відвідувачами;

– посилення кримінальної відповідальності за корупційні діяння як для працівників ДФСУ, так і для платників податків;

– проведення спеціальних занять, які спрямовані на формування морально-етичних установок щодо неприпустимості здійснення корупційних правопорушень (конференції, круглі столи, семінари) [4, с. 16].

Після прийняття Податкового кодексу України загальний рівень податкового навантаження в Україні суттєво не знизився, хоча цей законодавчий акт і передбачає зниження ставок основних бюджетоутворюючих податків (податку на прибуток підприємств – із 25% до 16%, ПДВ – із 20% до 17%).

Зниження ставок є привабливим для суб'єктів господарювання, окрім того, це має сприяти зниженню рівня тіньової економіки, стимулювати розвиток і ділову активність підприємницьких структур, що є основою фінансового потенціалу країни. Однак, з іншого боку, ураховуючи той факт, що податкові надходження забезпечують понад 80% доходів зведеного бюджету України, виникає питання щодо компенсації втрат бюджету від такого зниження ставок.

Ураховуючи передовий досвід країн – членів ЄС, тобто застосування диференційованих ставок податку залежно від соціальної ваги товарів і послуг, можна запропонувати чотири ставки оподаткування:

– 0%, за якою й надалі оподатковуватимуться експортні операції;

– знижена ставка – для оподаткування операцій із купівлі-продажу товарів першої необхідності (сільськогосподарської продукції, хлібобулочних виробів та інших продуктів харчування);

– підвищена ставка – для оподаткування операцій із купівлі-продажу предметів розкоші (ювелірних виробів, елітних транспортних засобів, хутряних і шкіряних виробів, новинок техніки тощо);

– основна ставка (на рівні 20%) – для оподаткування всіх інших операцій із купівлі-продажу товарів і послуг.

Вважаємо, що застосування таких диференційованих ставок оподаткування сприятиме збалансованості надходжень до бюджету від адміністрування ПДВ і відповідатиме принципу соціальної спрямованості податкового законодавства.

Також раціональним було б запровадження прогресивної системи оподаткування

доходів громадян (базова ставка ПДФО – 15% і 17% – ставка, за якою оподатковуються доходи, що перевищують десятикратний розмір мінімальної заробітної плати, установленої законом на 1 січня звітного податкового року), оскільки за вищою ставкою оподатковуються доходи заможних верств населення.

Що стосується умови надання та розміру податкової соціальної пільги, слід підвищити межу доходу, до якої платник податку має право застосовувати цю пільгу, зокрема, за рахунок підвищення розміру прожиткового мінімуму шляхом адекватного визначення вартості споживчого кошика для задоволення основних потреб людини.

Під час справляння ПДФО необхідно враховувати досвід країн ЄС, у яких оподаткуванню підлягає спільний дохід сім'ї з урахуванням кількості утриманців. Наприклад, у Франції платникам податку присвоюють такі коефіцієнти:

– 1 – самотнім особам без дітей;

– 2 – одруженим особам без дітей;

– коефіцієнт 3 – подружжю з однією дитиною;

– коефіцієнт 3,5 – подружжю з двома дітьми;

– коефіцієнт 4 – подружжю з трьома дітьми.

Тоді податок на доходи фізичних осіб визначають за таким алгоритмом:

1) загальну суму сімейного доходу ділять на відповідний коефіцієнт;

2) обчислюють податок за ставкою, передбаченою для цього рівня доходів;

3) одержану суму множать на той самий коефіцієнт, що й у пункті 1.

У Великій Британії та Німеччині платники податку мають право обирати, оподатковувати доходи подружжя спільно чи відокремлено.

Удосконалення системи адміністрування податків повинне й надалі здійснюватися в напрямі вдосконалення процедур обліку платників податків і податкових платежів.

Дуже часто на практиці трапляються випадки реєстрації фірм, що мають ознаки фіктивності. На діяльності таких фірм будується більшість схем ухиляння від оподаткування та відмивання «брудних» грошей. Здебільшого такі фірми реєструються на осіб, паспорти яких були викрадені чи загублені. Такі фірми можуть укладати фіктивні угоди про придбання продукції, виконання робіт, оплату послуг тощо.

Для зменшення ймовірності реєстрації фіктивних фірм на основі чужих документів доцільно створити налагоджену систему оперативного обміну інформацією про втрачені документи між органами внутрішніх справ і фіскальними органами та визначити обмежене коло осіб, які матимуть доступ до таких баз даних.

Слід спростити форми податкової звітності. У міжнародній практиці застосовуються максимально спрощені форми декларацій, у яких зазначаються лише ті показники, що мають значення для визначення суми податку, яку треба сплатити. В Україні ж форми податкової звітності містять максимальну кількість даних, які слугують основою для подальшого контролю з боку фіскальних органів.

Позитивним моментом є можливість подання звітності засобами електронного зв'язку, однак на практиці процедури подання електронної звітності поки що є недосконалими. Саме тому процеси автоматизації та комп'ютеризації, які застосовуються в адмініструванні податків, потребують удосконалення та посилення за рахунок запровадження новітніх технологій.

Крім того, удосконалення потребують процедури податкового контролю. Якщо в європейських країнах податковий контроль проводиться з метою здійснення попереджувальних заходів, то в Україні – із метою виявлення фактів несвоєчасності чи неповного виконання податкових зобов'язань. Тому необхідно посилити контрольні дії за діяльністю тих платників, щодо яких були встановлені факти порушення податкового законодавства, і звести до мінімуму випадки втручання фіскальних органів у підприємницьку діяльність законослухняних платників податків.

Висновки

Отже, удосконалення системи адміністрування податків має відбуватися в таких напрямах:

– налагодження партнерських взаємовідносин між фіскальними органами та платниками податків;

– зниження загального рівня податкового навантаження;

– посилення відповідальності як платників податків, так і податкових органів за недотримання податкового законодавства;

– боротьба з корупцією в країні;

– адміністрування ПДВ за диференційованими ставками;

– оподаткування ПДФО спільних доходів сім'ї;

– перегляд розмірів і умов надання податкових соціальних пільг у результаті підвищення розміру прожиткового мінімуму за рахунок збільшення вартості споживчого кошика для задоволення основних потреб людини;

– удосконалення облікової роботи фіскальних органів;

– посилення автоматизації процесу адміністрування податків;

– покращення якості обслуговування платників податків.

Таким чином, удосконалення системи адміністрування податків має базуватися на подальшому розвитку партнерських взаємовідносин між платниками та податковими органами, у результаті чого конституційний обов'язок громадян сплачувати платежі податкового характеру буде трансформований із примусового на добровільний.

Список використаних джерел:

1. Ільяшенко В. Удосконалення системи адміністрування податкових платежів до державного бюджету. Ефективна економіка. URL: http://www.economy. nayka.com.ua/?op=1&z=1953.
2. Паславська Р. Основні напрями реформування вітчизняної системи адміністрування податків. Формування ринкової економіки в Україні: науковий збірник. Львів: ЛНУ ім. І. Франка, 2014. Вип. 31. Ч. 2. С. 135–140.
3. Податкова система: навчальний посібник. Київ: Центр учбової літератури, 2015. 416 с.
4. Попова В. Удосконалення структурно-організаційної моделі податкової політики в умовах євроінтеграції. Економіка. Фінанси. Право. 2016. Вип. 11. С. 15–18.

В статье определены цели совершенствования системы администрирования налогов в Украине; выделены модели взаимоотношений государства и налогоплательщиков в соответствии с мировой практикой; предложены меры и пути совершенствования системы администрирования налогов, в частности устранение проявления коррупции.

Ключевые слова: налоги, налогоплательщики, пути совершенствования системы администрирования налогов, модель доминирования плательщика, предотвращение проявлений коррупции.

The article defines the goals of improving the system of tax administration in Ukraine; highlighted the model of relations between the state and taxpayers in accordance with international practice; proposed measures and ways to improve the system of tax administration, in particular the establishment of corruption.

Key words: taxes, taxpayers, ways to improve the system of tax administration, model of payer domination, prevention of corruption.

УДК 338.23

Наталія Похил,
студентка магістратури
Інституту післядипломної освіти
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ШЛЯХИ МОДЕРНІЗАЦІЇ ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВОГО ДЕРЖАВНОГО ПЕНСІЙНОГО СТРАХУВАННЯ ТА НЕДЕРЖАВНОГО ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В УКРАЇНІ

У статті висвітлено провідну роль страхового принципу в соціальному страхуванні. Досліджено напрями модернізації загальнообов'язкового державного пенсійного страхування. Запропоновано шляхи зміни та покращення недержавного пенсійного забезпечення в Україні.

Ключові слова: пенсійне страхування, пенсійна система, реформування системи пенсійного забезпечення, фінансова стабільність, економічний розвиток.

Постановка проблеми. Ключовим напрямом соціального забезпечення в Україні, згідно із Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», є пенсійна система як основа матеріального стану непрацюючих громадян. Обов'язком держави в цьому напрямі є певні організаційні заходи, які дають змогу поетапно, з урахуванням особливостей бюджетного наповнення, досягти відповідного рівня пенсійного забезпечення цієї категорії населення.

Недосконаліть пенсійної системи України, на жаль, сьогодні є надзвичайно актуальним питанням, адже створення належної трирівневої системи пенсійного забезпечення так і не відбулося.

Проблеми пенсійного забезпечення завжди були в центрі уваги соціологів, політологів, філософів, економістів. Методологічні та прикладні питання проблеми соціального захисту населення та його залежності від розвитку й інституціоналізації економіки в цілому ставали предметом досліджень української наукової школи, значний внесок у формування якої зробили А. Бабенко, Б. Зайчук, Е. Лібанова, Б. Надточій, В. Новиков, Л. Ткаченко й ін.

На сучасному етапі розвитку економічних відносин важливим є визначення перспективних напрямів удосконалення солідарної системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування з урахуванням досвіду країн із розвинутою та трансформаційною економікою, пріоритетів соціально-економічного розвитку країни, сучасних макроекономічних тенденцій і демографічної ситуації. Із метою збалансування бюджету пенсійного фонду доцільним є посилення обґрунтованості підходів до механізму формування бюджету солідарної системи державного пенсійного страхування.

Метою статті є обґрунтування шляхів модернізації загальнообов'язкового державного пенсійного страхування та недержавного пенсійного забезпечення в Україні.

Виклад основного матеріалу. Упродовж періоду незалежності системі державного пенсійного забезпечення належить основна роль у забезпеченні матеріального добробуту значної частини населення України. Незважаючи на те, що під час реформування пенсійної системи запроваджене недержавне пенсійне забезпечення, воно не має відчутного впливу на соціальне становище в країні. Сьогодні виплати в межах державного пенсійного страхування слугують основним джерелом доходу для третини населення країни. Тож від ефективності виконання державним пенсійним страхуванням властивих йому функцій безпосередньо залежить соціально-економічний розвиток нашої країни.

Необхідність реформування системи пенсійного забезпечення зумовлена низкою факторів (економічних, демографічних, соціально-політичних). Особливо актуальне це питання в багатьох країнах світу, незалежно від рівня економічного розвитку, в умовах затяжної рецесії економіки й загострення проблем ефективності перерозподілу й соціальної справедливості. Це зумовлено як

© Н. Похил, 2018

демографічними факторами (старіння населення, зміна його вікової структури), так і економічними, пов'язаними з глобальною кризою.

Починаючи з 2004 р., із прийняттям Закону починає формуватися нова пенсійна система, яка дасть змогу забезпечити громадянам країни достатній соціальний рівень забезпечення після закінчення трудової діяльності. Саме реформування пенсійної системи дасть змогу встановити пряму залежність розміру майбутніх пенсійних виплат безпосередньо від кожної працюючої людини, а не лише від держави. Отже, це можливість для кожної працюючої людини забезпечити собі достатній рівень доходу після виходу на державну пенсію. Суть пенсійної реформи полягає в переході до трирівневої пенсійної системи, де третім рівнем є система недержавного пенсійного забезпечення [2, с.12].

Третій рівень системи пенсійного забезпечення ґрунтується на засадах добровільної участі громадян у формуванні пенсійних накопичень із метою отримання додаткових пенсійних виплат. Громадяни на власний вибір відкривають індивідуальний накопичувальний рахунок у будь-якому НПФ і вносять внески згідно з договором, укладеним з адміністратором НПФ.

Трирівнева пенсійна система гарантує, що кошти на рахунках Державного та недержавних пенсійних фондів є безпосередньою власністю пенсіонерів. Тому після досягнення пенсійного віку їм буде виплачуватися солідарна пенсія, а також додаткова пенсія з індивідуальних рахунків недержавних пенсійних фондів (третій рівень пенсійної системи) [2, с. 74].

Надзвичайно важливою проблемою є забезпечення стабільної діяльності пенсійної системи. Фінансова стабільність пенсійної системи залежить від низки факторів (стан розвитку економіки, рівень соціального податку, тобто тарифу страхових внесків або нарахування на фонд оплати праці, демографічне навантаження на працюючу частину населення, співвідношення середньомісячного розміру пенсії й середньомісячного розміру заробітної плати та наявність коштів у пенсійній системі).

Проте підвищення ставок відрахування до пенсійної системи не здатне розв'язати проблеми фінансової стабільності. Збільшення тарифу внесків (ставок) на пенсійне страхування є малоефективним, адже воно підвищує макроекономічний ризик і перешкоджає фінансовій стабільності в країні, сприяє зростанню інфляційних процесів, підвищенню цін на продукти та послуги, сприяє схильності до ухиляння від сплати внесків і збільшення частки тіньової економіки. Зростання демографічного навантаження на працюючу частину населення зумовлене негативними демографічними процесами (старінням населення та від'ємним природним приростом населення України). Низький рівень народжуваності, зниження питомої ваги молодих вікових груп до 16 років у поєднанні з очікуваним майбутнім збільшенням тривалості життя зумовлюватимуть зростання чисельності пенсіонерів і старіння нації. Збереження сучасних масштабів поширення пільгових пенсій і рівня безробіття призведе до того, що вже через 20–25 років кількість пенсіонерів зрівняється з кількістю працюючих, а з 2040 р. перевищить її [6]. Станом на 2017 р. на одного пенсіонера припадає лише 1,3 працюючого.

Збереження пенсійних накопичень і їх примноження за рахунок інвестиційного прибутку знаходиться в розпорядженні фінансових установ, що виконують функції з управління активами НПФ. Таким чином, від результативності роботи цих установ залежить спроможність фонду здійснювати пенсійні виплати.

Сутність корпоративних проблем полягає в тому, що немає єдності в роботі серед учасників. Так, ставлення до запровадження єдиного порядку визначення чистої вартості одиниці пенсійних внесків – це розрахункова вартість одиниці пенсійних внесків, що визначається шляхом ділення чистої вартості активів пенсійного фонду на загальну кількість одиниць пенсійних внесків на день підрахунку. Наявність такого порядку посилює довіру до системи НПФ, адже дає змогу вкладникам порівнювати діяльність різних фондів, бути в курсі того, що відбувається з їхніми пенсійними грошима, і на цій основі приймати обґрунтовані рішення. Світовий досвід засвідчує, що немає іншого шляху для завоювання довіри вкладників, аніж відкритість інформації та зрозуміла система оцінки результатів роботи фондів [5, с. 209].

Положення про порядок визначення чистої вартості активів НПФ не відповідає ані вимогам, ані потребам ринку ще з моменту його затвердження в 2004 р. Зміну його змісту поставлено в залежність від доопрацювання аналогічного положення з визначення вартості чистих активів ІСІ (інститутів спільного інвестування).

Крім того, слід приділити увагу й збільшенню пропозиції якісних інструментів інвестування для пенсійних фондів. Оскільки їхні активи мають довгостроковий характер, а акції більш стійкі до інфляції, ніж боргові інструменти, то варто дозволити підвищити частку акцій у портфелі НПФ до 60%.

Доречно дозволити пенсійним фондам купувати цінні папери інститутів спільного інвестування. ІСІ – це інвестиційні фонди та взаємні фонди інвестиційних компаній, корпоративні інвестиційні фонди та пайові інвестиційні фонди, створені відповідно до законодавства. Світова практика підтверджує, що таким чином зменшуються ризики управління коштами, до того ж ці фонди диверсифіковані, і НПФ завжди може вийти з них [1].

Найважливішою проблемою, що гальмує розвиток системи недержавного пенсійного забезпечення, є несприйняття її як альтернативи державній системі. Останніми роками замість комплексного розвитку всієї пенсійної системи йде однобічне нарощування ресурсів Пенсійного фонду (і це називається пенсійною реформою). При цьому коштів не вистачає, й у 2017 р. дефіцит ПФ становив, за попередніми підрахунками, 32%, і це при тому, що в Україні один із найвищих у світі обов'язкових зборів до ПФ, а середня пенсія за віком набагато менша, ніж у Європі.

Іншою проблемою, що стає на заваді поширенню цього виду фінансових послуг в Україні, є низька фінансова обізнаність населення, причому ступінь поширення фінансових послуг в Україні є нижчим порівняно з європейськими державами. Так, за результатами першого всеукраїнського соціологічного дослідження «Фінансова грамотність і обізнаність в Україні» було встановлено, що 39% населення нашої країни не мають банківських рахунків. Більшість громадян користуються лише базовими фінансовими послугами, серед яких оплата комунальних платежів через банк (72%), користування пластиковою карткою (68%), проведення платежів через термінали платіжних систем (38%). Однак населення практично не користується так званими інвестиційними послугами, зокрема такими фінансовими інструментами, як акції, облігації чи інвестування в недержавні пенсійні чи інвестиційні фонди. При цьому українці не зацікавлені в отриманні більшого обсягу інформації про фінансові продукти. Це пояснюється низкою причин (браком коштів для здійснення інвестицій, слабкою довірою до фінансової системи взагалі чи простим нерозумінням того, як користуватися фінансовими послугами).

Через нещодавню світову кризу довіра до фінансової системи була підірвана, а її повне відновлення можливе лише за умови підвищення фінансового освітнього рівня споживачів [3, с. 43].

Місце НПФ у структурі пенсійного забезпечення можна розглядати в двох аспектах:

– через механізм формування фінансових ресурсів і рух грошових потоків у цій системі;

– як показник активності клієнтів сфери НПЗ (недержавного пенсійного забезпечення).

Механізм руху грошових потоків у пенсійній системі через НПФ відіграє ключову роль у формуванні інвестиційних ресурсів для внутрішнього економічного розвитку країни. Запроваджувана пенсійна система повинна перерозподілити рух грошових потоків таким чином, щоб сформувати основні виплати та внески через другий і третій рівні.

Солідарна пенсійна система на сучасному етапі становлення формує основні пенсійні ресурси у вигляді обов'язкових внесків громадян і їх роботодавців. Високі ставки внесків змушують останніх приховувати фактичний фонд оплати праці, тим самим зменшуючи надходження до бюджету Пенсійного фонду, який стає дефіцитним. Виникає потреба компенсувати недостатні кошти на виплату пенсій сучасним пенсіонерам через Державний бюджет України. Запровадження другого й третього рівнів повинне вирішити проблему низьких пенсій і надати можливість громадянам отримувати пенсії, що відповідали б їх заробіткам у період трудової діяльності.

Для запровадження й функціонування обов'язкової накопичувальної системи в Україні необхідним є забезпечення таких умов:

– першочерговим і об'єктивним завданням є підвищення рівня заробітної плати застрахованих осіб і її детінізація. Оскільки внески до Накопичувального фонду відраховуватимуться безпосередньо із заробітної плати громадян, це не має негативно вплинути на реальний рівень доходів, що може бути забезпечено лише за рахунок зростання таких доходів;

– забезпечення економічного зростання в країні за щорічного збільшення ВВП не менше ніж на 2% [7];

– виплата пенсій у солідарній системі пенсійного страхування на рівні прожиткового мінімуму;

– збалансованість бюджету Пенсійного фонду України, що є однією з вимог Міжнародних стандартів бухгалтерського обліку, видатки на виплату пенсій у солідарній системі мають забезпечуватися за рахунок власних надходжень Фонду, тобто передбачають його бездефіцитність [7];

– формування інституційних складових частин накопичувальної системи (системи персоніфікованого обліку пенсійних накопичень, автоматизованого звітування про стан

накопичувальних пенсійних рахунків, системи акумуляції й обліку внесків, сумісної із системою електронних переказів банків) на основі інформаційних технологій взаємодії Пенсійного фонду, роботодавців, застрахованих осіб, компаній з управління активами, банку-зберігача та створення програмного забезпечення;

– використання досвіду роботи системи недержавного пенсійного забезпечення, який є необхідним насамперед для оцінювання ефективності механізму інвестування пенсійних активів, що є практично однаковим і в обов'язковій, і в добровільній накопичувальних пенсійних системах.

Система добровільного недержавного пенсійного забезпечення за пенсійними схемами з визначеними внесками вимагає менших адміністративних витрат. Основу такої системи становлять недержавні пенсійні фонди. Цей рівень пенсійної системи ґрунтується на засадах добровільної участі громадян, роботодавців та їх об'єднань у формуванні пенсійних накопичень із метою отримання громадянами пенсійних виплат [7], що буде доповненням до виплат із системи загальнообов'язкового пенсійного страхування (першого та другого рівнів).

Тенденції старіння нації змінюють співвідношення працездатних і пенсіонерів. В Україні за останні роки стрімко прискорюється процес старіння населення, що вкрай негативно впливає на параметри солідарної пенсійної системи. Наразі в Україні це співвідношення становить 68 пенсіонерів до 100 працюючих, тоді як у Франції – 35,9 до 100. Таке співвідношення працездатного й непрацездатного населення потребуватиме збільшення відрахувань на пенсійне забезпечення. Однією з причин швидкого збільшення кількості пенсіонерів є також прийняття низки законодавчих актів, що встановлюють пільговий вихід на пенсію, тому стрімко збільшується кількість пенсіонерів-пільговиків.

Одним із кроків запропонованої пенсійної реформи є підвищення пенсійного віку для жінок із 55 до 60 років, що вже виконано. Також уведене збільшення пенсійного віку для чоловіків, що працюють на державній службі, із 60 до 62 років. Чоловікам – науково-педагогічним працівникам збільшено до 62 років вік призначення пенсії за наявності стажу наукової праці не менше 20 років [7]. Ці заходи спрямовані на скорочення кількості пенсіонерів і зниження навантаження на Пенсійний фонд України.

Також як напрям збалансування Законом установлено максимальний розмір пенсії на рівні 10 прожиткових мінімумів для осіб, які втратили працездатність, тоді як раніше діяла норма законодавства, що передбачає максимальний розмір пенсії на рівні 12 прожиткових мінімумів. При цьому обмеження максимального розміру пенсії поширюється лише на пенсіонерів, яким вона призначатиметься після набрання чинності цим законом [7].

Законом визначено механізм уведення накопичувальної системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування й передбачено початок перерахування страхових внесків із року, в якому буде забезпечена бездефіцитність бюджету Пенсійного фонду. При цьому учасниками накопичувальної системи встановлюються особи, яким на дату введення системи виповнилося не більше 35 років. Розмір страхового внеску на дату впровадження системи встановлюється на рівні 2% бази нарахування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, передбаченого для таких учасників, із подальшим його щорічним підвищенням на 1% до 7% [4, с.50].

Висновки

Отже, можна говорити, що в цілому реформа всієї системи пенсійного забезпечення в країні знаходиться в критичному становищі. Суспільство її потребує, однак очікує «універсальних», соціально справедливих рішень від уряду, таких як підвищення рівня пенсійних виплат, удосконалення механізму їх нарахування згідно зі справедливим визначенням страхового стажу, рівня заробітної плати, зниженням віку виходу на пенсію. Як відзначається експертами Інституту, із боку суспільства не сформоване замовлення на структурну реформу пенсійної системи. Більше половини громадян країни (пенсіонери й ті, хто в найближчі 15 років може вийти на пенсію) поки що не готові управляти своїми пенсіями, наприклад, через накопичувальну систему й особисті пенсійні рахунки. Більшість населення продовжує перекладати відповідальність за реформування пенсійної системи на державу, підтримуючи солідарну систему пенсійного страхування, розраховуючи на державну пенсію як основне джерело виплат.

Таким чином, дослідження шляхів удосконалення, реформування пенсійної системи, їх упровадження мають першочергове значення.

Актуальність цих шляхів підвищується у зв'язку з тим, що вдосконалення пенсійної реформи відповідатиме вдосконаленню всієї економічної системи, тому що створення обов'язкового накопичувального фонду та системи недержавних пенсійних фондів

створить додаткові стимули для виходу економіки з тіні та сформує великий потенціал фінансових ресурсів для інвестування й розвитку економіки.

Список використаних джерел:

1. Демченко М. Сучасний стан та проблеми розвитку недержавного пенсійного забезпечення в Україні. Науковий вісник НЛТУ України. 2016. Вип. 20.9.

2. Зайчук Б. Система пенсійного забезпечення: сьогодні і завтра: Коментар застосування Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування».Київ: Формат, 2009. 352 с.

3. Панченко І. Недержавне пенсійне забезпечення в Україні: стан і перспективи розвитку. Управління розвитком–2015. № 5 (102). С. 43–44.

4. Соколик М. Методологія моделювання пенсійного забезпечення на заощаджувальних засадах. Економіка і прогнозування. 2013. № 1. С. 42–59.

5. Україна в 2005–2013 роках: стратегічні оцінки суспільно-політичного та соціально-економічного розвитку. Київ: НІСД, 2014. 756 с.

6. Урядовий портал. Єдиний веб-сайт органів виконавчої влади України «Павло Розенко: Зміни у виплатах працюючим пенсіонерам – тимчасові». URL: http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=248043652&cat_id=244276429.

7. Якимів А. Формування і розвиток системи пенсійного забезпечення в Україні. Львів: Вид-во «Афіша», 2003. 448 с.

В статье освещена ведущая роль страхового принципа в социальном страховании. Исследованы направления модернизации общеобязательного государственного пенсионного страхования. Предложены пути изменения и улучшения негосударственного пенсионного обеспечения в Украине.

Ключевые слова: пенсионное страхование, пенсионная система, реформирование системы пенсионного обеспечения, финансовая стабильность, экономическое развитие.

The article highlights the leading role of the insurance principle in social insurance. The directions of modernization of obligatory state pension insurance are investigated. The ways of changing and improving non-state pension provision in Ukraine are proposed.

Key words: pension insurance, pension system, reforming the pension system, financial stability, economic development.

УДК 346.544.2:[334.716:330.341.1]

Марина Садченко,
доцент кафедри фінансового права
та фіскального адміністрування
Національної академії внутрішніх справ

Ігор Крикунов,
студент магістратури
Національної академії внутрішніх справ

ПРОБЛЕМНІ КОНЦЕПЦІЇ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНДУСТРІАЛЬНИХ ТА ТЕХНОЛОГІЧНИХ ПАРКІВ

У статті досліджуються законодавчі та доктринальні підходи до визначення понять «індустріальний парк» та «технологічний парк», аналізується співвідношення і значення цих понять. Доведено, що ці поняття не варто використовувати як аналогічні.

Ключові слова: інвестиційна діяльність, індустріальний парк, технологічний парк, інвестиційний парк.

Постановка проблеми. Останніми роками в політичному та науковому середовищі точаться дискусії щодо створення зон зі сприятливим інвестиційним кліматом. Лунають різні терміни, покликані позначати такі зони, але останнім часом дедалі частіше вони включають слово «парк»: інвестиційний парк, індустріальний парк, технологічний парк тощо. Нині чинними є Закони України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» та «Про індустріальні парки». Є законопроекти, покликані врегулювати діяльність інвестиційних парків. Разом із тим немає загальної концепції правового регулювання подібних зон, а порівняльний аналіз дає підстави стверджувати, що те, що вкладають у поняття таких зон в Україні, доволі відрізняється від аналогічних зарубіжних понять. Таким чином, є нагальна потреба в комплексному аналізі правового регулювання зон сприятливого інвестиційного клімату в Україні, який повинен починатися з аналізу відповідних понять.

Стан наукового розроблення. Останніми роками у зв'язку з розробленням та прийняттям нормативно-правових актів, пов'язаних із правовим регулюванням зон сприятливого інвестиційного клімату (у 2013 році було прийнято Закон України «Про індустріальні парки», на розгляді перебуває низка законопроектів), з'явилося немало досліджень, пов'язаних з індустріальними, інвестиційними, технологічними парками. Серед дослідників, які займались цією проблемою, слід виділити таких науковців, як Л.Я. Беновська, О.М. Бойко, О.В. Марчишинець, С.М. Марчишинець, Н.Т. Рудь, Ю.В. Чириченко. Однак їх дослідження, як правило, охоплювали певні аспекти створення та функціонування таких зон або стосувалися доцільності їх створення в Україні.

Метою статті є відмежування поняття «індустріальний парк» від суміжних понять.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до Закону України «Про індустріальні парки», індустріальний (промисловий) парк (далі – індустріальний парк) – визначена ініціатором створення індустріального парку відповідно до містобудівної документації облаштована відповідною інфраструктурою територія, в межах якої учасники індустріального парку можуть здійснювати господарську діяльність у сфері переробної промисловості, а також науково-дослідну діяльність, діяльність у сфері інформації і телекомунікацій на умовах, визначених цим Законом та договором про здійснення господарської діяльності у межах індустріального парку. Разом із тим Закон України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» містить таке визначення: «технологічний парк (технопарк) – юридична особа або група юридичних осіб (далі – учасники технологічного парку), що діють відповідно до договору про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів з метою створення організаційних засад виконання проектів технологічних парків із виробничого впровадження наукоємних розробок, високих технологій та забезпечення промислового випуску конкурентоспроможної на світовому ринку продукції». Зіставлення цих двох визначень дає змогу дійти низки невтішних висновків.

© М. Садченко, І. Крикунов, 2018

По-перше, ці два визначення стосуються подібних понять – парків різних категорій, однак визначають ці поняття принципово по-різному. Відповідно до чинного законодавства, індустріальний парк – це територія, а технологічний парк – це група осіб. Однак такі відмінності не можна визнати такими, що існують спеціально та показують відмінності між цими двома поняттями. Скоріше, тут ідеться про відсутність системного підходу у правовому регулюванні. Разом із тим наявність такого підходу є дуже важливою, оскільки те, яким чином визначаються дані поняття, має істотне значення. Якщо визначати індустріальні та технологічні парки як територію, тоді діяльність з їх створення повинна включати саме облаштування території, підведення комунікацій тощо; цю діяльність можна віднести до сфери будівництва, коли створюється ділянка, пристосована для виконання певних функцій, а потім особи, які хочуть скористатись нею, укладають, наприклад, договори оренди або інші види договорів про співробітництво. Відповідно, можна говорити і про те, які саме договори укладатимуться з інвесторами: це будуть похідні договорів про використання території. Якщо ж визначати індустріальні та технологічні парки як сукупність осіб, то створення облаштованої певним чином території з провідної діяльності зі створення такого парку стає другорядною, а створенням парку слід вже вважати підбір кола зацікавлених осіб, які, цілком можливо, візьмуть на себе облаштування території та інші, суто організаційні функції.

У першому випадку функції ініціаторів створення парку полягають у підготовці облаштованої території, яку учасники парку зможуть якнайшвидше використовувати; у другому випадку функції ініціаторів створення парку обмежуються пошуком учасників.

По-друге, можна легко помітити, що ці два визначення практично не дають можливості провести розмежування понять «індустріальний парк» та «технологічний парк» за видами діяльності, які у них здійснюються. Адже, виходячи з визначень, і в технологічному, і в індустріальному парку здійснюються:

а) науково-дослідна діяльність;

б) виробниче впровадження результатів науково-дослідної діяльності;

в) діяльність у сфері інформації і телекомунікацій (високих технологій);

г) діяльність у сфері промислового виробництва.

Таким чином, аналіз вищенаведених визначень дає змогу дійти висновків, що хоча чинне законодавство не використовує поняття «технологічний парк» та «індустріальний парк» як синонімічні, однак по суті вони є синонімічними, оскільки розмежувати їх не вдається. Можна було б уявити, що у технологічному парку відбуваються розробки інноваційних технологій та їх апробація, а в індустріальному акцент робиться на виробництві, проте таке розмежування – це виключно припущення. Принагідно слід зауважити, що чинне законодавство містить також поняття «науковий парк», якому якраз доручається функція науково-дослідної діяльності та створення нових технологій, а також що наявні законопроекти оперують ще поняттям «інвестиційний парк», під яким слід розуміти частину території України, на якій встановлюються і діють спеціальний правовий режим підприємницької діяльності та порядок застосування і дії законодавства України.

Для того щоб розібратись та розмежувати всі ці поняття, необхідно звернутись до історії та мети існування таких парків.

Перший ІП був створений в Манчестері в Англії ще у 1896 р. Ернстом Холі, який, придбавши близько 10 га землі, створив транспортну та інженерну інфраструктуру та почав здавати в оренду підготовлені майданчики промисловим компаніям. У минулому столітті ІП почали активно створюватися в Європі та США переважно у великих містах, транспортних та промислових зонах. Лише в Німеччині функціонувало більше 200 ІП, у США – 400 ІП. Прикладами успішного функціонування ІП є індустріальні парки Великобританії (Milton Park), Фінляндії (Key East Business Park), США (Wilmilgton Industrial Park), Німеччини (Frankfurt-Hochst) тощо. Останніми роками індустріальні парки почали активно створюватись в Азії, колишніх постсоціалістичних країнах. Така значна популярність індустріальних парків була зумовлена тим, що вони є зручними для впровадження інноваційних технологій. Адже в індустріальному парку є місце і для науково-дослідної роботи, і для перевірки її результатів на практиці, у виробництві, і для налагодження каналів збуту і промислового виробництва інновацій, які вже пройшли випробування. Якщо ж викреслити з цього ланцюга інновації, то індустріальні парки стають цікавими хіба що для дрібного виробництва, наприклад, окремих запчастин або елементів. Такі маленькі виробництва могли б об'єднатися в індустріальному парку замість того, щоб об'єднуватись, наприклад, в один великий завод.

Однак провідним напрямом діяльності, який зумовив надзвичайну поширеність та

ефективність індустріальних парків, стала саме інноваційна діяльність. Бурхливий розвиток технологій зробив інновації значною конкурентною перевагою. Це варто мати на увазі, оцінюючи доцільність запровадження індустріальних парків в Україні та особливості їх правового регулювання.

Технопарки являють собою особливу форму організації процесу «наука – виробництво – споживання» і водночас науково-виробничий територіальний комплекс, який має необхідну інфраструктуру. До технопарку входять наукові установи, впроваджувальні організації, підприємства наукомістких і високотехнологічних виробництв, установи, які пов'язані з підготовкою і перепідготовкою кадрів. При цьому територіальні параметри, структурні співвідношення між складовими елементами, форми поєднань і кооперації можуть відрізнятися залежно від конкретної мети й умов діяльності.

Основна мета технопарків – досягнення тісного територіального зближення між необхідною для наукових досліджень матеріальною базою, що належить промисловому виробництву, та людським компонентом наукового потенціалу регіону, що формує максимально сприятливі умови для розвитку інноваційного процесу [1].

За визначенням Міжнародної асоціації технологічних парків, технологічний парк є організацією, що керується спеціалістами, головною метою яких є підвищення добробуту місцевої спільноти шляхом просування інноваційної культури, а також конкуренції інноваційного бізнесу і наукових організацій. Для досягнення цієї мети технопарк керує потоками знань і технологій між університетами, науково-дослідницькими інститутами, компаніями і ринками. Надаючи інкубаційні послуги новим інноваційним компаніям, технопарк полегшує їх створення і зростання [3].

Таким чином, аналіз того, що розуміють як технологічний парк, дає змогу переконатись у тому, що це поняття є синонімічним поняттю «індустріальний парк».

Якщо проаналізувати наведене вище визначення інвестиційного парку, то стає зрозумілим, що законодавець хибно розуміє сутність та мету існування індустріальних парків. Цей висновок підтверджується аналізом правового регулювання створення та діяльності індустріальних парків. Вважаємо, що законодавець вбачає в них ще одну заміну вільним економічним зонам, які раз за разом показували свою неефективність, після чого змінювали назву та продовжували існувати з корупційними цілями – як офшорні зони, оскільки основною їх особливістю були податкові пільги. Аналіз умов, на яких сьогодні існують індустріальні парки в зарубіжних країнах, показує, що якраз податкові пільги зараз використовуються рідко та не сприймаються бізнесом як істотна перевага. Значно більше цінується наявність вже готової інфраструктури, ймовірних партнерів, яких не треба шукати, можливість взяти на пільгових умовах цільовий кредит або отримати грант від держави, відсутність ввізних мит на устаткування. І головна мета існування індустріальних парків – це розвиток інноваційних технологій та їх запровадження у виробництво, тобто залучення інвестицій цінується не як таке, не як грошові кошти, залучені в економіку країни, а як інструмент для запровадження нових технологій та збагачення країни за їх допомогою.

В Україні ж деякі дослідники, зокрема й автори відповідних законопроектів, розглядають індустріальні парки як чергову варіацію ЗВТ або СЕЗ та пропонують зменшення податків як основну преференцію для учасників таких парків. Це призводить до того, що такі парки цікавлять не стільки справжніх інвесторів, скільки корупціонерів, які збільшують свої прибутки таким чином. Отже, для того щоб відійти від такого хибного розуміння, слід проаналізувати, якими є особливості індустріальних парків у зарубіжних країнах.

Серед ІД існує поділ *за типом виробничих майданчиків*. Так грінфілд – це нові парки, побудовані з нуля, а браунфілд – це старі, що виникли на місці колишніх промислових зон. На думку фахівців, ІП типу грінфілд будуть привабливими переважно для великих компаній, що шукають площі для забудови промисловими спорудами під свої специфічні потреби. До таких парків найчастіше залучають іноземних інвесторів.

Щодо ІП типу браунфілд, це найчастіше приватні індустріальні парки, що уже мають певну інфраструктуру, що вибудувалась протягом останнього часу. Вони викликають інтерес у невеликих компаній, виробничі комплекси яких можуть розміщуватися у стандартних приміщеннях.

За правом власності ІП поділяють на муніципальні та приватні. Найбільш ефективними є муніципальні, основною ціллю яких є не отримання прибутку від проекту чи оренди землі, а залучення інвесторів, що згодом сплачуватимуть податки та створюватимуть нові робочі місця. Приватні ІП часто мають спекулятивний характер. Вони повинні повернути вкладені в інфраструктуру кошти, тому ціни на послуги у них, як правило, є вищими. До таких парків ставляться вищі вимоги щодо рівня ефективності діяльності суб'єктів господарювання.

За галузевою структурою ІП розділяють на універсальні та спеціалізовані. Серед резидентів універсальних парків – підприємства різних компаній, що не пов'язані між собою технологічними процесами. Єдиним критерієм є те, що підприємства не повинні вступати в протиріччя в плані екології. Спеціалізовані парки, у свою чергу, бувають двох видів. Згідно з першим видом, один якірний резидент підбирає під себе компанії із супутнім бізнесом, згідно з другим – відбувається інтеграція незалежних один від одного компаній, що працюють в одній галузі.

У світовій практиці функціонування ІП можна виділити дві основні *моделі управління* ІД. Згідно з першою моделлю, управління ІП здійснюється управляючою компанією, що надає підприємствам не лише площадки для розміщення виробництва, але й необхідну інфраструктуру та послуги. Згідно з другою моделлю, дрібні індустріальні парки не управляються спеціальною компанією, а фірми, що розмістили виробництво на єдиній території, надають усі необхідні послуги та залучають підприємства зі сторони.

Також у світовій практиці інколи індустріальні парки ототожнюють із такими поняттями, як: технопарки, особливі економічні зони, особливі промислові зони, спеціальні економічні зони тощо. Однак в Україні поняття «індустріальний парк» є окремо визначеним. Індустріальні парки в нашій державі будуються за європейською моделлю технопарків, для якої характерні такі особливості: централізовано розвинена і керована територія з виробничими, складськими, офісними будівлями, відповідними комунікаціями, інфраструктурою та здійсненням науково-дослідної діяльності [2]. Таким чином, можна стверджувати, що оскільки поняття індустріальних парків запозичене із зарубіжного досвіду, то не варто розділяти синонімічні поняття «індустріальний парк» та «технологічний парк».

Можна припустити, що український законодавець прагнув розділити зарубіжне поняття «індустріальний парк» та два різних поняття – «технологічний парк», який передбачає розробку та впровадження у виробництво інноваційних технологій, та «індустріальний парк», який може й не містити інноваційного складника, а просто є територією виробництва. Однак такий підхід не витримує критики, оскільки, по-перше, не ґрунтується на чинному законодавстві, в якому немає такого розмежування, а по-друге, не відповідає потребам держави, адже сьогодні Україна в технологічному плані має просуватися вперед, аби вироблена в нашій країні продукція стала конкурентоспроможною. Розвиток виробничих зон без інновацій не буде ефективним.

Висновки

Таким чином, вважаємо за доцільне змінити підхід до правового регулювання створення та діяльності індустріальних парків та об'єднати поняття «індустріальний парк» та «технологічний парк» в один об'єкт правового регулювання. Цей об'єкт варто визначити подібно до того, як зараз його визначено в Законі України «Про індустріальні парки», тобто з тієї позиції, що індустріальний (технологічний, промисловий) парк – це територія, обладнана певним чином, на якій діють певні заохочувальні механізми, визначені законом. Такий парк має право здійснювати такі види діяльності:

а) науково-дослідницьку (включно з виготовленням прототипів та їх випробуванням);

б) інформаційну (включно з виданням часописів, де публікуватимуться наукові матеріали);

в) виробничу.

Ініціатори створення індустріального (технологічного, промислового) парку мають право обмежити ті галузі виробництва, діяльність у яких охоплюватиметься парком. У парку не обов'язково повинні здійснюватися всі допустимі види діяльності; відповідно, у його назві це може певним чином позначитися, наприклад: «Промисловий парк «Сонечко» не проводитиме науково-дослідницької діяльності, а «Технологічний парк «Сонечко», навпаки, заохочуватиме перш за все інноваційну діяльність. Однак для цілей правового регулювання поняття «індустріальний парк», «технологічний парк» та «промисловий парк» варто вважати синонімічними, про що має бути чітко зазначено в Законі.

Разом із тим поняття «інвестиційний парк» пропонуємо вилучити з правового поля, оскільки інвестиції як такі не можуть слугувати об'єднувальним критерієм для учасників парку. Сьогодні у плані залучення інвестицій значно ефективнішими є інвестиційні форуми, на яких потенційним інвесторам пропонують різноманітні проекти, які потребують залучення інвестицій. Такі форуми вже показали свою ефективність у Києві, де на засадах державно-приватного партнерства реалізується низка проектів. Але парк, у якому ці проекти постійно знаходитимуться поруч, не може бути досить мобільним, щоб постійно залучати інвестиції, оскільки проект, який вже знайшов своїх інвесторів, не можна видалити з парку, де він реалізовується.

У подальшому вважаємо за доцільне зосередитись на дослідженні загальної концепції правового регулювання індустріальних парків, яка, на нашу думку, потребує вдосконалення.

Список використаних джерел:

1. Намченко А.Б., Намченко Т.Б. Особливості розвитку технопарків в Україні. Кіровоградський національний технічний університет, 2011. URL: http://www.kntu.kr.ua/doc/zb_19_ekon/stat_19/51.pdf
2. Осадча Н. Проблемні аспекти інвестиційної діяльності в індустріальних парках. Вісник Тернопільського національного економічного університету. 2014. Вип. 4. С. 63–74.
3. Тельнов А.С., Гончарук В.В. Технологічні парки: проблеми та перспективи розвитку. Вісник Хмельницького національного університету. 2010. № 1. С. 35–41.

В статье исследуются законодательные и доктринальные подходы к определению понятий «индустриальный парк» и «технологический парк», анализируется соотношение и значение этих понятий. Доказано, что эти понятия не стоит использовать как аналогичные.

Ключевые слова: инвестиционная деятельность, индустриальный парк, технологический парк, инвестиционный парк.

The article examines legislative and doctrinal approaches to the definition of the concepts of "industrial park" and "technological park", analyzes the relation and significance of these concepts. It is proved that these concepts should not be used as similar.

Key words: investment activity, industrial park, technology park, investment park.

УДК 343.9.02:343.37

Валерій Таціенко,
канд. юрид. наук,
докторант відділу докторантури та ад'юнктури
Національної академії внутрішніх справ

АКТУАЛЬНІСТЬ ДОСЛІДЖЕННЯ ПИТАНЬ ПРОТИДІЇ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНІЙ ЕКОНОМІЧНІЙ ЗЛОЧИННОСТІ

Статтю присвячено питанням протидії транснаціональній економічній злочинності, необхідності подальших досліджень у цій сфері та виробленню відповідної наукової доктрини.

Ключові слова: злочинність, транснаціональна економіка, фінансові злочини, протидія.

Постановка проблеми. Транснаціональна економічна злочинність є прикладом того, як у наші часи злочинці всіх країн об'єднуються задля отримання надприбутків. Транснаціональна злочинність охоплює найбільш тяжкі види злочинів, такі як торгівля людьми, наркотрафік, торгівля зброєю, підробка грошових знаків, корупція, кібертероризм, відмивання доходів від злочинів, викрадення та вивезення предметів мистецтва тощо. Останнім часом усе частішають такі новітні транснаціональні злочини, притаманні сучасності, як кібертероризм, викрадення особистості й інші злочини у віртуальному просторі.

Численна практика протидії транснаціональній злочинності переконливо доводить, що злочинці, задіяні в цій сфері, не обмежуються одним видом злочину, натомість спеціалізуючись відразу на багатьох. Отже, гроші з кіберзлочинів, підробки грошей, торгівлі викраденими предметами мистецтва йдуть на фінансування терористичної діяльності, торгівлі людьми тощо.

Академічна наука нині, на жаль, відстає від реальності, а отже, поняття транснаціональної економічної злочинності в наукових розробках усе ще не є остаточно детермінованим. Більше того, не існує чіткого визначення меж і напрямів транснаціональної економічної злочинності. Це суттєво ускладнює науковий аналіз розглядуваного явища, а отже, немає можливості розробити чітку та прозору доктрину з питань протидії транснаціональній економічній злочинності. Тому необхідно розробити чіткі й послідовні дії з протидії цьому явищу.

Усе вищезазначене зумовлює актуальність обраної теми дослідження.

Питанню транснаціональної економічної злочинності та протидії таким злочинам приділяло увагу в роботах багато вітчизняних і зарубіжних учених. Серед них варто виділити праці В.С. Полянської, І.В. Крикунової (Шадрової), А.Ю. Чупрової, Д.Н. Юхновича, Є.В. Червонних та інших. Однак ще й нині не вироблено єдиної наукової доктрини, що розглядала б питання протидії транснаціональній економічній злочинності як єдиний комплекс заходів на території різних держав світу.

Метою статті є вивчення й аналіз питань, пов'язаних із практичною актуальністю досліджень питань протидії транснаціональній економічній злочинності та умов, що сприяють такій протидії.

Виклад основного матеріалу. Питання протидії транснаціональній економічній злочинності виникло досить давно, проте й нині воно не втрачає своєї актуальності.

Тривалий час проблема транснаціональної економічної злочинності не привертала до себе достатньої уваги ні на політичному, ні на науковому рівнях. Уважається, що інтерес до неї проявився лише на початку 1970-х рр., коли спалахи міжнародної злочинності отримали завдяки засобам масової інформації, широкого розголосу. Але, на нашу думку, не це стало причиною інтересу до цієї проблеми, а те, що транснаціональна економічна злочинність стала реальною загрозою для існування окремих держав, їхньої економіки й населення. Сутність цього явища як проблеми фахівці пояснюють збільшенням географічної віддаленості стосовно скоєння злочинів і частотою здійснення злочинцями операцій, що виходять за регіональні та національні кордони. Існує думка, що передумовами виникнення цього явища є тенденція до глобалізації сучасного соціально-економічного розвитку світового співтовариства, за якої взаємозалежність окремих національних господарств досягає рівня, за якого виникає якісно новий феномен – світова

© В. Таціенко, 2018

або глобальна економіка; і при цьому процес глобалізації стосується всіх сфер економічних відносин, змінюючи їх кількісні та якісні параметри. Процес глобалізації економіки якісно змінює й характер злочинності, яка все частіше пов'язана з порушенням законів більше ніж однієї країни [5, с. 193].

Як зазначає І.В. Крикунова (Шадрова), на початку XXI століття масштаби транснаціональної економічної злочинності на практиці досягли безпрецедентних масштабів, і це становить реальну загрозу як національній економічній безпеці нашої держави, так і безпеці світової економіки загалом [2, с. 11]. Тобто можна дійти висновків, що транснаціональна організована економічна злочинність у XXI столітті не тільки не була подолана, а й набула нового виміру – з'явилися нові види транснаціональної економічної злочинності. Більше того, деякі держави почали використовувати найсучасніший досвід транснаціональних злочинів для діяльності проти інших країн. Мова йде про такі злочини, як кібертероризм.

Активізація в останнє десятиліття боротьби з транснаціональною злочинністю дає вельми скромні плоди. Для більшої її ефективності різні держави світу мають спільно виробити комплекс заходів законодавчого, організаційного, соціального, морально-етичного характеру й наполегливо втілювати їх у життя, використовуючи в тому числі й примусові заходи впливу. Однак, хоча останнім часом посилилися тенденції зближення правових систем, що відображають інтеграційні процеси в економіці, істотні відмінності між системами права (в тому числі стосовно протидії економічним злочинам) усе ще зберігаються. Саме через це дуже складним процесом є створення міжнародних документів стосовно боротьби з міжнародною економічною злочинністю. Мова йде про відповідні конвенції Організації Об'єднаних Націй.

Відповідно до ч. 2 ст. 3 Конвенції ООН проти транснаціональної економічної злочинності від 15.11.2000 (ратифікована Україною 04.02.2004), злочин має транснаціональний характер за таких умов:

a) він учинений у більше ніж одній державі;

b) він учинений в одній державі, але істотна частина його підготовки, планування, керівництва або контролю має місце в іншій державі;

c) він учинений в одній державі, але за участю організованої злочинної групи, яка здійснює злочинну діяльність у більше ніж одній державі;

d) він учинений в одній державі, але його істотні наслідки мають місце в іншій державі [1].

Однак самого визначення терміна «транснаціональна економічна злочинність» Конвенція не надає, як не надає й вичерпного переліку тих злочинів, які підпадають під це визначення.

У Конвенції ООН проти транснаціональної економічної злочинності від 15.11.2000 також подано приблизний перелік злочинів, що підпадають під визначення «транснаціональна економічна злочинність», а саме:

1) участь в організованій злочинній групі (ст. 5 Конвенції);

2) відмивання доходів від злочинів (ст. 6 Конвенції);

3) корупція (ст. 8 Конвенції);

4) перешкоджання здійсненню правосуддя (ст. 23 Конвенції) [1].

Бачимо, що Конвенція не пояснює ані терміна «транснаціональна економічна злочинність», ані (вочевидь) того, які саме злочини входять до цього поняття. Це дуже ускладнює роботу відповідних органів під час розслідування економічних транснаціональних злочинів.

До того ж зауважимо, що Конвенція, описуючи конкретні заходи боротьби з транснаціональною економічною злочинністю, не враховує деяких факторів:

– певної кількості видів транснаціональної економічної злочинності, які нині являють собою велику проблему, проте не вказуються як саме транснаціональні економічні злочини (наприклад, контрабанда);

– нових транснаціональних злочинів, на кшталт кібертероризму, пов'язаних виключно з віртуальним простором.

Ми згодні з В.С. Полянською в тому, що, враховуючи надані Конвенцією ООН проти транснаціональної економічної злочинності від 15.11.2000 ознаки транснаціонального злочину, транснаціональну економічну злочинність можна визначити як злочинну діяльність у сфері легальної та нелегальної господарської діяльності, тобто у сфері виробництва, обміну, розподілу і споживання матеріальних благ і послуг, у тому числі під прикриттям легальної діяльності, що здійснюється у двох і більше державах, характеризується корисливими мотивами, плануванням і належною підготовкою злочинів, розвиненою структурою, наявністю спеціальної цілі – вчинення серйозних (тяжких) та особливо тяжких злочинів [3, с. 170]. Отже, в транснаціональної економічної злочинності можна виділити декілька ознак:

1) це господарська діяльність, тобто діяльність у сфері виробництва, обміну, розподілу та споживання матеріальних благ і послуг;

2) вона здійснюється у двох або більшій кількості країн;

3) її метою є отримання прибутків;

4) вона здійснюється зі спеціальною метою – вчинення серйозних (тяжких) та особливо тяжких злочинів. Тобто особи, які здійснюють цей злочин, усвідомлюють його небезпеку та протиправність і свідомо бажають настання відповідних тяжких наслідків;

5) ця діяльність може здійснюватися під прикриттям легальної діяльності.

Отже, можна дійти висновків, що протидія транснаціональній економічній злочинності може здійснюватися декількома шляхами:

1) шляхом викриття нелегальної господарської діяльності та юридичних осіб, що здійснюють прикриття такої діяльності;

2) шляхом запобігання перевезенню відповідної продукції через кордони різних держав;

3) шляхом перекриття каналів переведення грошей за таку господарську діяльність.

Зрозуміло, що найкращі результати можна буде отримати у випадку, коли всі ці заходи здійснюватимуться одночасно, але це передбачає складну координаційну роботу між усіма силовими департаментами й відомствами як усередині однієї країни, так і між відповідними службами різних держав.

Натепер через суттєву різницю в кримінально-процесуальному законодавстві різних держав виникають проблеми кримінально-процесуального характеру на стадії попереднього розслідування й судового розгляду. Отже, важливим засобом, що підвищує ефективність спільної діяльності правоохоронних органів з розслідування транснаціональних злочинів, стало б взаємне визнання як судових доказів не лише результатів проведення криміналістичних та інших експертиз, а й результатів проведення слідчих дій в інших країнах, розроблення єдиних міжнародних вимог до зібраних доказів. Окрім цього, на наш погляд, необхідно розглянути питання про доцільність створення з метою нейтралізації протидії злочинних структур і судового розгляду кримінальних справ про злочини, вчинені одночасно на території декількох держав, міжнародних трибуналів щодо організованої злочинності на базі ООН або інших міждержавних об'єднань, передусім країн-членів Європейського Союзу (далі – ЄС).

Органи ЄС, відзначаючи серйозну й дедалі зростаючу загрозу міжнародної організованої злочинності, насамперед економічної, самому існуванню ЄС, прийняли низку законодавчих актів, спрямованих на боротьбу з корупцією в приватному секторі економіки, відмиванням грошей, незаконною інсайдерською діяльністю, шахрайством, поставивши знак рівності між фінансовою й економічною злочинністю. Маються на увазі передусім такі нормативно-правові акти, як Council Directive 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering, EU Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, Directive 2003/6/Ec of the European Parliament And Of The Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse) тощо. Проте навіть у ЄС немає єдиної стратегії боротьби з транснаціональною економічною злочинністю, а отже, немає ефективної системи протидії такій злочинності.

Метою здійснення транснаціональних злочинів у сфері економіки є отримання прибутку. Це притаманне будь-яким видам транснаціональної злочинності (у тому числі таким, які не можна розцінювати як економічні), але цей аспект треба враховувати, коли мова йде про транснаціональну економічну злочинність. Перекриття надприбутків може призвести до скорочення й навіть припинення злочинних дій, оскільки злочинні дії стають неприбутковими. Це варто враховувати під час дослідження питань протидії транснаціональній економічній злочинності.

Мережа Інтернет, зокрема її невідстежувані частини (так званий «Даркнет»), численні надсучасні засоби зв'язку на кшталт «Вайбер», «Телеграм» тощо значно збільшили можливості встановлення приватних контактів між громадянами різних держав і навіть різних континентів. Тобто в транснаціональних організованих злочинних угруповань з'явилося більше нових можливостей для ведення незаконної торгівлі. У сучасних кризових умовах, у яких опинилася наша держава, це є вкрай небезпечним. Оскільки Україна є правовою державою, яка не має на меті обмеження користування мережею Інтернет, як це роблять такі авторитарні країни, як Російська Федерація та Китайська Народна Республіка, виникає питання щодо модернізації протидії транснаціональній економічній злочинності з боку вітчизняних правоохоронних органів.

Найважливішу проблему становить наявність у сучасному світі паралельної банківської системи, яка має необмежені можливості. Насамперед це пов'язано з очевидним спрощенням процесу відмивання кримінальних доходів. Сучасне законодавство засноване на отриманні інформації про підозрілі операції. Однак ця система перестає працювати в багатьох випадках здійснення трансакцій електронним шляхом. Особи, які

розміщують злочинні гроші в кіберпросторі, нерідко використовують для цієї мети неатрибутивні банківські карти, які не можуть застосовуватися для зняття або поповнення коштів на рахунку, однак на них можуть надходити грошові суми з інших карт. Перекази здійснюються з телефону, комп'ютера з виходом в Інтернет або шляхом запису таких карт в електронні гаманці, що переміщують кошти з однієї картки на іншу. Такі операції здійснюються безпосередньо без участі третіх осіб і є абсолютно анонімними. Гроші можуть зберігатися на карті або персональному комп'ютері й переводитися до тих пір, поки в сторін є карти. У банках про такі перекази не залишається жодної інформації. Основна небезпека в цьому випадку полягає в тому, що надаються широкі можливості для переказу будь-яких грошових сум через кордони і створюється паралельна банківська система, що дає змогу ігнорувати вимоги, якими супроводжуються традиційні перекази, і приховувати походження грошей. Наявні сьогодні програми для «виловлювання» й відстеження таких угод досить дорогі, вимагають постійного вдосконалення, вельми негативно сприймаються фінансовими інститутами, на які покладається основний тягар витрат. Найголовніше, вони не дають змоги досягти очікуваного ефекту [4, с. 148].

Отже, вбачається, що актуальними для нашої держави є такі напрями протидії транснаціональній злочинності:

1. Заклик усіх держав світу до значного оновлення Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної економічної злочинності від 15.11.2000 з включенням до неї злочинів, які нині визнані міжнародною спільнотою як транснаціональні економічні злочини. Передусім мова йде про такі злочини, як контрабанда та кібертероризм. В ідеалі на меті має бути створення відповідного міжнародного нормативно-правового акта, який охоплює всі напрями боротьби з транснаціональною економічною злочинністю. Також подібний єдиний нормативно-правовий акт варто прийняти на рівні ЄС та інших міждержавних об'єднань.

Крім цього, на нашу думку, потрібно увести єдину систему зібрання доказів стосовно транснаціональних злочинних угруповань. Коли діяльність транснаціональної злочинної групи викрито в декількох країнах, має слушність думка щодо створення міждержавного трибуналу з розгляду такого кримінального провадження. Це також має бути законодавчо оформлено на міжнародному рівні.

У цих нормативно-правових актах варто надати визначення транснаціональній економічній злочинності. Це визначення допоможе виробити єдину для всіх країн правову доктрину щодо протидії цьому загрозливому явищу.

2. Протидія кібератакам і кібертероризму. На жаль, можемо констатувати, що в цьому напрямі Україна поки що є майже беззахисною. Це потрібно якнайскоріше виправити, оскільки в разі загострення військових дій умовний противник може в лічені години паралізувати банківську систему країни, залишити громадян без світла, зв'язку тощо. Отже, варто значно більше уваги приділяти системам електронного спостереження, банківського контролю за протидією відмиванню грошей тощо.

3. Варто пам'ятати, що головною метою транснаціональних злочинів у сфері економіки є отримання прибутку. Отже, створення такого становища, в якому витрати на здійснення економічного злочину будуть перевищувати можливий прибуток, має стати головною метою протидії транснаціональній економічній злочинності.

4. Протидія транснаціональній економічній злочинності може здійснюватися декількома шляхами:

1) шляхом викриття нелегальної господарської діяльності та юридичних осіб, що здійснюють прикриття такої діяльності;

2) шляхом запобігання перевезенню відповідної продукції через кордони різних держав;

3) шляхом перекриття каналів переведення грошей за таку господарську діяльність.

Усі ці шляхи передбачають як координацію діяльності між різними департаментами й відомствами всередині держав, так і міждержавну взаємодію на різних рівнях.

Висновки

Транснаціональна економічна злочинність нині вважається одним із найзагрозливіших факторів, що руйнують світову економіку, призводять до бідності населення відповідних країн і провокують інші види злочинів. На жаль, можемо констатувати, що світ і досі не виробив дієвих стратегій боротьби із цим явищем. Отже, дослідження питань протидії транснаціональній економічній злочинності мають бути продовжені, оскільки їх актуальність із плином часу лише зростає.

Уважаємо, що подальші дослідження мають бути спрямовані на вдосконалення міжнародно-правового регулювання питань протидії транснаціональній економічній злочинності, а також на можливість для нашої країни зробити свій вагомий внесок у це питання, поліпшивши роботу власних структур, які задіяні в протидії цим видам злочинів.

Список використаних джерел:

1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної економічної злочинності від 15.11.2000 (ратифікована Україною 04.02.2004). Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789.
2. Крикунова (Шадрова) І.В. Транснаціональна економічна злочинність в умовах криміналізації глобалізаційних процесів. Молодий вчений. 2014. № 12 (1). С. 165–171.
3. Полянська В.С. Транснаціональна організована злочинність у сфері економіки: сутність та ознаки. Південноукраїнський правничий часопис. 2016. № 2. С. 167–170.
4. Чупрова А.Ю. Транснациональная экономическая преступность: вопросы противодействия. Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. 2009. № 1. С. 147–150.
5. Юхнович Д.Н. Транснациональная экономическая преступность: понятие, её виды и признаки. Актуальные проблемы российского права. 2015. № 4 (53). С. 192–195.

Статья посвящена вопросам противодействия транснациональной экономической преступности, необходимости дальнейших исследований в этой сфере и выработке соответствующей научной доктрины.

Ключевые слова: преступность, транснациональная экономика, финансовые преступления, противодействие.

The article is devoted to counteracting transnational economic crime and the need for further research in this field and the development of an appropriate scientific doctrine.

Key words: crime, transnational economy, financial crimes, counteraction.

УДК 342.2

Юлія Богомол,
студентка
Інституту післядипломної освіти
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ФУНКЦІЙ ДЕРЖАВИ

У науковій статті широко розкрито теоретико-правове поняття функцій держави. Охарактеризовано форми здійснення функцій держави. Розглянуто методи реалізації функцій держави. Розкрито ряд факторів, які впливають на ефективність функцій держави.

Ключові слова: функції держави, форми здійснення функцій держави, методи реалізації функцій держави, держава, напрям діяльності держави.

Постановка проблеми. Питання щодо функцій держави є одним із центральних у загальній теорії держави і права. Це зумовлено тим, що у функціях виявляється сутність держави, її соціальне призначення, цінність, місце у системі суспільних відносин. Функції, які здійснює держава, здебільшого визначають її структуру, механізм функціонування, особливості взаємодії з іншими суспільними інститутами. Саме через реалізацію певних функцій держава впливає на суспільство та виконує ті «приписи», які вона отримує від останнього, їх зазвичай називають суспільними цілями та завданнями діяльності держави.

Дослідження функцій держави дає можливість юридичній науці не лише сформувати цілісне уявлення про державу та право, а й виконувати основні завдання, насамперед організаційно-прогностичного характеру, оскільки головними цілями існування юридичної науки є створення умов для реалізації державою своїх функцій за допомогою права та притаманних останньому механізмів, а також їх удосконалення та розвитку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню поняття та ознак функцій держави тією чи іншою мірою присвячували свої наукові доробки О.М. Андрусенко, С.К. Бостан, В.В. Волинець, Є.О. Гіда, О.В. Зайчук, О.Л. Копиленко, Л.А. Луць, А.Д. Машков, В.В. Молдован, О.Г. Мурашин, Н.М.Оніщенко,О.В.Петришин,А.А.Письменицький, О.Ф. Скакун, Д.В. Федоркін та ін. Проте, незважаючи на вагомий науковий інтерес до розглядуваної проблематики у вітчизняних наукових колах, це питання потребує ґрунтовного доопрацювання та більш глибокого дослідження.

Метою статті є комплексний аналіз поняття «функції держави», виокремлення їхніх ознак.

Виклад основного матеріалу. Реалізація державою своїх функцій відбувається в певних формах. Під формами здійснення функцій держави в юридичній науці розуміють або особливі види діяльності державних органів щодо реалізації своїх владних повноважень, які визначаються насамперед місцем і компетенцією того чи іншого органу в державному механізмі, або однорідну за зовнішніми ознаками діяльність органів держави, яка пов'язана з реалізацією нею своїх функцій.

Виходячи з такого розуміння здійснення функцій держави, можна вести мову про наявність певних форм цієї діяльності, які визначаються за такими критеріями.

1. За критерієм специфіки виду діяльності, яку здійснює уповноважений державою орган у процесі реалізації належної функції, виокремлюють:

1) нормотворчу (в тому числі законодавчу) форму здійснення функцій держави, тобто діяльність уповноважених державою органів і посадових осіб щодо видання нормативно-юридичних актів;

2) виконавчу форму здійснення функцій держави, тобто діяльність уповноважених державою органів і посадових осіб щодо повсякденної, поточної роботи, пов'язаної з виконанням функцій держави;

3) судову форму здійснення функцій держави, тобто діяльність уповноважених державою органів щодо здійснення правосуддя;

4) контрольно-наглядову форму здійснення функцій держави, тобто діяльність уповноважених державою органів і посадових осіб щодо контролю виконання всіма суб'єктами, які перебувають у сфері юрисдикції держави, вимог чинного законодавства та покладених на них функцій [1, с. 58-59].

2. За характером діяльності уповноважених органів держави в процесі

© Ю. Богомол, 2018

реалізації її функцій всі форми здійснення функцій держави класифікують на:

1) правові, до яких слід віднести:

а) правотворчу форму, тобто діяльність уповноважених державою органів і посадових осіб щодо підготовки та видання нормативно-юридичних актів;

б) правозастосовну форму, тобто діяльність уповноважених державою органів і посадових осіб з реалізації нормативно-юридичних актів шляхом прийняття актів застосування права. Це повсякденна робота з виконання законів і вирішення різноманітних питань управлінського характеру шляхом здійснення правозастосовної діяльності;

в) правоохоронну форму, тобто діяльність уповноважених державою органів і посадових осіб щодо підтримання належного рівня правопорядку та законності у суспільстві, дотримання та виконання юридичними та фізичними особами вимог чинного законодавства, а також діяльність щодо попередження правопорушень і притягнення до юридичної відповідальності винних осіб тощо;

2) організаційні форми, до яких слід віднести:

а) організаційно-регламентуючу форму здійснення функцій держави, тобто поточну роботу, яка здійснюється відповідним органом чи посадовою особою, уповноваженими державою для забезпечення реалізації функцій держави шляхом підготовки проектів документів, їх прийняття та видання, організації та проведення виборів тощо;

б) організаційно-господарську форму здійснення функцій держави, тобто діяльність відповідних органів чи посадових осіб, уповноважених державою, яка пов'язана з матеріальним забезпеченням виконання функції держави (оперативно-технічна і господарська робота, зокрема, пов'язана зі збором та обробленням статистичних даних, з постачанням матеріально-технічних цінностей тощо);

в) організаційно-ідеологічну форму здійснення функцій держави, тобто діяльність відповідних органів чи посадових осіб, уповноважених державою, щодо роз'яснення змісту та значення діяльності держави у тій чи іншій сфері, дії, спрямовані на виховання й освіту соціальних суб'єктів з метою отримання з їхнього боку правомірної (насамперед, соціально активної) поведінки та позитивної оцінки дій, які здійснює держава тощо [2, с. 69-70].

Важливою характеристикою здійснення державою своїх функцій є ефективність її діяльності у процесі їх реалізації. При цьому слід мати на увазі, що ефективність – це одне з понять, які дають змогу оцінити те чи інше явище, дію з точки зору витрат для досягнення тієї чи іншої мети в контексті оцінки отриманого результату з урахуванням значення, яке має отриманий результат для певного суб'єкта (або суб'єкта, що діяв, або суб'єкта, який дає відповідну оцінку).

У такому разі зрозуміло, що ефективність функцій держави – це оцінка соціального результату, отриманого під час реалізації тих чи інших функцій, у співвідношенні з витратами з боку держави та суспільства у контексті цілей у процесі реалізації відповідних функцій.

Ефективність функцій держави залежить від багатьох факторів, головними серед яких є правильність визначення цілей, методів і засобів, які потрібно здійснити для виконання певної функції, достатність і забезпеченість матеріальними ресурсами та повноваженнями органів (посадових осіб), які залучаються державою для цього [1, с. 60].

Крім того, слід ураховувати, що оцінка ефективності дій держави (в тому числі її функцій) досить тісно пов'язана із суб'єктивними аспектами, тобто ідеологічними настановами, життєвим досвідом суб'єкта, який здійснює оцінку. Саме тому соціальними суб'єктами можуть бути дані різні оцінки ступеня ефективності діяльності держави у певній сфері.

Водночас слід мати на увазі, що, як правило, цілком досягнути цілей, поставлених перед державою суспільством чи правлячими соціальними групами (класами), у процесі здійснення нею відповідних функцій, як правило, неможливо. Йдеться зазвичай лише про ступінь наближення до поставлених цілей, отже, говорячи про ефективність здійснення державою своїх функцій, ми фактично визначаємо цей ступінь.

Питання ефективності виконання державою покладених на неї функцій полягає в тому, що саме через ефективність виконання державою покладених на неї функцій відбувається оцінка значення та ролі держави у суспільній структурі, визначаються напрями та форми її вдосконалення, врешті-решт дається загальна оцінка необхідності та цінності існування держави для окремої особи та суспільства в цілому.

Функції держави реалізуються за допомогою відповідних методів, способів і прийомів. їх розглядають як методи державного впливу на суспільство загалом і на соціального суб'єкта зокрема. Тобто під методами, що забезпечують реалізацію функцій держави, слід розуміти сукупність засобів, способів і прийомів діяльності

уповноважених державою органів та осіб (насамперед державних органів і посадових осіб), пов'язаних із цілеспрямованим або опосередкованим впливом на поведінку соціальних суб'єктів для вирішення завдань і функцій, які стоять перед державою [3, с. 50].

У методах реалізації функцій держави виражається її воля. Відповідно, ці методи мають державно-вольовий характер. Слід чітко розмежовувати функції держави та методи їх здійснення: функції держави – це напрям діяльності держави, а методи державного керівництва – це засоби, за допомогою яких здійснюється ця діяльність і, відповідно, досягаються цілі (вирішуються завдання), які стоять перед державою та породжують відповідні її функції.

Залежно від способу впливу на соціальних суб'єктів під час реалізації державою своїх функцій можна вести мову про методи переконання (в тому числі заохочення) та примусу.

Метод переконання – це метод впливу на соціальних суб'єктів для формування у них стійких та усвідомлених поглядів і уявлень, що забезпечують позитивні правові форми поведінки з боку цих суб'єктів, які покликані забезпечити реалізацію державою своїх функцій. Механізм переконання охоплює ідеологічні, соціально-психологічні, педагогічні засоби і форми впливу на індивідуальну чи групову свідомість [4, с. 11].

Специфічною формою переконання соціальних суб'єктів з боку держави виступає заохочення. Заохочення є способом впливу з боку держави на соціальних суб'єктів з метою забезпечення виконання своїх функцій шляхом формування у цих суб'єктів стійких та усвідомлених поглядів і уявлень, а відповідно, позитивних форм поведінки, які мають на меті забезпечення реалізації державою своїх функцій.

Заохочення за рахунок схвалення або нагороди має сформувати у суб'єкта інтерес, зацікавленість у поведінці, яка сприяє реалізації державою своїх функцій. Цей інтерес може бути матеріальним, моральним, статусним (що змінює правовий або соціальний статус суб'єкта) або змішаним. Саме від інтересу особи залежить якість заохочення. Слід зауважити, що не завжди і не в усіх випадках матеріальний інтерес виступає більш визнаним у поведінці суб'єктів, ніж моральний або статусний.

Слід виокремити й інші групи методів здійснення функцій держави. Так, наприклад:

1) залежно від характеру впливу на суспільні відносини в процесі реалізації своїх функцій можна говорити про методи прямого (безпосереднього) й опосередкованого впливу на суспільство в цілому та на людину зокрема;

2) залежно від того, на яку сферу буття соціального суб'єкта здійснюється вплив держави у процесі реалізації нею своїх функцій, можна вести мову про економічні, соціальні, політичні, духовно-моральні методи тощо [5, с. 225].

Державна влада не може обійтися в процесі реалізації своїх функцій без особливого, лише їй характерного виду примусу, а саме легального (в тому числі державного). Державний примус як метод реалізації державою своїх функцій полягає у психологічному, матеріальному чи фізичному впливі компетентних органів, посадових або уповноважених державою осіб на соціальних суб'єктів з метою змусити їх поводитися (в тому числі діяти) відповідно до волі держави, в інтересах останньої, для реалізації нею своїх функцій. Державний примус у процесі реалізації державою своїх функцій може бути легальним і нелегальним. В останньому випадку йдеться, як правило, про державне свавілля.

Легальним є лише той примус, який здійснюється з боку держави або уповноваженого нею суб'єкта, вид і міра якого суворо визначені у нормативно-юридичному полі та який застосовується у відповідних процесуальних формах (за умови жорсткого дотримання процесуальних процедур). Якщо примус, який здійснюється з боку держави або уповноваженого нею суб'єкта, не відповідає хоча б одній із зазначених умов, то він має нелегальний, неправомірний характер. Нелегальний примус є небезпечним і небажаним для суспільства явищем. Він може призвести до руйнування не лише окремого позитивного ставлення до держави з боку особистості, до девальвації системи її цінностей, а й до знищення всієї суспільної організації [3, с. 51].

Свої функції будь-яка держава не може реалізовувати, спираючись лише на якусь одну з названих групу методів – переконання або примусу. Вона вимушена застосовувати методи і з першої, і з другої групи. Зрозуміло, що головною проблемою, а відповідно, головним завданням держави у процесі формуванні механізму реалізації своїх функцій є пошук оптимального, ефективного співвідношення між переконанням (у тому числі стимулюванням) і примусом.

Висновки

Охарактеризувавши форми здійснення функцій держави, ми зрозуміли, що під формами здійснення функцій держави в

юридичній науці розуміють або особливі види діяльності державних органів щодо реалізації своїх владних повноважень, які визначаються насамперед місцем і компетенцією того чи іншого органу в державному механізмі, або однорідну за зовнішніми ознаками діяльність органів держави, яка пов'язана з реалізацією нею своїх функцій. Коректно виокремлювати такі функції держави, як нормотворча, виконавча, судова та контрольно-наглядова.

Розглянувши методи реалізації функцій держави, ми дійшли висновку, що у них виражається воля держави. Відповідно, ці методи мають державно-вольовий характер. Слід чітко розмежовувати функції держави та методи їх здійснення: функції держави – це напрям діяльності держави, а методи державного керівництва – це засоби, за допомогою яких здійснюється ця діяльність і, відповідно, досягаються цілі (вирішуються завдання), які стоять перед державою та породжують відповідні її функції. Залежно від способу впливу на соціальних суб'єктів під час реалізації державою своїх функцій можна вести мову про методи переконання (в тому числі заохочення) та примусу.

Список використаних джерел:

1. Машков А. Д. Теорія держави і права: підручник. Київ : Дакор, 2015. 491 с.
2. Скакун О. Ф. Теорія права і держави: підручник. 4-те вид., допов. і перероб. Київ : Правова єдність, 2014. 524 с.
3. Петришин О. В. Теорія держави і права: підручник. Харків : Право, 2014. 366 с.
4. Лощихін О.М. Економічні функції сучасної держави та конституційно-правові основи їх реалізації. Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки ; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ, 2006. Вип. 34. С. 3-13.
5. Круш П.В. Регулююча функція держави та її роль у формуванні ринкового інституційного середовища. Наукові праці Донецького національного технічного університету. Донецьк, 2004. Вип. 75. С. 223-229.

В научной статье широко раскрыто теоретико-правовое понятие функций государства. Охарактеризованы формы осуществления функций государства. Рассмотрены методы реализации функций государства. Раскрыт ряд факторов, которые влияют на эффективность функций государства.

Ключевые слова: функции государства, форма осуществления функций государства, методы реализации функций государства, государство, направление деятельности государства.

The scientific article widely discloses the theoretical and legal concept of state functions. Characterized form of the functions of the state. Considered methods of state functions. Revealed a number of factors that affect the performance of the functions of the state.

Key words: functions of the state, state of the functions of the state, methods of the resolution of the functions of the state, state, activity of the state.

УДК 340.15.01

Олег Ганьба,
канд. юрид. наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права та приватно-правових дисциплін факультету правоохоронної діяльності Національної академії Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького

ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА ОСОБЛИВОСТІ СУБ'ЄКТІВ АРХАЇЧНИХ ПРАВОВІДНОСИН ПЕРВІСНОГО РОДОВОГО СУСПІЛЬСТВА

У статті аргументується позиція щодо виникнення архаїчного (звичаєвого) права у додержавний період в умовах первіснообщинного ладу. Основна увага приділяється характеристиці суб'єктів архаїчних відносин, їх поняттю, ознакам, особливостям, динаміці розвитку та трансформації, а також класифікації та характеристиці окремих видів за конкретними критеріями.

Ключові слова: первіснообщинний лад, архаїчне право, архаїчні правовідносини, суб'єктний склад, мононорми, суб'єкти архаїчних правовідносин.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Питання виникнення права в історії людства та породжених ним супровідних явищ донині залишаються досить дискусійними. Сформувалося два напрями трактування зазначеної проблеми. Один із них ґрунтується на позиції, що держава і право виникають одночасно через схожі причини. Тому право розцінюється як атрибут держави разом з іншими породжуваними ним явищами, що формують його структуру та зміст. Дія такого права забезпечується спеціально створеним апаратом примусу, організаційними, економічними та іншими засобами держави [1, с. 42; 2, с. 64]. Зазначений напрям ґрунтується на концепції юридичного позитивізму, згідно з якою право є продуктом держави, вольовими наказами суверена, втіленими в закон та забезпечуваними здатністю держави примушувати до потрібної поведінки [3, с. 27]. Тому з урахуванням зазначеної позиції у первісному родовому суспільстві права не могло існувати, а примітивні суспільні відносини між його членами регулювалися мононормами.

Виходячи з такого трактування походження права, не могло бути й мови про визнання його існування у додержавний період, а відповідно, й інших породжуваних ним явищ: правових норм, правовідносин, правової свідомості тощо. Адже якщо немає права, то, відповідно, не може бути ні правових норм, ні правовідносин, ні їх суб'єктів.

Другий напрям ґрунтується на діаметрально протилежній позиції, що визнає походження та існування права у додержавний період в умовах первіснообщинного ладу.

Так, Ж. Гурвич ще у 30-х роках XX ст. термін «право» переносив на будь-які соціальні норми, якщо вони досягли відповідного рівня ефективності та визнаються і дотримуються більшістю [4, с. 73–78].

Окремі французькі, шведські та інші дослідники у свою чергу наголошують, що будь-яке суспільство визначається правом і його існування неможливо без певного правопорядку [5, с. 54]. Примітивне право родового суспільства пронизує всі його сфери, виконуючи примирювальну функцію у первісному соціумі [6, с. 5, 137; 7, с. 10].

Таким чином, визнання існування звичаєвого (архаїчного) права у первісному суспільстві автоматично позбавляє мононорму статусу самостійного соціонормативного регулятора суспільних відносин родового суспільства і відводить їй місце складового елемента архаїчного права, призначенням якого є регулювання конкретних архаїчних правових відносин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми, виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. Проблеми соціонормативного регулювання відносин первісного суспільства досліджували у своїх працях не тільки юристи, а й етнологи, соціологи, історики тощо. Серед них насамперед варто назвати такі прізвища: В. П. Алєксєєв, Е. Аннерс, Р. Ф. Бартон, Г. Гурвич, М. Гравітц, М. М. Марченко, М. Мосс, В. С. Нерсесянц, Р. Пенто, А. І. Пєршиц, О. Д. Тихомиров, Е. С. Хартленд та ін. Однак проблеми архаїчних відносин та їх суб'єктного складу або розглядалися в контексті загальних проблем життя первісного суспільства, або взагалі

© О. Ганьба, 2018

оминалися. Відповідно, проблеми архаїчних правових відносин та їх суб'єктного складу натепер залишаються майже не дослідженими, оскільки залишалися поза увагою як вітчизняних, так і зарубіжних учених.

Метою статті є аргументація позиції щодо виникнення архаїчного (звичаєвого) права та архаїчних правовідносин в умовах первіснообщинного суспільства і насамперед характеристика поняття, ознак, особливостей суб'єктів архаїчних правовідносин, динаміки їх розвитку та класифікації за окремими критеріями.

Тому ми більш детально сконцентруємо наукову увагу на характеристиці суб'єктів архаїчних правовідносин родового суспільства, їхніх ознаках, особливостях, класифікації, характеристиці окремих видів та авторському визначенні.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Мононорми, будучи головним регулятором архаїчних правовідносин первісного суспільства, закріплювали первісну рівність його індивідів, виключаючи будь-яку перевагу одного члена над іншим [8, с. 42]. Це зумовлювалося насамперед економічними умовами життя суспільства – спільністю власності та праці, відсутністю надлишкового продукту, який би можна було присвоювати, спільністю споживання тощо. Соціальна однорідність суспільства виключала нерівність суб'єктів архаїчних відносин, наділяючи їх однаковими стартовими можливостями.

Іншою характерною ознакою суб'єктів архаїчних правовідносин було те, що з урахуванням принципу колективістського співжиття первісного суспільства мононорми здебільшого закріплювали та захищали колективістські общинні цінності [9, с. 54]. Відповідно, можливості зазначених суб'єктів навіть в індивідуальних деліктах (вбивство, крадіжка тощо) багато в чому залежали від колективної думки (рішення) роду, згідно з яким останній міг узяти на себе обов'язок захисту невинного шляхом викупу, обміну тощо або покарати винного за колективним рішенням роду аж до позбавлення його життя чи застосування остракізму (вигнання зі спільноти) [10, с. 336].

Важливою рисою суб'єктів архаїчних правовідносин було домінування у їх змісті обов'язків над правами, які свідомістю первісної людини сприймалися як єдине ціле. Права розчинялися в обов'язках і разом з мононормою розглядалися як єдина регулююча субстанція.

Суттєвою ознакою суб'єктів архаїчних правовідносин було й те, що, окрім людей, ними визнавалися як тварини (які, наприклад, поранили члена роду), так і неживі предмети (спис, на який ненароком наколовся воїн; камінь, який став причиною травми воїна тощо).

Отже, на підставі викладених ознак можна дійти висновку, що суб'єкти архаїчних правовідносин – це їх учасники, живі та неживі предмети первіснообщинного (додержавного) суспільства, поведінка яких регулювалася мононормами, які в період розквіту родового суспільства ґрунтувалися на колективістських засадах, закріплювали первісну рівність, а їх зміст сприймався як єдине регулятивне ціле, без поділу на права та обов'язки.

Суб'єкти архаїчних відносин характеризуються також низкою особливостей. Однією з таких особливостей було те, що не було чіткого розмежування їх за віковою ознакою, яка фактично не бралася до уваги, ураховуючи малу тривалість життя людини первіснообщинного суспільства. Адже в середньому кам'яному віці вона становила 26 років, а в епоху неоліту та мезоліту люди доживали лише до 30 років. До умовного порогу старості того часу (40–45 років) доживало менше 2 % [9, с. 49].

У таких умовах можна припустити, що повноцінними суб'єктами архаїчних відносин визнавалися особи обох статей, які пройшли обряд ініціації. Він знаменував посвячення в доросле життя, що супроводжувалося фізичними та моральними випробовуваннями для кандидатів на ініціацію, їх фізичною ізоляцією від решти роду з метою детального посвячення зі звичаями, віруваннями, культами, ритуалами, моральними установками життя племені тощо [11, с. 209–210].

Характерною особливістю досліджуваних суб'єктів є і те, що їхня інтелектуальна та психічна спроможність (у сучасному розумінні – дієздатність) заважала участі у ритуальних, міфічних, звичаєвих, обрядових та інших архаїчних відносинах лише тоді, коли вона була явно вираженою, мала очевидний характер неповноцінності індивіда («кидалася в очі» оточуючим). В усіх інших випадках на них поширювався обов'язок участі у зазначених архаїчних правовідносинах та дотримання вимог мононорм, що їх регулювали.

Важливе значення в характеристиці суб'єктів архаїчних правовідносин має їх класифікація за різними критеріями з урахуванням умов, етапів і особливостей розвитку первіснообщинного суспільства.

Так, за кількісним складом учасників суб'єктів архаїчних правовідносин можна поділити на колективні й індивідуальні (од-

ноособові). Колективними суб'єктами виступали загальні збори родів, фратрій, племен, ради старійшин, ради вождів тощо, які посідали головне місце в архаїчних відносинах раннього та розвинутого первіснообщинного ладу. Особливо рельєфно їхня роль проявлялася у міжродових, міжплемінних та міжсоюзних угодах взаємних поставок конкретних предметів договору, якими могли виступати рухоме та нерухоме майно, військові послуги, дари морів, продукти скотарства, ремісничі вироби, жінки як товар, ярмарки, спільні свята тощо. Кожний акт поставки тут виступав як напівкомерційна угода, що супроводжувалася публічним церемоніальним супроводом, метою якого було справити позитивне враження на іншу сторону договору, похвалитися власними статками, демонстрація багатства роду, племені, завоювання довіри й утвердження власного визнання [9, с. 82; 12, с. 88–89].

З подальшим розвитком родового суспільства, і насамперед його економічних відносин (чому сприяло вдосконалення засобів виробництва та спеціалізація праці тощо), пришвидшилася диференціація роду на окремі соціальні групи: лініджі (внутрішньородові групи близьких родичів, що походять від одного предка), ремісники, скотарі, землероби, цілителі тощо [13, с. 40]. Такі групи об'єднувалися завдяки спільності інтересів, родинним зв'язкам, характеру і роду занять тощо. Більшість членів групи з метою утвердження власного статусу намагалися позитивно виділятися завдяки досконалим навичкам, умінням, інтелектуальним і творчим здібностям, що, у свою чергу, сприяло зміцненню рейтингу зазначених осіб, які виступали індивідуальними суб'єктами архаїчних правовідносин.

Поступовому витісненню колективних суб'єктів архаїчних відносин та утвердженню значущості індивідуальних суб'єктів сприяла також руйнація родових общин і поступовий перехід до територіальної (протоселянської) общини, соціальною основою якої стала патріархальна сім'я з її природним устремлінням до приватного присвоєння надлишкового продукту, що спричинило класове розшарування первісного суспільства [13, с. 55–57]. Зазначене розшарування породило заохочення розвитку індивідуальних засад у політичному, господарському та культурному житті первісного суспільства [9, с. 48] та формування заможних індивідуальних суб'єктів архаїчних правовідносин, які поступово стали витісняти колективних суб'єктів або обмежувати сферу їхньої діяльності. До зазначених суб'єктів насамперед варто віднести представників родоплемінної бюрократії, що збагачувалися: вождів, старійшин, жерців, воєначальників, глав патріархальних сімей та інших осіб, які завдяки своїм матеріальним статкам зміцнювали свій соціально-правовий статус та прискорювали класову диференціацію первісного суспільства.

Виходячи з викладеного, суб'єктів архаїчних правовідносин за майновим станом можна, відповідно, поділити на елітарних (заможних) та незаможних (пересічних) суб'єктів.

За віковою ознакою в умовах родового ладу суб'єкти архаїчних правовідносин чітко поділялися на дорослих (що пройшли обряд ініціації) і неповнолітніх, які не були посвячені в доросле життя. Дорослі суб'єкти, якщо послуговуватися сучасною термінологією, володіли повною дієздатністю, а можливості неповнолітніх членів роду суттєво обмежувалися щодо участі в окремих ритуалах, обрядах, культах тощо.

Залежно від етапів розвитку первісного родового суспільства суб'єктів архаїчних правовідносин можна поділити на такі види:

1) суб'єкти сталих архаїчних правовідносин періоду розквіту родового суспільства, які були носіями первісної рівності та гармонії, а також уособлювали колективістські засади суспільного життя;

2) суб'єкти перехідних архаїчних відносин, характерні для етапу руйнації родової організації суспільства та поступового переходу до експлуататорського антагоністичного суспільства. Зародженню та утвердженню перехідних архаїчних відносин і їх суб'єктів сприяло насамперед виникнення перехідних форм власності на землю та основні засоби виробництва, повільна руйнація родової общини й утвердження територіальної общини і патріархальної сім'ї. Патріархальна сім'я, як уже зазначалося, тяжіла до індивідуального характеру присвоювання надлишкового продукту та поступового запровадження експлуатації чужої праці [13, с. 56–57].

Для суб'єктів перехідних архаїчних відносин періоду занепаду первіснообщинного ладу характерні такі запропоновані нами якості:

– диференціація їхнього соціально-правового статусу на користь збільшення прав елітарних суб'єктів і зменшення їх для пересічних, незаможних суб'єктів;

– значне розширення переліку різновидів суб'єктів архаїчних відносин, викликане ускладненням суспільного життя та посиленням диференціації перехідного суспільства;

– поступове розмежування їхніх суб'єктивних прав і обов'язків;

– поглиблення автономізації статусу суб'єктів архаїчних правовідносин та поширення їх незалежності від колективної позиції родової общини, яка під тиском економічних, соціальних та інших факторів повільно трансформується у територіальну общину;

– на інтуїтивному, підсвідомому рівні стало пред'являтися більше вимог до суб'єктів архаїчних правовідносин щодо їх дієздатності в сучасному розумінні зазначеної умови, оскільки у багатьох майнових відносинах зачіпалися інтереси заможних власників;

3) особливі суб'єкти «консервуючих» архаїчних правовідносин, сутність яких полягала у системних спробах утримання у повсякденному житті первісної рівності та запобігання розшаруванню родового суспільства за майновою ознакою. Такими суб'єктами, з одного боку, виступали бігмени (неформальні лідери, що не володіли реальною владою, проте користувалися беззаперечним авторитетом і підтримкою общинників). Вони представляли інтереси збіднілої частини роду. З іншого боку, суб'єктами зазначених відносин виступали багаті співвітчизники, які володіли надмірними матеріальними статками. Тому бігмени, посилаючись на давні мононорми, що пропагували та закріплювали первісну рівність родового ладу, запроваджували примусовий перерозподіл надмірної власності заможних співвітчизників на користь бідних шляхом примусового роздавання її родичам, сусідам та іншим незаможним особам через потлач (свято з демонстративним роздаванням майна) завдяки безпосередньому роздаванню майна померлого учасникам поховального обряду та в інші способи [13, с. 57];

4) суб'єкти напівексплуататорських правовідносин пізнього родового ладу, що руйнувався під впливом уже згадуваних нами у цьому дослідженні факторів. Суб'єкти зазначених архаїчних відносин у період формування ранніх державних утворень стали основою для зародження та утвердження експлуататорських класів – суб'єктів правовідносин державно організованого суспільства, які регулювалися правовими нормами позитивного юридичного права.

Особливо варто наголосити, що проблеми суб'єктного складу правовідносин, їх ознаки, особливості та класифікація залишаються актуальними і до сьогодні. Так, аналіз наукових джерел останніх років свідчить про те, що виникає значна кількість проблем щодо визначення суб'єктного складу сучасних правовідносин як на галузевому рівні, так і в окремих спеціалізованих сферах правового регулювання.

Зокрема, відомий фахівець у сфері трудового права професор Г. І. Чанишева, розглядаючи проблеми й особливості колективних суб'єктів правових відносин у трудовому праві, вносить пропозицію щодо розширення їх переліку, пропонує власне авторське визначення колективних суб'єктів, уточнює їхні окремі ознаки. Наголошує на необхідності доповнення останнього проекту Трудового кодексу України окремими статтями, що стосуються визначення та видів колективних трудових відносин тощо [14, с. 17–20].

Інший науковець, О. Баїк, досліджуючи суб'єктів податкових правовідносин в Україні, аналізує спеціальні ознаки зазначених відносин, уточнює критерії їх класифікації та характеризує окремі види [15, с. 226–229].

Професор Ю. М. Фролов присвятив своє дослідження визначенню та аналізу основних особливостей і розмежуванню адміністративно-правових відносин. Пропонує їх авторське уточнене визначення, наголошує на особливостях суб'єктного складу адміністративно-правових відносин, аргументуючи позицію стосовно того, що один із суб'єктів таких відносин обов'язково наділений державно-владними повноваженнями тощо [16, с. 234–236].

В. Вдовічен взагалі порушує майже не досліджену проблему суб'єктного складу правовідносин виконання бюджетів за доходами, що особливо актуально в умовах децентралізації влади в Україні. Він пропонує авторське визначення зазначених суб'єктів, критерії їх класифікації та аналізує окремі їх види [17, с. 132–136].

Більше стало приділятися уваги дослідженню проблем суб'єктного складу індивідуальних суб'єктів міграційно-правових відносин, що є надзвичайно актуальним з урахуванням анексії Автономної Республіки Крим та військового протистояння на сході нашої держави [18, с. 168–171; 19, с. 213–219].

Продовжується поглиблений науковий аналіз уже достатньо досліджених проблем суб'єктного складу конституційно-правових відносин. Уточнюються їхні відмінності від суб'єктів конституційного права, а також аналізуються конституційна правоздатність та конституційна дієздатність суб'єктів конституційно-правових відносин тощо [20, с. 122–127].

Висновки

1. Дослідження суб'єктного складу архаїчних правовідносин родового суспільства дозволило виявити їхні характерні ознаки й особливості, на підставі чого сформулювати авторське наукове визначення зазначених суб'єктів.

2. Це, у свою чергу, надалі сприятиме аналізу загальних рис і відмінностей між суб'єктами архаїчних правовідносин додержавного суспільства та суб'єктним складом сучасних правовідносин, породжуваних правовими нормами позитивного юридичного права державно організованого суспільства.

3. Осягнення проблем суб'єктного складу архаїчних правовідносин також дасть можливість відстежувати динаміку їх розвитку та поступових змін у статусі суб'єктів аж до класового розшарування первісного суспільства в умовах раннього державного розвитку.

4. Дослідження окремих найважливіших проблем суб'єктів архаїчного та сучасного права сприятиме також системному аналізу спільних тенденцій їх розвитку та характерних відмінностей у ході еволюції з позицій компаративістики.

Список використаних джерел:

1. Теория государства и права. Курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. Москва : Юристъ, 1997. 672 с.

2. Теория государства и права : учебник / М. А. Аржанов, С. Ф. Кечекьян, Б. С. Маньковский, М. С. Строгович. ; науч. ред. : М. П. Карева. Москва : Гос. издат. юрид. литературы, 1949. 511 с.

3. Філософія права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань, С. І. Максимов та ін. ; за ред. д-ра філос. наук, проф. О. Г. Данильяна. Харків : Право, 2009. 208 с.

4. Gurvitch G. Le temps pr sent et l'id e du droit social. Paris, 1931. 333 p.

5. Пэнто Р., Гравитц М. Методы социальных наук. Москва : Прогресс, 1972. 607 с.

6. Hartland E. S. Primitive Law. Port Washington, NY : Kennikat Press, 1970. 222 p.

7. Аннерс Э. История европейского права / пер. со швед. Москва : Наука, 1994. 397 с.

8. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник. 4-те вид. Київ : Алерта, 2016. 528 с.

9. Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / под общ. ред. члена-корр. РАН, доктора юрид. наук, проф. В.С.Нерсесянца.Москва:Издательскаягруппа«НОРМА–ИНФРА», 1999. 832 с.

10. Проблемы теории государства и права : учебное пособие / под. ред. М. Н. Марченко. Москва : ЮРИСТЬ, 2001. 656 с.

11. Токарев С. А. Ранние формы религии. Москва, 1990. 622 с.

12. Мосс М. Общества. Обмен. Личность. Труды по социальной антропологии / сост., пер. с фр., предисловие, вступит. статья, комментарии А. Б. Гофмана. Москва : КДУ, 2011. 416 с.

13. Данилова В. Ю. История первобытного общества : учебное пособие / Владимирский государственный университет имени Александра Григорьевича и Николая Григорьевича Столетовых. Владимир : Изд-во ВлГУ, 2014. 80 с.

14. Чанишева Г. І. Поняття та суб'єкти колективних трудових правовідносин. Право та інновації. 2016. № 1 (13). С. 17–22.

15. Баїк О. Про видову характеристику суб'єктів податкових правовідносин в Україні. Вісник Національного університету «Львівська політехніка» : збірник наукових праць. Серія «Юридичні науки». Львів : Видавництво Львівської політехніки, 2017. № 861. С. 225–231.

16. Фролов Ю. М. Особливості адміністративно-правових відносин у сучасних умовах. Порівняльно-аналітичне право. 2018. № 1. С. 234–236.

17. Вдовічен В. Суб'єктний склад правовідносин виконання бюджетів за доходами. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 1. С. 132–136.

18. Цекалова Н. І. Індивідуальні суб'єкти міграційно-правових відносин. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2014. Вип. 10. Том 1. С. 168–172.

19. Козинець І. Г. Про співвідношення понять «біженці» та «особи, переміщені всередині країни». Держава і право. Юридичні і політичні науки. 2009. Вип. 45. С. 213–219.

20. Корчака В. М. Щодо поняття суб'єктів конституційно-правових відносин. Visegrad journal on human rights. 2014. № 2. С. 122–129.

В статье аргументируется позиция относительно возникновения архаического (обычного) права в догосударственный период в условиях первобытнообщинного строя. Основное внимание уделяется характеристике субъектов архаичных отношений, их понятию, признакам, особенностям, динамике развития и трансформации, а также классификации и характеристике отдельных видов по конкретным критериям.

Ключевые слова: первобытнообщинный строй, архаическое право, архаичные правоотношения, субъектный состав, мононормы, субъекты архаичных правоотношений.

The article argues the position regarding the emergence of archaic (customary) law in the pre-state period under the conditions of the primitive communal system. The focus is on the characteristics of subjects of archaic relations, their concept, characteristics, features, dynamics of development and transformation, as well as the classification and characterization of individual species according to specific criteria.

Key words: primitive communal system, archaic law, archaic legal relations, subject composition, mononorms, subjects of archaic legal relations.

УДК 340.11

Наталія Мазаракі,
канд. юрид. наук, доцент, доцент кафедри
міжнародного приватного, комерційного та цивільного права
Київського національного торговельно-економічного університету

ЩОДО ПОНЯТТЯ МЕДІАБЕЛЬНОСТІ СПОРУ

У статті розкрито поняття медіабельності спору, проаналізовані та класифіковані критерії медіабельності правових спорів.

Ключові слова: медіація, медіабельність, спір, ефективність медіації.

Постановка проблеми. Поступове становлення та популяризація медіації зумовлює активізацію наукових досліджень у цій сфері, особливо щодо нових понять, одним із яких є медіабельність спорів. Саме висновок стосовно медіабельності спору впливає на рішення сторін спору про згоду на проведення медіації та застосування інших методів вирішення спорів чи відмову від цього. Аналогічним чином, через механізм визначення підвідомчості, підсудності й арбітрабельності спорів, вони передаються на розгляд відповідного суду чи арбітражу.

Ст. 3 проекту Закону України «Про медіацію» окреслює майбутню і, зауважимо, вельми широку сферу застосування медіації: «Медіація може застосовуватися в будь-яких конфліктах (спорах), зокрема цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних, а також у кримінальних провадженнях і справах щодо адміністративних правопорушень». Також законопроектом визначається потенційне коло суб'єктів медіації (резиденти та нерезиденти України) і передбачається можливість застосування процедури медіації на будь-якому етапі спору (як до звернення до суду (третейського суду), так і в ході або після судового чи третейського провадження, зокрема під час виконавчого провадження) [1].

Таке широке трактування, хоч і є характерним для законодавчих актів, однак потребує механізму визначення умов, за яких правовий спір може бути переданий на медіацію та за яких медіація неможлива. Адже, незважаючи на поширений погляд, що медіація є універсальним інструментом вирішення правових спорів, не можна оминути увагою низку чинників, які обмежують сферу застосування такого методу. У прикладному аспекті цінними є дослідження щодо розуміння медіаторами та сторонами спору чинників ефективності медіації. Таке розуміння сприятиме як підвищенню частки успішних медіаційних процедур, так і кращому розумінню з теоретичного та практичного поглядів сутності такого складного, багатодисциплінарного інституту, як медіація. Точність оцінки медіабельності вважається окремими фахівцями важливою умовою успішної роботи медіатора [2, с. 271], хоч і залишається завжди лише припущенням медіатора, судді (у присудовій медіації) чи сторін спору.

Мета роботи – з'ясувати зміст поняття медіабельності спору та визначити критерії медіабельності правових спорів.

Поняттю та критеріям медіабельності спору присвячується все більше наукових публікацій вітчизняних учених, зокрема В. Кононова, А. Бортнікової, О. Яновської й інших. З огляду на початок становлення інституту медіації в нашій державі вищеназвані автори виходять із висновків і тверджень, висловлених зарубіжними фахівцями (С. Калашниковою, Ю. Яковлевою, А. Мінкіною, В. Ярковим, Д. Спенсером, М. Броганом, Р. Цайнеманом та ін.).

Виклад основного матеріалу. Медіабельність, яка хоч і є порівняно новим поняттям для правової дійсності, уже означилася достатньо різними розумінням і підходами, основні з яких зводяться до такого:

– можливість урегулювання спору в перспективі [3, с. 15];

– ознака правового спору, з огляду на яку він може бути врегульований у порядку медіації [4, с. 34];

– властивість юридичного конфлікту (правового спору), через яку він може бути врегульований безпосередньо сторонами конфлікту (спору) під час процедури медіації [5, с. 22];

– сукупність умов, за яких медіація може бути ефективною чи взагалі можливою [6, с. 87];

– ознака правового спору, яка дозволяє застосувати до спору процедуру медіації, якщо сторони спору погодяться на це [7, с. 121].

За узагальненим визначенням авторів підручника «Медіація», медіабельність має

© Н. Мазаракі, 2018

два показники: перший – властивість конфлікту, яка визначає можливість роботи з ним за допомогою медіації; другий – критерій ефективності результату медіації, який визначає відсутність постконфлікту та можливість виконати досягнуті домовленості [8, с. 171].

Юридичною наукою вироблено низку класифікацій критеріїв медіабельності спору. Наприклад, С. Калашникова пропонує розрізняти чинники об'єктивного та суб'єктивного характеру. Об'єктивні чинники визначають можливість проведення медіації в певній категорії справ і полягають у такому: 1) відсутня пряма заборона на проведення медіації; 2) предмет і зміст спору не суперечать моралі та публічному порядку; 3) спір не зачіпає інтересів осіб, які не беруть участі в медіації; 4) законом допускається можливість укладення мирової угоди в певній категорії справ (відносна умова). До суб'єктивних чинників, наявність яких свідчить про можливість проведення медіації певного спору, С. Калашникова відносить такі: 1) готовність сторін вести переговори; 2) тривалий характер відносин і взаємозалежність учасників спору (відносна умова) [9, с. 91–99].

Ю. Яковлєва під критеріями медіабельності конфлікту й спору розуміє умови, яким має відповідати конфлікт чи спір для ефективного вирішення шляхом здійснення процедури медіації. Авторка розрізняє обставини, що виключають можливість застосування процедури медіації, і обставини, що сприяють примиренню сторін [8, с. 171–177].

А. Бортнікова виділяє такі критерії медіабельності публічно-правового спору:

1) легітимність – відсутність прямої заборони на проведення медіації. Наявність у чинному законодавстві України положень про можливість забезпечення прав, свобод та інтересів будь-яким не забороненим законом способом надає медіації легітимності її застосування. Норми Кодексу адміністративного судочинства України щодо примирення, диспозитивності, урахування права особи на участь у процесі прийняття рішення, досудового врегулювання спору забезпечують дієвість медіації як способу вирішення публічно-правового спору;

2) законність – усі права й обов'язки, а також дії (бездіяльність), які можуть лягти в основу медіаційної угоди як результату вирішення публічно-правового спору, повинні відповідати Конституції та законам України, а також міжнародним договорам, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України;

3) спеціальна правосуб'єктність – здатність бути учасником правовідносин щодо використання медіації як способу вирішення публічно-правового спору, тобто наявність в особи, яка виявила бажання брати участь у медіації, повноважень на прийняття рішень по суті спору, а також на саме звернення;

4) наявність дискреційних повноважень (адміністративного розсуду) у суб'єкта владних повноважень;

5) компетенційні межі (рамки);

6) спір не зачіпає інтересів осіб, які не беруть участі в медіації;

7) перспектива оформлення результатів медіації згідно з нормами матеріального та процесуального права (так званий критерій дієвості (виконуваності) медіаційної угоди);

8) добровільність [10].

Не оспорюючи повноти результатів вищенаведених досліджень і погоджуючись із їх суттю, вважаємо, що критерії медіабельності правових спорів слід розглядати в певному взаємозв'язку та послідовності. Ми виходимо з того, що під медіабельністю слід розуміти сукупність ознак, які потенційно дають можливість розпочати медіаційну процедуру та досягти мирного і взаємовигідного вирішення правового спору. При цьому сукупність таких ознак відрізнятиметься від чинника інституалізації чи відсутності законодавчого врегулювання медіації (адже, наприклад, законодавство РФ забороняє проведення медіації в колективних трудових спорах [11], Казахстану – у спорах, де стороною є державний орган [12], модельний закон США – у колективних позовах [13]). З огляду на наведене можна припустити, що медіабельність спору може розглядатися в юридичній і практичній площині (чи є вирішення спору в порядку медіації законним або взагалі ефективним і доцільним).

На нашу думку, видається можливим виділити кілька груп критеріїв медіабельності правового спору, а саме таких:

1) які походять із категорії правового спору, правовідносин, з яких виник спір, та в більшості випадків дають можливість зробити висновок про медіабельність певного спору. Зокрема, американський науковець Р. Цайнеман підкреслює, що спори конституційного характеру, щодо прав людини, моральних засад суспільства не можуть і не мають вирішуватися в порядку медіації, а також наводить як приклад відомий прецедент «Олівер Браун та ін. проти Ради з питань освіти Топіки», коли Верховний суд США визнав роздільне навчання чорношкірих і білошкірих школярів неконституційним. Такий спір можна було вирішити в порядку медіації, проте необхідно було скасувати сегрегацію саме в судовому порядку [14]. С. Юрлов вважає немедіабельними деякі

спортивні спори (щодо фактів уживання допінгу, проведення договірних матчів, фактів корупції спортивних функціонерів), адже вони є не тільки кримінальними злочинами, а й зачіпають інтереси третіх осіб, наприклад інших учасників спортивних змагань [15, с. 114];

2) які залежать від суб'єктного складу сторін спору, а саме: дієздатності сторін, наявності відповідних повноважень у представників сторін, можливості участі в медіації третіх осіб, права та інтереси яких стосуються суті спору. Зауважимо, що спір, який стосується інтересів невизначеного кола осіб, здебільшого вважається таким, що не може бути вирішений у порядку медіації. Щодо загальних положень цивільного права про дієздатність особи, то Ю. Яковлєва й А. Карпенко вважають, що «достатньо успішно медіація проводиться серед дітей і підлітків, але важливо розуміти, наскільки дитина самостійна в прийнятті рішень. Якщо конфлікт стосується взаємовідносин однокласників, то участь батьків може бути непотрібною. Якщо конфлікт зачіпає значні майнові інтереси дитини та її батьків, то батькам доцільно самостійно брати участь у медіації» [8, с. 172];

3) які визначаються волею сторін і їх бажанням вирішити спір у позасудовому порядку.

Аналіз законодавчих, прикладних (наприклад, правил медіації установ, які надають медіаційні послуги) і наукових джерел дає підстави стверджувати, що оцінка медіабельності спору може проводитися такими суб'єктами:

1) сторонами спору під час вибору найбільш оптимального методу вирішення їхнього спору;

2) медіатором під час розгляду заяви на проведення медіації. У той же час не можна не погодитися з позицією дослідниці Н. Мінкіної: «Якщо сторони спору звернулися до медіатора, то останній сприяє пошуку взаємовигідного рішення та підписанню медіаційної угоди незалежно від власної оцінки перспектив урегулювання спору [7, с. 120];

3) судом (якщо законодавством передбачено певну обов'язковість досудової медіації);

4) законодавцем під час визначення сфери, порядку та форм медіації.

До абсолютних критеріїв немедіабельності спору ми пропонуємо відносити такі:

1) наявність прямої законодавчої заборони на вирішення певного виду правового спору в порядку медіації (приклади аналізувалися вище);

2) суперечність предмета й змісту спору моралі та публічному порядку. Слід виходити з того, що медіаційна угода, яка за своєю правовою природою є цивільним правочином, має відповідати загальним вимогам, додержання яких є необхідним для чинності правочину. Так, відповідно до ст. 203 Цивільного кодексу України зміст правочину не може суперечити ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства;

3) наявність у спорі інтересів третіх осіб, які не беруть участі в медіації. Це перегукується з положеннями ст. 201 Цивільного процесуального кодексу України: «Проведення врегулювання спору за участю судді не допускається в разі, якщо у справу вступила третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору»;

4) неможливість укладення мирової угоди згідно із законодавством. Наприклад, ст. 78 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» обмежує сферу вимог, щодо виконання яких може бути укладено мирову угоду (вимоги першої черги задоволення вимог кредиторів та інші) [16]. Останній приклад також дає змогу визначити ще один критерій – наявність публічного інтересу в спорі, але дискусія щодо медіабельності публічно-правових спорів у рамках цієї статті є недоцільною. Наведемо лише позицію А. Лиско, яка наполягає, що медіація не може застосовуватися у справах, передбачених ч. 3 ст. 17 КАС України, де є спори між суб'єктами владних повноважень із приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, делегованих повноважень, а також у справах, передбачених ч. 5 цієї ж статті, де йдеться про спори щодо правовідносин, пов'язаних із виборчим процесом чи процесом референдуму. Натомість медіабельними можна вважати передбачені ч. 1 ст. 17 КАС України спори фізичних і юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (особливо це стосується правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності, передбачені ч. 2 ст. 17 КАС України спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби [17];

5) недієздатність сторін медіації чи відсутність повноважень їх представників на укладання медіаційної угоди. Здатність сторони спору брати участь у медіації можна розглядати в аспекті потенційних обмежень повноцінної участі в медіації певних категорій осіб. При цьому названий аспект не обмежується лише загальноправовим поняттям дієздатності та правоздатності фізичної особи, адже стресова ситуація, погрози, обман, насильство (зокрема й домашнє в разі

сімейної медіації) можуть безпосередньо впливати на прийняття рішень у процесі медіації та стосовно медіації, що матиме юридичні й особисті наслідки [18, с. 97].

За умови відсутності вищенаведених ознак правового спору можна говорити про можливість урахування відносних критеріїв медіабельності спору:

1) волевиявлення сторін і їх готовність до процедури медіації;

2) бажання сторін спору досягти компромісу;

3) характер спору дозволяє позиційну варіабельність у рамках інтересів сторін;

4) сторони заінтересовані в конфіденційності вирішення спору;

5) сторони заінтересовані у швидкому вирішенні спору (адже якщо одна зі сторін спору ініціює чи погоджується на участь у медіації виключно з метою затягування прийняття остаточного рішення (відстрочення початку судового розгляду чи прийняття судового рішення, виконання своїх зобов'язань тощо) чи вивідування інформації від іншої сторони спору, то говорити про доцільність і ефективність медіації немає сенсу).

Згідно з даними НП «Ліга медіаторів» (РФ), заснованими на аналізі 353 медіацій, для вирішення в порядку медіації рекомендуються переддоговірні спори, спори щодо об'єктів інтелектуальної власності, щодо виконання договорів оренди, поставки, підряду, купівлі-продажу, займу, перевезення та корпоративні спори [8, с. 178].

Висновки

Як і кожний метод вирішення спорів, медіація не може бути беззастережно універсальним методом, адже вона має як переваги, так і недоліки, а також особливості та межі застосування. Саме критерії медіабельності певного спору визначають потенційну можливість і ймовірну ефективність медіаційної процедури, тому теоретичні та прикладні дослідження цього аспекту мають продовжуватися, адже тоді й сторони спору, і треті особи (насамперед медіатор) матимуть більш об'єктивне уявлення про можливості вирішення правового спору. Більше того, вважаємо, що навіть після прийняття Закону України «Про медіацію» очікувати відчутного зростання попиту на такий позасудовий метод вирішення спорів не варто (досвід держав – членів ЄС свідчить про необхідність наявності деякого ступеня обов'язковості медіаційної процедури), а найбільш доречним способом вважаємо запровадження обов'язкових інформаційних сесій за участю сторін спору та медіатора. У цьому аспекті чітко визначені критерії медіабельності спорів забезпечать більшу ефективність таких сесій і обмежать затягування розгляду судових позовів у немедіабельних спорах.

Список використаних джерел:

1. Проект Закону України про медіацію, реєстрац. № 3665 від 17.12.2015 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463.

2. Медиация в практике нотариуса / отв. ред. С. Загайнова, Н. Тарасов, В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2013. 336 с.

3. Поспелов Б. Медиация в нотариальной деятельности. Нотариус. 2013. № 3. С. 12–15.

4. Комментарий к Федеральному закону «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» / отв. ред. С. Загайнова, В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2011. 272 с.

5. Яновська О., Біцай А. Особливості участі адвоката у процедурі медіації. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки, 2014. 21–24 с.

6. Мельниченко Р. Медиация: учебное пособие для бакалавров. М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К». 2014. 192 с.

7. Минкина А. К вопросу о применении медиации и медиабельности споров. Вестник Алтайской Академии экономики и права. 2014. № 4. С.120–123.

8. Медиация: учебник / Под ред. А. Карпенко, А. Осиновского. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Статут, 2016. 470 с.

9. Калашникова С. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М., 2011. 258 с.

10. Бортнікова А. Критерії медіабельності публічно-правового спору. Visegrad journal on human rights. № 6, 2017. URL: http://vjhr.sk/archive/2017_6/5.pdf.

11. Федеральный закон от 27.07.2010 г. № 193-ФЗ (ред. от 23.07.2013 г.) «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (с изм. и доп., вступающими в силу с 01.09.2013 р.). URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_103038/e21bf6629de12458b6382a7c2310cc359186da60/.

12. Закон Республики Казахстан от 28.01.2011 г. № 401-IV «О медиации» URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30927376#pos=54;-32.

13. The Uniform Mediation Act. URL: http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=mediation%20Act.

14. Zeinemann R. The Characterization of Public Sector Mediation 24 Environs: Envtl. L. & Pol'y J. 49 (2000-2001). URL: https://environs.law.ucdavis.edu/volumes/24/2/articles/zeinemann.pdf.

15. Юрлов С. Разрешение спортивных споров: вопросы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. М, 2017. 208 с.

16. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон

України від 14.05.1992 р. № 2343-XII. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2343-12#n1069.

17. Лиско А. Проблеми впровадження та проведення медіації в адміністративному судочинстві України. URL: http://www.cdms.org.ua.

18. Мазаракі Н. Зміст та значення принципу самовизначення сторін медіації. Вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут». Політологія. Соціологія. Право. 2017. № 3/4. С. 94–98.

19. Spencer D., Brogan M. Mediation Law and Practice. New York: Cambridge University Press. 520 с.

В статье раскрыто понятие медиабельности спора, проанализированы и классифицированы критерии медиабельности правовых споров.

Ключевые слова: медиация, медиабельность, спор, эффективность медиации.

The article is devoted to the concept of mediability of the dispute, the criteria of mediability of legal disputes are analyzed and categorized.

Key words: mediation, mediability, dispute, mediation efficiency.

УДК 343.131(477)

Сергій Абламський,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального процесу та
організації досудового слідства факультету № 1
Харківського національного університету внутрішніх справ

ДО ПИТАННЯ КЛАСИФІКАЦІЇ УЧАСНИКІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ, УПОВНОВАЖЕНИХ НА ЗДІЙСНЕННЯ ЗАХИСТУ

Статтю присвячено класифікації учасників кримінального провадження, уповноважених на здійснення захисту в кримінальному провадженні. Виходячи з аналізу чинного кримінального процесуального законодавства України, запропоновано таких учасників розділити на три групи: захисник, адвокат і особа, яка має право бути захисником. Із урахуванням цього автором виділено класифікаційні критерії поділу кожної групи таких учасників.

Ключові слова: учасники кримінального провадження, сторони кримінального провадження, сторона захисту, захисник, адвокат, представник.

Постановка проблеми. Відповідно до вимог КПК України першочерговим завданням кримінального провадження є захист особи, охорона її прав, свобод та законних інтересів. Зважаючи на це, виникає необхідність у чіткому розмежуванні учасників, уповноважених на здійснення захисту. Означене має важливе значення не лише з теоретичної, але й практичної точки зору, адже до кожного з таких учасників законом встановлені окремі вимоги щодо їх кримінальної процесуальної діяльності. У зв'язку з цим вони наділені різним об'ємом прав і обов'язків, різним порядком їх залучення, несуть різну юридичну відповідальність за порушення чинного законодавства тощо. Тобто для кожного із таких учасників характерні свої специфічні риси, які дають змогу їх відмежовувати один від одного.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремим питанням класифікації учасників кримінального провадження, уповноважених на здійснення захисту, присвячені наукові праці таких учених, як С.А. Альперт, О.Р. Балацька, О.А. Банчук, В.С. Джатієв, С.О. Іваницький, Л.М. Лобойко, О.В. Мартовицька, М.С. Строгович та інших. Проте слід вказати на відсутність у сучасній науці теоретичних напрацювань з піднятої тематики. Таким чином, ураховуючи те, що нині науковцями не проведено фундаментального дослідження з питань класифікації учасників кримінального провадження, уповноважених на здійснення захисту, вважаємо за доцільне приділити йому увагу. Тим паче, що це має доволі важливе значення як для теорії кримінального процесу, так і для практики застосування кримінального процесуального законодавства України.

Метою статті є розроблення класифікації учасників кримінального провадження, уповноважених на здійснення захисту в кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Принагідно звернути увагу на той факт, що в п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК України законодавець закріпив такі правові дефініції, як «сторони кримінального провадження», «учасники кримінального провадження», «учасники судового провадження». Уведення цих термінів у законодавчу площину є позитивним надбанням науки кримінального процесуального права, адже дозволяє визначитися з віднесенням того чи іншого учасника до відповідної сторони або учасника кримінального провадження.

Як свідчить аналіз юридичної літератури, класифікація учасників кримінального процесу, уповноважених на здійснення захисту та представництва, постійно змінювалась залежно від політико-правового життя конкретного періоду перебування територій сучасної України під владою інших держав. Така ситуація зумовлювалась тим, що з приходом нового уряду висувались свої вимоги до законодавчого регулювання правовідносин, у тому числі в сфері кримінального судочинства, адже можновладці постійно намагалися контролювати суспільне життя країни. Під тиском цього змінювалась і правова ідеологія в країні, у зв'язку з чим кримінальна процесуальна діяльність осіб, які захищали та представляли інших осіб у дер-

© С. Абламський, 2018

жавних органах, піддавалось утискам. З розвитком демократичних начал, визнанням багатьма країнами світу міжнародних правових стандартів захисту прав і свобод людини пріоритетним напрямом державної діяльності стає забезпечення захисту особи, суспільства й держави від протиправних проявів, реалізація прав, свобод та законних інтересів особи, яка залучається до сфери кримінального процесу. З огляду на це форми захисту прав і свобод особи набувають різновекторного характеру, одним із проявів чого є право особи на професійний правничий захист.

Відповідно до Юридичної енциклопедії класифікація – це система супідрядних понять (класів об'єктів) тієї або іншої галузі знань чи діяльності людини, що використовується як засіб для встановлення зв'язків між цими поняттями чи класами об'єктів. Наукова класифікація виражає систему законів, властивих відповідній галузі дійсності [1, с. 115]. Також поняття «класифікація» трактується як: 1) розподіляти по групах, розрядах, класах; 2) система, за якою щонебудь класифіковано [2]. Інакше кажучи, головною метою класифікації є розподіл певних явищ за конкретними ознаками, при цьому поділ кожної групи має здійснюватися за відповідною підставою.

На підставі аналізу етимологічного значення терміна «класифікація» І.О. Гриненко констатував, що класифікація розглядається щонайменше у двох аспектах: а) як кінцевий, остаточний результат (система супідрядних понять; система, в якій що-небудь класифіковано) і б) як процес класифікування, тобто розподіл предметів, явищ або понять на класи, групи тощо за спільними ознаками, властивостями; групування [3, с. 80].

У кримінальній процесуальній науці питання класифікації учасників (суб'єктів) кримінального процесу завжди були вкрай дискусійними, тому неодноразово ставали предметом наукових досліджень як за радянських часів, так і на теренах незалежної України. І це не дивно, адже, як слушно зазначив С.А. Альперт, від правильного їх вирішення безпосередньо залежить успішна реалізація завдань кримінального судочинства, а також дієвість захисту прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб. Тому не можна не враховувати характер і значення діяльності того чи іншого суб'єкта процесу. Діяльність одних суб'єктів робить вирішальний вплив на хід і результат руху справи, а діяльність інших, хоча і пов'язана з активною участю у процесі, такого значення не має. Водночас діяльність третіх пов'язана з виконанням конкретних, часом епізодичних процесуальних дій. Такі відмінності у правовому статусі суб'єктів кримінального процесу дозволили поділити їх на три групи: 1) органи, які ведуть кримінальний процес (основні суб'єкти кримінальної процесуальної діяльності); 2) учасники кримінального процесу та 3) інші суб'єкти кримінального процесу [4, с. 1]. Не вдаючись до поглибленого аналізу й полеміки з приводу класифікацій учасників кримінального провадження, лише зазначимо, що з розвитком кримінального процесуального законодавства в науковій літературі пропонуються й інші її види.

У контексті дослідження поняття та класифікації суб'єктів захисту в кримінальному провадженні О.Р. Балацька зауважила, що у кримінально-процесуальній науці завжди панували суперечності щодо визначення та розуміння поняття суб'єктів захисту в кримінальному провадженні, їхнього переліку, класифікації й ознак. Належність суб'єкта до виконання певної функції кримінального провадження розглядалась переважно з позиції врахування ступеня його участі у провадженні (процесуальній дії, окремій стадії чи кількох стадіях). Неоднозначність критеріїв поділу суб'єктів кримінального провадження, дискусійність правотлумачної та правозастосовної практики, суперечності кримінально-процесуального закону призводили до того, що коло суб'єктів захисту здебільшого надмірно розширювалося зарахуванням тих, яким здійснення функції захисту не властиве [5, с. 89–90]. З таким твердженням слід погодитися, оскільки дійсно за радянських часів процесуальне представництво здебільшого розглядалось стосовно підозрюваного і обвинуваченого. Зокрема, відомий процесуаліст того періоду М.С. Строгович вважав, що захисник – це представник обвинуваченого, який діє та представляє його законні інтереси на стадії досудового розслідування і судового розгляду, здійснюючи свою процесуальну діяльність за дорученням або за згодою [6, с. 245]. Своєю чергою О.Д. Бойков зазначив, що захисник поєднує повноваження самостійного учасника кримінального процесу з повноваженнями представника обвинуваченого [7, с. 69].

Як бачимо, радянські вчені практично змішували процесуальний статус захисника та представника. Але, як слушно наголосив В.С. Джатієв, захисника не можна розцінювати як представника підозрюваного, обвинуваченого, оскільки однією з головних умов представництва є перехід прав та законних інтересів до представника. Однак кримінальний процес побудований саме на тій умові, що підозрюваний, обвинувачений повинен особисто брати участь в ньому, у зв'язку з чим він не може цілком замінити себе пред-

ставником і діяти через нього [8, с. 11]. Така позиція заслуговує на увагу, адже науковець цілком правильно її обґрунтував, виходячи з правової сутності інституту представництва, який, на відміну від цивільного чи господарського процесу, в кримінальному процесі має свої суттєві відмінності.

Крім того, А.С. Стройкова вважає, що у кримінальному судочинстві більш правильним є говорити не про «представника потерпілого», а про «захисника потерпілого», оскільки термін «представник» здебільшого вживається в цивільному судочинстві [9, с. 206]. На переконання В.Ю. Панченка, подібні точки зору ґрунтувалися на тому, що захисник, як правило, брав участь в кримінальному судочинстві за бажанням обвинуваченого, а їх взаємовідносини визначалися на підставі договору доручення. При цьому обвинувачений мав право відмовитися від захисника, який, розпочинаючи процесуальну діяльність стосовно захисту, був зобов'язаний узгодити свої дії з підзахисним, оскільки їх відносини мають довірчий та конфіденційний характер [10, с. 158]. Таке твердження слід піддати певній критиці, оскільки в положеннях п. 3 ч. 2 ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», незважаючи на заборону адвокату займати у справі позицію всупереч волі клієнта, все ж таки передбачено право зайняти власну позицію, якщо він упевнений у самообмові клієнта [11]. Також, на нашу думку, після слова «самообмові» доцільно додати «чи зловживання довірою клієнта з боку інших осіб».

У контексті аналізу КПК України 2012 р. О.В. Мартовицька вважає доцільним говорити не про захисника-представника, а саме про адвоката-представника. З цією метою учена запропонувала чітко визначати права і обов'язки представника-адвоката та закріпити відповідний процесуальний механізм реалізації надання ним правової допомоги учасникам кримінального провадження [12, с. 11]. Між тим, проаналізувавши Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року, С.О. Іваницький дійшов висновку про намагання законодавця, поряд із традиційними провідними векторами діяльності адвоката у вигляді захисту (п. 5 ч. 1 ст. 1) та представництва (п. 9 ч. 1 ст. 1), окреслити і такий узагальнюючий напрям – інші види правової допомоги (п. 6 ч. 1 ст. 1). Зважаючи на це, автор зазначив, що сьогодні функціональними напрямами діяльності адвоката у кримінальному провадженні, поряд із захистом та представництвом, є надання інших видів правової допомоги, користувачами якої можуть бути свідки, заявники, заставодавці та інші [13, с. 32].

Свого часу В.М. Тертишник до суб'єктів захисту відносив усіх учасників процесу, які мають чи відстоюють певний інтерес у справі, та інших осіб, стосовно яких були порушені ті чи інші надані їм права [14, с. 259]. Але, на наш погляд, така класифікація суб'єктів кримінального процесу, які здійснюють захист, є досить умовною, оскільки не сприяє розумінню кожного з таких учасників, з огляду на що втрачається сутність та значення такої класифікації.

В контексті аналізу чинного КПК України О.Р. Балацька суб'єктів захисту в кримінальному провадженні поділила на три групи: 1) підозрюваний, обвинувачений, засуджений і виправданий; 2) захисник підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого; 3) законний представник підозрюваного, обвинуваченого [5, с. 91–93]. Але вважаємо, що такий поділ є не досить влучним, оскільки захисник і законний представник – це не суб'єкти захисту, а суб'єкти, які його надають. Окрім того, О.Р. Балацька вважає, що з моменту повідомлення особі про підозру в учиненні злочину чи притягнення її як обвинуваченої в кримінальному провадженні бере свій початок функція захисту, діють положення засади забезпечення права на захист у всіх її виявах. Саме тоді виникають правовідносини щодо забезпечення права на захист, що включають суб'єктів – осіб, учасників провадження, які представляють сторону захисту, і діяльність щодо реалізації наданих їм прав і повноважень у процесі здійснення функції захисту [5, с. 90]. Ми не можемо погодитися з такою думкою. Наприклад, відповідно до вимог ч. 4 ст. 213 КПК України уповноважена службова особа, яка здійснила затримання, зобов'язана негайно повідомити про це орган (установу), уповноважений законом на надання безоплатної правової допомоги, який призначає захисника. Тобто в цьому випадку функція захисту та забезпечення права на захист реалізується ще до повідомлення про підозру. Аналогічне стосується й іншої особи, права і законні інтереси якої обмежуються.

Здійснивши аналіз чинного законодавства, учасників кримінального провадження, уповноважених на здійснення захисту, можна поділити на три групи залежно від особи, яка має на це право:

І. Захисник, якого можна класифікувати за наступними критеріями.

Залежно від підстав залучення.

1. Залучення захисника за бажанням підозрюваного, обвинуваченого, яке, виходячи із вимог чинного законодавства, може здійснюватися у двох формах:

а) на основі п. 2 ч. 1 ст. 49, ч. 3 ст. 193 КПК України, п. 1, 5, 6 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» – у випадках, якщо підозрюваний, обвинувачений заявив клопотання про залучення захисника, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може його залучити самостійно;

б) на основі договору про надання правової допомоги, укладеного між підозрюваним, обвинуваченим та захисником (ст. 51 КПК України).

2. Залучення захисника у разі обов'язкової його участі в кримінальному провадженні, що здійснюється в порядку ст. 52 КПК України.

3. Залучення захисника у невідкладних випадках, коли є потреба у проведенні невідкладної процесуальної дії за участю захисника, а завчасно повідомлений захисник не може прибути для участі у проведенні процесуальної дії чи забезпечити участь іншого захисника або якщо підозрюваний, обвинувачений виявив бажання, але ще не встиг залучити захисника або прибуття обраного захисника неможливе (ст. 53 КПК України).

4. Залучення захисника у випадку затримання особи в порядку ст. 208 КПК України (ч. 4 ст. 208, ч. 4 ст. 213 КПК України).

5. Залучення захисника, якщо слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають участі захисника, а підозрюваний, обвинувачений не залучив його (п. 3 ч. 1 ст. 49, ч. 3 ст. 193 КПК України).

Залежно від того, кому залучається захисник для здійснення захисту:

1) захисник підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого;

2) захисник особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування;

3) захисник особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію);

4) захисник затриманої особи.

Залежно від того, хто залучає захисника:

1) залучення захисника підозрюваним, обвинуваченим;

2) залучення захисника законним представником підозрюваного, обвинуваченого;

3) залучення захисника іншими особами за згодою підозрюваного, обвинуваченого;

4) залучення захисника слідчим;

5) залучення захисника прокурором;

6) залучення захисника слідчим суддею;

7) залучення захисника судом;

8) залучення захисника уповноваженою службовою особою, яка здійснила затримання.

Залежно від того, хто зобов'язаний роз'яснити особі право на кваліфіковану правову допомогу та призначити захисника:

а) призначення захисника слідчим;

б) призначення захисника прокурором;

в) призначення захисника слідчим суддею;

г) призначення захисника судом.

II. Адвокат, якого можна класифікувати таким чином:

1) адвокат свідка (п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК);

2) адвокат учасників обшуку (абзац 3 ч. 3 ст. 236 КПК);

3) адвокат обшукуваної особи (абзац 2 ч. 5 ст. 236 КПК).

III. Особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником:

1) представник потерпілого;

2) представник цивільного позивача, цивільного відповідача;

3) представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження;

4) представник третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт.

Висновки

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що сьогодні в доктрині кримінального процесу зазначене питання залишається невирішеним, оскільки не сформовано критеріїв класифікації учасників кримінального провадження, уповноважених на здійснення захисту. Натомість в умовах розвитку змагального кримінального процесу цей аспект набуває все більшого значення, адже від вирішення даного питання також залежить ефективність реалізації засади забезпечення права на захист та функції захисту загалом.

Подальших наукових розвідок потребує питання процесуального механізму здійснення захисту в кримінальному провадженні. Така необхідність зумовлена тим, що в цьому напрямі діяльності реалізовується одна із конституційних засад – забезпечення права на захист, яка задекларована в Конституції України. Адже обов'язком держави є створення належних умов для кожного учасника кримінального провадження з тим, щоб завдання кримінального провадження були досягнуті в повному обсязі, зокрема й у частині захисту особи, охорони її прав, свобод та законних інтересів. Відповідно до чинного кримінального процесуального законодавства України діяльність учасників кримінального провадження, уповноважених на здійснення захисту, спрямована на: 1) спростування підозри чи обвинувачення; 2) зменшення обсягу висунутого обвинувачення; 3) пом'якшення покарання засудженого; 4) забезпечення відшкодування (компенсації) шкоди, завданої незаконними рішен-

нями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду; 5) забезпечення дотримання прав, свобод та законних інтересів 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); 6) недопущення застосування незаконного обмеження основоположних прав і свобод людини зі сторони обвинувачення у вигляді позбавлення волі, конфіскації майна, накладення штрафу, позбавлення спеціального права тощо.

Список використаних джерел:

1. Юридична енциклопедія: в 6 т. / гол. редкол. Ю.С. Шемшученко. К.: Укр. енциклопедія, 1998–2004. Т. 3: К – М. 2001. 792 с

2. Толковый словарь русского языка / под ред. С.И. Ожегова. URL: http://www.ozhegov.com/words/12364.shtml.

3. Гриненко І.О. Філософські та логічні засади класифікацій злочинів. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО. 2016. Випуск 40. Том 2. С. 76–81.

4. Альперт С.А. Субъекты уголовного процесса. Харьков, 1997. 60с.

5. Балацька О.Р. Поняття й класифікація суб'єктів захисту в кримінальному провадженні. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Прав». 2015. Вип. 35. Частина І. Том 3. С. 89–93.

6. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. Основные положения науки советского уголовного процесса. М.: Наука, 1968. 468 с.

7. Бойков А.Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам. М.: Юрид. лит., 1978. 172 с.

8. Джатиев В.С. Право обвиняемого на защиту в советском уголовном процессе: учеб. пособие / науч. ред. А. М. Цалиев. Орджоникидзе: РИО СОГУ, 1987. 80 с.

9. Стройкова А.С. О реализации прав потерпевших в российском уголовном судопроизводстве. Вестник Адыгейского государственного университета. 2009. Вып. 1 (42). С. 205–209.

10. Панченко В.Ю. Юридическая помощь (вопросы общей теории): монография. М.: Директ-Медиа, 2014. 279 с.

11. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 27. Ст. 282.

12. Мартовицька О.В. Реалізація правової допомоги на стадії досудового розслідування: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2014. 20 с.

13. Іваницький С.О. Функції адвокатури у кримінальному провадженні. Кримінальний процесуальний кодекс України: перші проблеми та здобутки: матеріали круглого столу (м. Запоріжжя, 20 листоп. 2013 р.). Запоріжжя: Класич. приват. ун-т, 2013. С. 31–32.

14. Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України: [підручник]. 4-те вид., переробл. і доповн. К.: А.С.К., 2003. 1120 с.

Статья посвящена классификации участников уголовного судопроизводства, уполномоченных на осуществление защиты в уголовном производстве. Исходя из анализа действующего уголовного процессуального законодательства Украины, предложено таких участников разделить на три группы: защитник, адвокат и лицо, имеющее право быть защитником. С учетом этого автором выделены классификационные критерии разделения каждой группы таких участников.

Ключевые слова: участники уголовного производства, стороны уголовного производства, сторона защиты, защитник, адвокат, представитель.

The article is devoted to the classification of participants in criminal proceedings authorized to exercise protection in criminal proceedings. Based on the analysis of the current criminal procedural legislation of Ukraine, such participants are proposed to be divided into three groups: defense counsel, lawyer and a person who has the right to be a defense counsel. With this in mind, the author highlighted the classification criteria for the separation of each group of such participants.

Key words: participants in criminal proceedings, parties to criminal proceedings, side of defense, defender, lawyer, representative.

УДК 343.43

Андрій Андрушко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права і процесу
Ужгородського національного університету

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ЧЕСТІ ТА ГІДНОСТІ ОСОБИ

Стаття присвячена дослідженню проблемних питань кримінально-правової охорони честі та гідності особи. Аналізуються аргументи прихильників та противників встановлення кримінальної відповідальності за наклеп та образу, відзначається, що протидія вказаним посяганням засобами кримінального права створює серйозний ризик надмірного застосування кримінально-правових методів до регулювання тих відносин, які є сферою насамперед цивільного права. Зроблено висновок, що зводити злочинні посягання на честь та гідність особи лише до наклепу та образи не варто.

Ключові слова: злочини проти волі, честі та гідності особи, наклеп, образа.

Постановка проблеми. Честь та гідність є одними з ключових понять Основного Закону нашої держави. Так, у статті 3 Конституції України вказано, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю; у статті 21 задекларовано, що усі люди вільні і рівні у своїй гідності та правах; у статті 28 підкреслюється, що кожен має право на повагу до його гідності; у статті 68 наголошується, що кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей. Охороняти честь та гідність особи повинен кримінальний закон. Разом із тим у юридичній літературі нерідко констатується брак кримінально-правових засобів, спрямованих на захист розглядуваних цінностей. Так, скажімо, М.Й. Коржанський нарікає на те, що честь і гідність особи «мабуть, найменше захищені кримінальним законом», вважає, що «наше законодавство дивиться на честь та гідність особи як на суспільні рудименти» [1, с. 73]. О.М. Храмцов своєю чергою відзначає, що якщо життя і здоров'я людини, її недоторканність і безпека достатньо захищені кримінальним законом, то цього не можна сказати про честь та гідність [2, с. 233]. При цьому звертає на себе увагу той факт, що вказані та інші дослідники, висловлюючи відповідну позицію, мають на увазі передовсім відсутність у чинному Кримінальному кодексі України (далі – КК України) статей про відповідальність за наклеп та образу.

Проблеми кримінально-правової охорони честі та гідності особи розглядалися в працях В.А. Бортника, М.І. Колоса, М.Й. Коржанського, В.В. Мульченка, В.М. Підгородинського, О.С. Субботенка, М.І. Хавронюка, О.М. Храмцова та інших науковців. Разом із тим окремі питання, пов'язані з даною проблематикою, залишаються дискусійними та не досить дослідженими. Частково вони аналізувалися нами раніше [3].

Мета статті – дослідити проблемні питання кримінально-правової охорони честі та гідності особи, в тому числі обґрунтувати недоцільність встановлення кримінальної відповідальності за наклеп та образу.

Виклад основного матеріалу. У сучасній науковій літературі досить часто висловлюються пропозиції криміналізувати вказані вище діяння. Прихильниками встановлення кримінальної відповідальності за наклеп та образу є В.А. Бортник [4, с. 11, 119, 124–128, 138–140, 175–178, 184–187], М.І. Колос [5, с. 319–320; 6, с. 161–162], М.Й. Коржанський [1, с. 74], В.В. Мульченко [7], О.С. Субботенко [8, с. 9–10, 11–13], О.М. Храмцов [2, с. 233–255] та інші науковці. Більше того, варто відзначити, що заклики криміналізувати наклеп та образу час від часу лунають у стінах вітчизняного парламенту. Як відомо, законом від 16 січня 2014 р. КК України був доповнений ст. 151-1 «Наклеп» [9], однак з огляду на протести проти цієї та інших законодавчих новел, що увійшли в історію нашої держави як «диктаторські закони», уже невдовзі наклеп був декриміналізований. Однак від ідеї передбачити кримінальну відповідальність за вказане діяння деякі народні депутати не відмовились. Зовсім нещодавно, 20 листопада 2018 р., у Верховній Раді України був зареєстрований проект Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо встановлення відповідальності за наклеп [10]. Ініціатори вказаного законопро-

© А. Андрушко, 2018

екту – народні депутати М.П. Паламарчук, А.Л. Палатний та О.М. Велікін – вважають, що відповідний крок дозволить забезпечити об'єктивність та достовірність подачі інформації журналістами. На їхнє переконання, останнім часом в Україні «свободу слова все частіше плутають зі вседозволеністю поширення відверто не перевірених, а то і зовсім помилкових фактів», свідченням чого є випадок зі звинуваченнями, що лунають з боку деяких ЗМІ на адресу народного депутата України щодо причетності до скоєння особливо тяжкого злочину (напад на громадську активістку Катерину Гандзюк) [11]. Реанімація ідеї про встановлення кримінальної відповідальності за наклеп викликала справжній резонанс у середовищі журналістів та представників громадянського суспільства, котрі переконані, що законопроект спрямований на те, аби забезпечити імунітет можновладців від публічної критики їхніх дій. У своєму зверненні вітчизняні медіаексперти підкреслили, що криміналізація наклепу «буде обмежувати свободу вираження поглядів, унеможливить висвітлення проблем корупції, зловживання службовим становищем. Подібні законопроекти є виключно засобом тиску на журналістів та медіа і можуть створити серйозний «охолоджуючий ефект» для висвітлення корупції, владних зловживань та інших публікацій на суспільно значущі теми» [12]. Навряд чи варто сумніватися в тому, що підстави для таких побоювань є цілком реальними. Вважаємо, що запровадження кримінальної відповідальності за наклеп серйозно «вдарить» по незалежності ЗМІ і загалом по свободі слова в Україні. У зв'язку з цим слід погодитись з ученими, які наголошують: «Встановлення кримінальної караності діяння допустиме тоді і тільки тоді, коли ми переконані, що позитивні соціальні результати застосування кримінального права суттєво перевищать неминучі негативні наслідки криміналізації» [13, с. 220; див. також: 14, с. 100–101]. Таким чином, є всі підстави стверджувати, що запровадження кримінальної відповідальності за наклеп (так само як і за образу) суперечить принципу співмірності позитивних та негативних наслідків криміналізації.

Звертає на себе увагу той факт, що спроби передбачити кримінальну відповідальність за наклеп обґрунтовуються передовсім «нападками» на політичних діячів з боку журналістів та представників громадянського суспільства, що, як слушно відзначає М.І. Хавронюк, прямо суперечить практиці Європейського суду з прав людини [15, с. 917]. Йдеться, зокрема, про рішення ЄСПЛ у справі Лінгенса проти Австрії (Lingens v. Austria), у якому, окрім іншого, вказувалось, що межі допустимої критики є ширшими, коли вона стосується власне політика, а не приватної особи; на відміну від останньої, перший неминуче і свідомо відкривається для прискіпливого аналізу кожного свого слова і вчинку як з боку журналістів, так і громадськості і, як наслідок, повинен виявляти до цього більше терпимості [16].

Окрім наведеного вище, основні аргументи на користь криміналізації наклепу та образи полягають у тому, що честь та гідність є важливими соціальними цінностями [1, с. 74; 2, с. 233, 245, 249, 250, 253; 6, с. 160–162; 8, с. 9, 12]; встановлення кримінальної відповідальності за розглядувані діяння відповідатиме положенням Конституції України [2, с. 233, 245; 4, с. 119–120, 139; 6, с. 162]; цивільно-правова відповідальність за такі вчинки є недостатньою, захист вказаних цінностей засобами кримінального права дозволить більш ефективно охороняти їх [4, с. 126–127; 8, с. 1, 4, 7–8, 11; 17; 18, с. 116]; встановлення кримінальної відповідальності за наклеп та образу відповідає історичним традиціям криміналізації цих діянь [2, с. 253; 4, с. 139–140, 174–175; 6, с. 160–161]; про необхідність криміналізації розглядуваних вчинків свідчить громадська думка [2, с. 253; 4, с. 169–170; 6, с. 161]; відповідальність за наклеп та образу передбачає кримінальне законодавство більшості держав світу (в т. ч. розвинутих) [2, с. 246; 4, с. 144–154; 6, с. 161; 8, с. 4, 8–9, 11; 11]; криміналізація наклепу та образи буде цілком відповідати міжнародним зобов'язанням України та нормам міжнародного права [2, с. 246; 4, с. 139; 6, с. 161].

На наш погляд, вказані аргументи не є досить переконливими.

Кримінальна відповідальність за наклеп та образу сьогодні насправді передбачена у законодавстві багатьох держав. Разом із тим, як наголошують дослідники проблеми, фактично вона застосовується вкрай рідко або ж взагалі не застосовується [19, с. 467]. Більше того, в багатьох державах відбувається процес часткової або повної декримінналізації наклепу та образи; пом'якшуються і покарання за вказані діяння (зокрема, у санкціях все частіше не передбачається покарання у виді позбавлення волі на певний строк). У спеціальній літературі підкреслюється, що відмова від кримінального переслідування за розглядувані діяння на користь винятково цивільно-правових санкцій є яскравим свідченням сучасної західної філософії кримінального права, у котрій дедалі більше суспільно небезпечних діянь отримують грошову оцінку. У сучасному західному суспільстві честь, гідність і репутація все

частіше сприймаються як певна економічна цінність, предмет товарно-грошових відносин [20, с. 117]. Відзначимо, що сказане стосується не лише розвинутих держав Західної Європи. У цьому контексті інтерес становить рішення Конституційної палати Верховного Суду Киргизької Республіки від 6 листопада 2013 р., в якому ст. 128 «Образа» КК Киргизстану визнана такою, що суперечить п. 6 ч. 4 ст. 29 і ч. 5 ст. 33 Конституції [21]. У рішенні підкреслюється, що основним способом захисту честі та гідності людини є право на судовий захист, наголошується на необхідності внесення змін до Цивільного кодексу Киргизької Республіки задля забезпечення ефективного механізму захисту честі та гідності особи.

У розглядуваному контексті відзначимо також, що відмовитися від намірів запровадження кримінальної відповідальності за наклеп Україні ще у 2012 році рекомендував генеральний секретар Ради Європи Турбйорн Ягланд, котрий підкреслив, що «без вільних медіа немає жодного засобу проти некомпетентності та зловживань влади», і наголосив на тому, що сама лише загроза кримінального переслідування може призвести до збільшення самоцензури та обмеження свободи слова. На переконання Ягланда, «цивільний розгляд справ та публічний діалог є набагато ефективнішим захистом від наклепу» [22; 23].

Як відзначалося, прихильники встановлення кримінальної відповідальності за наклеп та образу вважають, що цивільно-правова відповідальність за такі вчинки є недостатньою і неефективною. Ініціатори згадуваного законопроекту, наприклад, підкреслюють, що цивільно-правова відповідальність «не несе жодної превентивної функції», і наголошують, що «внаслідок безкарності за відвертий наклеп у суспільстві закріплюється стійке відчуття того, що можна будь-що і будь-коли сказати про людину і *жодної* (курсив наш – А.А.) відповідальності за це нести не треба» [11]. Наведені твердження видаються необґрунтованими й такими, що без жодних на те підстав заперечують реальний потенціал цивільно-правової відповідальності у розглядуваній сфері. Відомий вітчизняний цивіліст Р.О. Стефанчук слушно відзначає, що цивільне право, завдяки притаманному йому відновлювальному методу, покликане найбільш ефективно здійснювати захист таких особистих немайнових благ, як честь, гідність та репутація особи [24, с. 3].

Наявні в спеціальній літературі нарікання на недостатність цивільно-правової відповідальності за посягання на честь, гідність і ділову репутацію особи, на наш погляд, не є досить переконливими. Має рацію М.І. Хавронюк, який підкреслює, що за наявності цивільної відповідальності за наклеп усі можливі і достатні види сатисфакції одержує саме та особа, стосовно якої були поширені завідомо неправдиві відомості, тоді як штраф, стягнутий за вчинення відповідного кримінально караного діяння, піде в дохід держави [15, с. 917; 19, с. 470]. Справедливо звертається увага також на те, що у випадках, коли наслідком вчиненого наклепу є самогубство потерпілого чи притягнення його до кримінальної відповідальності, винна особа за наявності для цього підстав підлягає відповідальності за ст. 120 або ст. 383 КК України, що дозволяє зробити висновок про те, що найбільш імовірні і тяжкі наслідки наклепу чи діянь, суміжних із наклепом, вже враховані вітчизняним законодавцем [15, с. 917; 19, с. 470]. Разом із тим, на наш погляд, можна і потрібно говорити про необхідність удосконалення цивільно-правового механізму відшкодування заподіяної особі моральної та майнової шкоди, а також спростування поширеної неправдивої інформації, який натепер доволі складний.

О.М. Храмцов говорить про необхідність подвійного захисту честі та гідності цивільно-правовими та кримінально-правовими засобами (вибір способу захисту, на думку науковця, повинен залежати від самого потерпілого), стверджує, що такий підхід дозволить більш ефективно охороняти ці найважливіші цінності [2, с. 249, 250]. Видається, що протидія наклепу та образі засобами кримінального права створює серйозний ризик надмірного застосування кримінально-правових методів до регулювання тих відносин, які є сферою насамперед цивільного права, з усіма наслідками, що звідси випливають, не кажучи вже про те, що реалізація відповідної пропозиції створить певну колізію між нормами цивільного та кримінального права.

Не варто забувати, що кримінальне право задумувалось як ultima ratio (останній аргумент) у справі забезпечення правопорядку. Воно має підключатися до механізму регулювання суспільних відносин лише тоді, коли необхідне застосування найсуворіших заходів впливу з тих, що є у розпорядженні держави. Слід погодитись також із тим, що криміналізація певного діяння є доцільною лише тоді, коли немає і не може бути норми, яка досить ефективно регулює відповідні відносини методами інших галузей права [14, с. 97].

Відсутність у розділі III Особливої частини КК України статей про відповідальність за наклеп та образу дає підстави деяким дослідникам стверджувати, що «честь та гідність

людини в Україні взагалі не охороняються кримінальним законом» і що розділ ІІІ Особливої частини КК України, хоча і називається «Злочини проти волі, честі та гідності особи», не містить у собі жодного злочину, основним безпосереднім об'єктом якого є честь та гідність особи [2, с. 233]. На наш погляд, зводити злочинні посягання на честь та гідність особи лише до наклепу та образи не варто. Видається, що у розділі ІІІ Особливої частини КК України законодавець об'єднав злочини проти волі, честі та гідності тому, що вважає їх досить близькими чи навіть такими, що перетинаються. Так, наприклад, є всі підстави стверджувати, що основним безпосереднім об'єктом незаконного поміщення в заклад із надання психіатричної допомоги (ст. 151) є свобода, честь та гідність особи, причому в їх сукупності [25, с. 173–174]. На думку Я.Г. Лизогуба, людська гідність страждає також у разі вчинення викрадення людини (ст. 146), торгівлі людьми (ст. 149), експлуатації дітей (ст. 150), використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (ст. 150-1); честь може виступати факультативним об'єктом діяння, відповідальність за яке передбачена ст. 150-1 КК України [26, с. 109, 115, 119, 121]. Людська гідність, на наш погляд, страждає також у разі вчинення підміни дитини (ст. 148) через відділення останньої від рідних батьків (пов'язана з правом дитини виховуватися рідними (біологічними) батьками чи особами, що їх замінюють); значна моральна шкода в результаті вчинення цього діяння може бути завдана й батькам дитини через усвідомлення того, що їхня справжня дитина була від них відторгнута і що вони виховували чужу дитину [27, с. 284].

Висновки

Підсумовуючи викладене, можемо зробити висновок про недоцільність встановлення кримінальної відповідальності за наклеп та образу. Протидія вказаним посяганням засобами кримінального права створює серйозний ризик надмірного застосування кримінально-правових методів до регулювання тих відносин, які є сферою насамперед цивільного права. Водночас немає підстав для тверджень, що честь та гідність особи кримінальним законом не охороняються.

Список використаних джерел:

1. Коржанський М.Й. Кримінальне право і законодавство України. Частина Загальна. Курс лекцій. Київ: Атіка, 2001. 432 с.

2. Храмцов О.М. Кримінально-правове та кримінологічне забезпечення охорони особи від насильства: монографія. Харків: НікаНова, 2015. 472 с.

3. Андрушко А.В. Окремі питання кримінально-правової охорони честі та гідності особи. Гуманізація кримінальної відповідальності: матеріали ІІ Міжнародного науково-практичного симпозіуму (м. Івано-Франківськ, 16-17 листопада 2018 р.). Івано-Франківськ: Редакційно-видавничий відділ Університету Короля Данила, 2018. С. 7–12.

4. Бортник В.А. Кримінально-правова охорона честі та гідності особи: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2004. 203 с.

5. Колос М.І. Кримінальне право в Україні (Х – початок ХХІ століття): моногр.: у 2 т. Т. 1. Освіта, наука, законодавство. Київ–Острог: Національний університет «Острозька академія», 2011. 448 с.

6. Колос М. Клевета и оскорбление: генезис ответственности и проблемы современной криминализации – декриминализации. Jurnalul juridic national: teorie i practic . 2014. № 4 (8). С. 158–163.

7. Мульченко В. Проблеми охорони честі і гідності особи у кримінальному законі. Право України. 2002. № 10. С. 41–44.

8. Субботенко О.С. Охорона честі та гідності особи кримінально-правовими засобами (досвід країн СНД та ЄС): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2016. 16 с.

9. Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та процесуальних законів щодо додаткових заходів захисту безпеки громадян: Закон України від 16 січня 2014 р. № 721-VII // База даних «Законодавство України». URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/721-18

10. Проект Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо встановлення відповідальності за наклеп від 20 листопада 2018 р. № 9306 / Верховна Рада України: офіційний вебпортал. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64959

11. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо встановлення відповідальності за наклеп» / Верховна Рада України: офіційний вебпортал. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64959

12. Закон про наклеп загрожує свободі слова і українським ЗМІ. Сьогодні. 2 грудня 2018 р. URL: https://ukr.segodnya.ua/politics/zakon-o-kleveteugrozhaet-svobode-slova-i-ukrainskim-smi-1193476.html

13. Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, А.М. Яковлев. Москва: Наука, 1982. 304 с.

14. Балобанова Д.О. Теорія криміналізації: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2007. 208 с.

15. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми

гармонізації. Монографія. Київ: Юрисконсульт, 2006. 1048 с.

16. Рішення ЄСПЛ у справі «Лінгенс проти Австрії» від 8 липня 1986 р. // База даних «Законодавство України». URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_066

17. Підгородинський В.М. Співвідношення цивільно-правової відповідальності за посягання на честь і гідність людини з кримінальною відповідальністю. Актуальні проблеми держави і права. 2013. Вип. 69. С. 169–174.

18. Підгородинський В.М. Про встановлення в Україні кримінальної відповідальності за наклеп. Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. Серія «Право». 2012. Вип. 18. С. 111–117.

19. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право: навчальний посібник / за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ: Ваіте, 2014. 944 с.

20. Сравнительное уголовное право. Особенная часть: монография / под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. Москва: Юрлитинформ, 2010. 544 с.

21. Решение Конституционной палаты Верховного Суда Кыргызской Республики от 6 ноября 2013 г. № 8-P URL: http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/9613

22. Генсек Ради Європи закликав депутатів припинити спроби задушити свободу ЗМІ. 24 канал. 21 вересня 2012 р. URL: https://24tv.ua/gensek_radi_yevropi_zaklikav_deputativ_pripiniti_sprobi_zadushiti_svobodu_zmi_n260409

23. Рада Європи закликала Україну не вводити кримінальну відповідальність за наклеп. Дзеркало тижня. 24 вересня 2012 р. URL: https://dt.ua/POLITICS/rada_evropi_zaklikala_ukrayinu_ne_vvoditi_kriminalnu_vidpovidalnist_za_naklep.html

24. Стефанчук Р.О. Захист честі, гідності та репутації в цивільному праві: монографія. Київ: Науковий світ, 2001. 307 с.

25. Андрушко А.В. Об'єкт незаконного поміщення в психіатричний заклад. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2014. № 7. С. 171–175.

26. Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Київ: ВД «Дакор», 2013. 786 с.

27. Андрушко А.В. Кримінальне законодавство пострадянських держав про відповідальність за підміну дитини. Закарпатські правові читання: матеріали X Міжнародної науково-практичної конференції (19-21 квітня 2018 р., м. Ужгород). Ужгород, 2018. Т. 2. С. 283–290.

Статья посвящена исследованию проблемных вопросов уголовно-правовой охраны чести и достоинства личности. Анализируются аргументы сторонников и противников установления уголовной ответственности за клевету и оскорбление, отмечается, что противодействие указанным посягательствам средствами уголовного права создает серьезный риск чрезмерного применения уголовно-правовых методов к регулированию отношений, являющихся сферой прежде всего гражданского права. Сделан вывод о том, что сводить преступные посягательства на честь и достоинство личности только к клевете и оскорблению не стоит.

Ключевые слова: преступления против свободы, чести и достоинства личности, клевета, оскорбление.

The article researches on problematic issues of protection of honor and dignity of a person in criminal law. It analyzes arguments of both supporters and opponents of introducing criminal responsibility for libel and insult and indicates that counteraction to libel and insult by means of criminal law creates serious risks of excessive application of criminal law methods in relations which belong predominantly to the civil law area. It is concluded that is it not worth limiting all criminal encroachments against honor and dignity of a person only to libel and insult.

Key words: crimes against freedom, honor, and dignity of a person, libel, insult.

УДК 343.3

Ігор Готвянський,
аспірант юридичного факультету
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

ВІДМЕЖУВАННЯ ШАХРАЙСТВА В ГОСПОДАРСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ВІД ІНШИХ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНУ

У статті розглядається вчинення шахрайства у сфері господарської діяльності та досліджуються основні чинники відмежування вчинення шахрайства в господарській діяльності від складів інших злочинів, передбачених кримінальним законодавством, аналізуються проблемні питання та прогалини чинного законодавства, що сприяє ефективному відмежуванню шахрайства від інших злочинів і притягненню винних осіб до кримінальної відповідальності.

Ключові слова: склад злочину, шахрайство, цивільно-правові зобов'язання, злочинний намір, господарська діяльність.

Постановка проблеми. Вибрана тематика є актуальною, оскільки у сучасних господарських відносинах, що зазнають сталого та стрімкого розвитку, окремими особами вчиняються кримінальні правопорушення, кваліфікування яких за відповідною статтею Кримінального кодексу України є неоднозначним, а іноді – важким процесом. Такі обставини зумовлені недосконалістю кримінального законодавства. Запропоновані зміни і доповнення до чинного кримінального законодавства запровадять чіткий механізм притягнення до кримінальної відповідальності осіб, винних у вчиненні злочинів у сфері господарської діяльності.

Стан опрацювання тематики дослідження. Аналіз публікацій свідчить про відсутність комплексного вивчення даного питання, розрізненість наукової літератури. Дослідженням даної тематики займались такі видатні науковці: В.М. Ярошенко, В.Р. Мойсик, І.М. Федулова, О.В. Смаглюк, С.І. Селецький, В.І. Антипов, М.В. Ємельянов, Г.М. Чернишов, С.С. Чернявський, С.П. Чорнуцький та інші.

Метою статті є дослідження теоретичних та практичних питань щодо відмежування шахрайства у сфері господарської діяльності від інших складів злочинів, передбачених особливою частиною Кримінального кодексу, визначення основних чинників і факторів такого відмежування. Крім того, проведемо аналіз чинного кримінального законодавства, що передбачає відповідальність за вчинення такого злочину в господарській діяльності, як шахрайство, та сформуємо пропозиції щодо його доповнення і вдосконалення.

Виклад основного матеріалу. Проблеми кримінального характеру непоодинокі у господарській діяльності. Кожен окремий випадок зокрема та криміногенна ситуація взагалі мають певні сталі чинники, що зумовлюють виникнення злочинного наміру у певної групи осіб. Серед таких чинників, що зумовлюють вчинення злочинів, є як індивідуально спрямовані, так і загальні, що мають вплив на широкі маси соціуму та соціально-економічні групи населення держави.

Однак дуже важливим питанням, яке не передує вчиненню злочину і не зумовлює його, проте без якого неможливий інститут кримінальної відповідальності, безпосередньо є кримінально-правова кваліфікація правопорушення. Цей механізм полягає у визначенні шляхом зіставлення складу вчинених діянь і складу злочину, який передбачено відповідною статтею особливої частини Кримінального кодексу.

Склад злочину – визначальне поняття, необхідне для визнання особи винною і надалі притягнення її до відповідальності шляхом застосування відповідної норми [1]. Диспозиція такої норми кримінального кодексу і передбачає складові елементи конкретного складу злочину.

Склад будь-якого злочину містить чотири складники – об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкт і суб'єктивну сторону злочину. Детальніше зупинившись на кожному складнику, можна проаналізувати, за якими чинниками кваліфікують той чи інший злочин і, як наслідок, притягують особу до кримінальної відповідальності – визначають міру покарання. А отже, такий аналіз, безумовно, має значення для дослідження ефективності застосування кримінального законодавства,

© І. Готвянський, 2018

зокрема, у разі вчинення шахрайства в господарській діяльності.

Так, статтею 190 КК України передбачено кримінальну відповідальність за такий злочин, як шахрайство, а саме заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою. Об'єктом шахрайства є право власності на майно. Об'єктивною стороною такого злочину є заволодіння майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою. У результаті шахрайських дій потерпілий – власник, володілець, особа, у віданні або під охороною якої знаходиться майно, добровільно передає майно або право на майно винній особі. Безпосередня участь потерпілого у передачі майнових благ і добровільність його дій є обов'язковими ознаками шахрайства, які відрізняють його від викрадення майна та інших злочинів проти власності.

Суб'єктом злочину є особа, що досягла шістнадцятирічного віку, тобто загальний суб'єкт злочину. Суб'єктивна сторона такого злочину, як шахрайство, характеризується прямим умислом і корисливим мотивом.

З іншого боку, фундаментальним чинником, що передує, на нашу думку, вчиненню такого злочину, як шахрайство в господарській діяльності, є безпосередньо укладання між контрагентами цивільних правочинів. Такі правочини, на перший погляд, утворюють цивільні правовідносини.

Однак, наявне нині різноманіття цивільно-правових угод дає особам, що мають злочинний намір вчинити шахрайство в господарській діяльності, право вибору між найбільш привабливим, простим і, найголовніше, підходящим засобом вчинення злочину, що максимально точно відповідає ситуації. Усі ці дії вчиняються з однією метою – завуалювати (приховати) фактичну мету, досягнення якої передбачає злочинний намір, та переведення правовідносин у іншу сферу, яка регулюється окремим законодавством.

З огляду на це, можна дійти висновку, що найважливішою проблемою юридичної практики нині є проблема відмежування шахрайства від правопорушень, що мають цивільно-правовий характер.

Підприємницький ризик – один з основоположних чинників, що визначає спроможність особи – учасника правовідносин – до виконання конкретних договірних зобов'язань. Однак дуже важливим фактором є дослідження обставин, що свідчать про реальну неспроможність особи-учасника до виконання або ухиляння від виконання договірних зобов'язань. Без визначення цих факторів неможливий повний, усебічний та об'єктивний розгляд майбутнього спору [2]. Отже, одним із проблемних питань є питання визначення намірів осіб, наявність у їх діях злочинного наміру або звичайної невдачі, несприятливих умов, за яких підприємницький ризик досяг свого нижнього піку і цивільно-правові зобов'язання немає фактичної можливості виконати. Визначення таких характеристик діянь є основою для відмежування дій, що мають злочинний намір, від звичайних невдач у здійсненні підприємницької діяльності. Однак ці проблемні питання натепер не врегульовані кримінальним законодавством.

У чинній редакції Кримінального кодексу України законодавець зазначає лише один злочин, який прямо передбачає вчинення шахрайських дій, тобто заволодіння майном або правом на майно, шляхом введення в оману. Цей злочин передбачено статтею 222 Кримінального кодексу України, а саме «Шахрайство з фінансовими ресурсами» [3]. Диспозицією даної норми дещо іншим чином визначено саме поняття шахрайства. Відповідно до названої статті, шахрайство – це надання завідомо неправдивої інформації органам державної влади, органам влади Автономної Республіки Крим чи органам місцевого самоврядування, банкам або іншим кредиторам із метою одержання субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг щодо податків у разі відсутності ознак злочину проти власності. Ця дефініція відображає сутність самого шахрайства, яке є самостійним злочином.

Дуже важливим питанням, що зумовлює відмежування шахрайства від інших складів злочину, насамперед є дослідження засобів вчинення тих чи інших діянь, тобто відмежування цих діянь від норм Цивільного кодексу України. Прикладом може слугувати навмисне невиконання договірних зобов'язань у сфері підприємницької діяльності. Однак іншим важливим фактором, що запобігає неправильній кваліфікації злочину, є безоплатність отримання певних майнових благ. Так, у разі вчинення шахрайства в господарській діяльності необхідно звертати увагу, кваліфікуючи злочин, на те, у який спосіб було отримано майно або право на нього, не тільки у контексті введення в оману або надання неправдивих відомостей. У кваліфікації цього злочину повинна бути врахованою ще повна безоплатність як ознака вчинення зовсім іншого злочину. Це пов'язано з тим, що у разі розкрадання особа – суб'єкт злочину – отримує певне майно або майнове благо цілком безоплатно, тобто має місце односторонній перехід майнових благ – такий чинник виявляє одну з описових характеристик такого

складу злочину, який передбачено статтею 190 Кримінального кодексу України «Шахрайство». Проаналізувавши більш детально обставини, за яких вчиняється злочин, і мету осіб, що його вчиняють, можна дійти висновку, що шахрайство у розумінні статті 190 Кримінального кодексу України має на увазі надання неправдивих відомостей (інформації) замість отримання майна у власність або прав на це майно.

Однак за такими діями неможливо кваліфікувати шахрайство як злочин, що вчиняється у сфері господарської діяльності. Перш за все, причиною цього є той факт, що досягненню сприятливого матеріального чи іншого становища, що є ціллю суб'єкта злочину, передують певні діяння, що можуть являти собою ведення цілком законної підприємницької діяльності. Наприклад, суб'єкт підприємницької діяльності, користуючись своїм правом, що ґрунтується на засадах, визначених конституцією України, а саме правом кожної особи на заняття підприємницькою діяльністю, відповідно до господарського і цивільного законодавства, укладає договір із контрагентом [4]. Предметом договору виступає виготовлення і поставка товару, що має певну матеріальну цінність. За умовами договору, який було укладено після процедури переговорів, визначено за взаємною згодою обох сторін, що виготовлення та поставка товару здійснюється виконавцем на умовах передоплати за товар за цим договором у розмірі 25 відсотків від загальної його вартості. Решта оплати повинна бути здійснена протягом 14 календарних днів із моменту поставки товару і прийняття його замовником без зауважень. Суб'єкт підприємницької діяльності, як сторона за договором, в особі керівника, що діє на підставі установчих документів, належним чином виконує умови договору до певного моменту у часі. Зокрема, це відбувається таким чином. Замовник сплачує передоплату у порядку і розмірі, передбачених договором, виконавець виготовляє і поставляє товар. Однак надалі замовник виявляється неспроможним виконати решту умов договору. Крім того, ситуація виглядає так, що поставлений товар давно реалізовано або передано у власність іншій особі, яка виявляється добросовісним набувачем. Первісний набувач права власності на товар (замовник) виявляється неспроможним навіть у примусовому порядку після проходження процедури стягнення боргу у судовому порядку, відкриття виконавчого провадження, але за відсутності будь-якого майна, відшкодувати або сплатити заборгованість за договором.

Такі випадки є непоодинокими у сучасній судовій практиці, про що свідчить аналіз матеріалів судової практики та інших наукових досліджень [5]. Більш важливо те, що навіть після отримання позитивного рішення суду, подання виконавчого документа (наказу, виконавчого листа, виконавчого припису нотаріуса) не виявляється можливим стягнути заборгованість за договором.

На нашу думку, виведення цієї ситуації із цивільно-правової та господарсько-правової площини сприятиме, перш за все, уникненню такої ситуації. Притягнення до відповідальності посадових осіб суб'єкта підприємницької діяльності, який був організатором і учасником такої шахрайської схеми, на нашу думку, сприятиме більш швидкому вирішенню ситуації. Кримінальна відповідальність посадових осіб повинна визначатись за відповідною статтею особливої частини Кримінального кодексу України, яка нині відсутня. Отже, треба доповнити чинне кримінальне законодавство статтею, що передбачала би кримінальну відповідальність за вчинення шахрайства у господарській діяльності. Кваліфікуючими ознаками такої статті повинні бути вчинення цих діянь за попередньою змовою або групою осіб, а також у великих чи особливо великих розмірах.

Висновки

Таким чином, було досліджено теоретичні та практичні питання щодо відмежування шахрайства у сфері господарської діяльності від інших складів злочинів, передбачених особливою частиною Кримінального кодексу, визначення основних чинників і факторів такого відмежування. Проаналізовано чинне кримінальне законодавство, що передбачає відповідальність за вчинення такого злочину в господарській діяльності, як шахрайство, та сформовано такі пропозиції щодо його вдосконалення, а також перспективи розвитку, що полягають у такому.

На нашу думку, притягнення до кримінальної відповідальності посадових осіб суб'єкта підприємницької діяльності у разі встановлення їх вини у вчиненні шахрайства у сфері господарської діяльності є необхідним для забезпечення сталого функціонування правової держави у цілому, посідає важливе місце у правильній кваліфікації вчиненого злочину. Критеріями відмежування шахрайства у сфері господарської діяльності є відсутність такої ознаки, як безоплатність отримання майна або права на майно (певних майнових благ), зміст і спрямованість умислу осіб, мотиву, мети та моменту їх виникнення.

Список використаних джерел:

1. Ярошенко В.М. Відмежування шахрайства від інших суміжних складів злочинів за кримінальним кодексом України. М: ЮрИнфоР, 2015. С. 11.
2. Мойсик В.Р. Відмежування шахрайства з фінансовими ресурсами. Адвокат. 2007. № 4.
3. Кримінальний кодекс України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14.
4. Конституція України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.
5. Федулова І.М. Відмежування складу злочину, передбаченого статтею 2062 кримінального кодексу України, від суміжних складів злочинів. Університетські наукові записки. 2017. № 62. С. 123-135.

В статье рассматривается совершение мошенничества в сфере хозяйственной деятельности и исследуются основные факторы отграничения совершения мошенничества в хозяйственной деятельности от составов других преступлений, предусмотренных уголовным законодательством, анализируются проблемные вопросы и пробелы действующего законодательства, что способствует эффективному отмежеванию мошенничества от других преступлений и привлечению виновных лиц к уголовной ответственности.

Ключевые слова: состав преступления, мошенничество, гражданско-правовые обязательства, преступный умысел, хозяйственная деятельность.

The article discusses the commission of fraud in the sphere of economic activity and examines the main factors separating the commission of fraud in economic activity from the warehouses of other crimes under criminal law, analyzes problematic issues and gaps in current legislation, contributes to effective separation of fraud from other crimes and to bring the guilty persons to criminal responsibility .

Key words: crime, fraud, civil liability, criminal intention, economic activity.

УДК 344.13

Микола Карпенко,
канд. юрид. наук, доцент, професор кафедри,
виконуючий обов'язки завідувача кафедри кримінального права,
кримінології, цивільного та господарського права
ЗВО «Національна академія управління»

КВАЛІФІКАЦІЇ ОКРЕМИХ ВІЙСЬКОВИХ ЗЛОЧИНІВ, УЧИНЕНИХ ЗА СУКУПНІСТЮ ЗЛОЧИНІВ

У статті аналізуються окремі питання кваліфікації вчинених за сукупністю військових злочинів. Констатується той факт, що є певні особливості. Зокрема, це стосується ситуацій, коли суб'єкти військових злочинів одночасно виконують об'єктивну сторону кількох військових злочинів. Висловлені пропозиції допомагатимуть у правозастосовній діяльності правильно здійснювати їх кваліфікацію.

Ключові слова: сукупність злочинів, злочини проти встановленого порядку несення військової служби, військові злочини, склад злочину, об'єктивна сторона, суб'єкти військових злочинів, кваліфікація злочинів.

Постановка проблеми. Аналіз військових злочинів висвітлив певні особливості щодо їх кваліфікації в разі вчинення за сукупністю. Тому доцільно детальніше проаналізувати цей інститут кримінального права, щоб запропонувати пропозиції, які сприяли б у слідчій і судовій діяльності уникненню помилок під час кваліфікації вчинених за сукупністю злочинів.

Питання кваліфікації злочинів проти встановленого законодавством порядку несення чи проходження військової служби за сукупністю злочинів висвітлювали у своїх наукових працях В.М. Білоконев, В.П. Бодаєвський, В.В. Бондарєв, С.І. Дячук, М.І. Карпенко, В.І. Касинюк, М.І. Панов, М.І. Хавронюк, С.О. Харитонов, О.А. Чуваков та інші вчені.

Також ці питання аналізувалися фахівцями у коментарях до відповідних статей Кримінального кодексу України, інших публікаціях практичних працівників. Проте залишаються окремі питання, які потребують додаткового всебічного аналізу й висвітлення.

Метою статті є подальший аналіз і відображення особливостей, які характеризують окремі аспекти здійснення кваліфікації військових злочинів, учинених за сукупністю злочинів.

Виклад основного матеріалу. Ч. 1 ст. 33 КК України передбачено, що «сукупністю злочинів визнається вчинення особою двох або більше злочинів, передбачених різними статтями або різними частинами однієї статті Особливої частини <...> Кодексу, за жоден із яких її не було засуджено. При цьому не враховуються злочини, за які особу було звільнено від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом» [1]. Підґрунтям цього правового інституту кримінального права є діяння (дія або бездіяльність), яке характеризується ознаками злочину, що зазначені як у ч. 1 ст. 11, так і в ч. 1 ст. 401 КК України. Ідеться про об'єктивну сторону як один із елементів складу військового злочину. Як зазначає М.І. Панов, «об'єктивна сторона злочину – це 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 злочину» [2, с. 103]. В.К. Матвійчук ще додатково виокремлює як самостійні ознаки об'єктивної сторони знаряддя злочину й джерела вчинення злочину [3, с. 328].

Характеризуючи сукупність злочинів, М.І. Бажанов виділяв три характерні для цього правового інституту ознаки, які вказані у ст. 33 КК України, і зазначав, що в науці кримінального права традиційно сукупність злочинів поділяється на два види: сукупність ідеальну й сукупність реальну [4, с. 236–237]. Ідеальна сукупність має місце тоді, коли одним діянням фізичної особи вчинено два чи більше злочинів, а реальна сукупність буде мати місце в разі, коли винний різними самостійними діями вчиняє два чи більше злочинів. Щодо часу їх вчинення, то при ідеальній сукупності злочини вчиняються одночасно, а при реальній сукупності обов'язково між

© М. Карпенко, 2018

діями, що мають ознаки злочинів і які вчиняє особа, є певний проміжок часу. При цьому М.І. Бажанов зазначав, що «через різночасне вчинення злочинів при реальній сукупності її кваліфікація не викликає настільки серйозних ускладнень, як кваліфікація сукупності ідеальної» [4, с. 237]. Розглянемо ці ситуації детальніше стосовно окремих злочинів проти встановленого законодавством порядку несення чи проходження військової служби, передбачених розділом XIX Особливої частини КК.

Стосовно злочинів, передбачених ст. ст. 402–406 КК України, які можуть бути вчинені за сукупністю з іншими злочинами, нами ці «комбінації» аналізувались й опубліковані [5, с. 115–121].

1. *Щодо злочинів, передбачених ст. ст. 407–409 КК.*

Об'єктивна сторона цих військових злочинів характеризується умисними діями, що спрямовані на самовільне залишення військової частини або місця служби (ст. 407), дезертирство (ст. 408), ухилення від військової служби шляхом самокалічення чи іншим способом (ст. 409). Щодо цієї групи злочинів, суб'єктами вчинення яких можуть бути лише особи, що мають статус військовослужбовця, то сукупність злочинів можлива в разі їх знаходження поза межами військової частини чи місця служби.

У разі, коли має місце кілька самовільних залишень військової частини чи місця служби різної тривалості, наприклад, одного разу – не більше місяця, а вдруге – понад один місяць, то за таких обставин відповідно до ст. 33 КК має місце сукупність злочинів, і дії військовослужбовця строкової служби (не в умовах особливого періоду) належить кваліфікувати за ознаками злочинів, передбачених ч. 1 і ч. 3 ст. 407, а дії інших військовослужбовців – за ч. 2 й ч. 3 ст. 407 КК.

Учинення кримінально караного самовільного залишення військової частини чи місця служби військовослужбовцем, який знаходиться в складі добового наряду, варти (вахти), патруля чи наряду з охорони державного кордону України чи несе бойове чергування (бойову службу) (у разі спричинення тяжких наслідків – *М. К.*) утворює сукупність злочинів, передбачених ст. 407 і ст. ст. 418, 419, 420 або 421 [6, с. 134].

Коли ж військовослужбовець учинив дезертирство, він не перестає бути суб'єктом військово-службових відносин. Тому можлива сукупність дезертирства й інших злочинів, як спрямованих проти встановленого порядку несення чи проходження військової служби, так і таких, що посягають на інші об'єкти, які охороняються кримінальним законом, учинених під час залишення військової частини або місця служби чи під час перебування в дезертирстві.

Крім того, заволодіння військовослужбовцем зброєю як предметом злочину, передбаченого ст. 410 КК, із подальшим дезертирством кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 408 і ст. 410 КК. Коли ж дезертирство вчиняється під час несення однієї зі спеціальних служб або під час залишення поля бою під час бою, то в такому разі дії винного необхідно кваліфікувати за сукупністю вчинених злочинів, тобто за ч. 2 ст. 408 і ст. ст. 418, 419, 420 або 421 КК, а в іншому разі – за ч. 4 ст. 408 і ст. 429 КК.

Військовослужбовці, які відбувають на гауптвахті призначений як кримінальне покарання арешт або перебувають у попередньому ув'язненні, у разі їх утечі з такою самою двоєдиною метою (утеча з місця позбавлення волі або з-під варти – *М. К.*) притягуються до відповідальності за сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 393 і 408 КК [6, с. 137].

Підробка документів як один зі способів учинення злочинів, передбачених ч. ч. 1, 3, 4 ст. 409 КК, полягає в тому, що військовослужбовець подає командиру чи начальнику сфабрикований або підроблений ним самим чи іншою особою документ із метою отримання звільнення від несення обов'язків із військової служби. Це може бути виражене, скажімо, у пред'явленні фіктивної телеграми про смерть чи тяжку хворобу батьків із метою отримання відпустки, підробленого свідоцтва про рік народження з метою дострокового звільнення з військової служби тощо. У всіх випадках підробка полягає в невідповідності дійсності зазначених у документі подій і обставин, посилаючись на які, військовослужбовець клопоче про тимчасове чи постійне звільнення його від виконання військових обов'язків.

Оскільки підробка документів – обов'язкова ознака об'єктивної сторони складу ухилення, то кваліфікація його ще й за ст. 358 КК не вимагається. Тут відсутня сукупність злочинів. Водночас подання підробленого документа для приховування вчиненого самовільного залишення військової частини кваліфікується за ст. ст. 358 і 407 [7, с. 484].

Ухилення від несення обов'язків із військової служби, учинене шляхом підкупу службової особи, необхідно розглядати як один із видів ухилення шляхом обману. Якщо при цьому підкуп було реалізовано в одержанні неправомірної вигоди службовою особою, то особа, яка ухилилася від несення військових обов'язків, крім того, підлягає

відповідальності й за надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК).

Відмова від несення обов'язків із військової служби (ч. 2 ст. 409 КК) об'єктивно характеризується тим, що військовослужбовець відкрито, не використовуючи обману, усно, письмово чи іншим способом висловлює своє небажання нести військову службу чи виконувати окремі її обов'язки й фактично припиняє їх виконання.

Відмова підлеглого виконати конкретну вимогу командира (наприклад, відбути у відрядження, заступити в наряд тощо) не може розглядатися як відмова від несення обов'язків із військової служби. Такі дії можуть становити склад непокори, оскільки в цьому разі вимога командира має характер наказу, а самі дії полягають не у відмові від несення обов'язків військової служби, а у відкритому невиконанні наказу.

Можливі випадки сукупності злочинів, передбачених ст. 409 КК і ст. ст. 407, 408 КК. Так, якщо військовослужбовець шляхом підробки документів отримав короткострокову відпустку, а після закінчення встановленого терміну відпустки не з'явився без поважних причин до військової частини чи на місце служби, його дії належить кваліфікувати за ст. 409, а також (залежно від тривалості відсутності, мети й інших обставин) – за ст. ст. 407 або 408 КК.

Самокалічення як ознака простого складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 409 КК, учинене під час несення вартової (чатовим на посту) чи іншої спеціальної служби, належить кваліфікувати як ухилення від несення військової служби й порушення правил несення вартової служби чи патрулювання (у разі спричинення тяжких наслідків, для запобігання яким призначено цю варту (вахту) чи патрулювання); прикордонної служби чи бойового чергування (якщо це спричинило тяжкі наслідки); внутрішньої служби (якщо це спричинило тяжкі наслідки, запобігання яким входило в обов'язки особи).

2. *Щодо злочинів, передбачених ст. ст. 410–415 КК.*

Об'єктивна сторона цих військових злочинів характеризується діяннями (діями або бездіяльністю), що спрямовані на викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем (ст. 410), умисне знищення або пошкодження військового майна (ст. 411), необережне знищення або пошкодження військового майна (ст. 412), утрату військового майна (ст. 413), порушення правил поводження зі зброєю, а також із речовинами й предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення (ст. 414), порушення правил водіння чи експлуатації машин (ст. 415) КК.

Так, незаконне заволодіння вогнепальною зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями є самостійним складом злочину, а подальше їх носіння, зберігання, ремонт, передача чи збут становлять реальну сукупність злочинів, передбачених ст. 410 і ч. 1 ст. 263 КК. В іншому разі, коли зазначені дії передували дезертирству зі зброєю (ч. 2 ст. 408 КК), то матиме місце сукупність злочинів за ознаками дій, передбачених ст. 410 і ч. 2 ст. 408 КК.

Як зазначає В.П. Бодаєвський, «... найчастіше сукупність зі злочином, передбаченим ст. 410 КК України, можуть утворювати злочини, котрі є супутніми чи похідними від учинення корисливих посягань на військове майно, наприклад ті, що передбачені ст. ст. 198, 263, 265, 267, 290, 309, 311, 318, 353, 358 та 366 КК України» [8, с. 127].

Пошкодження військового майна в процесі викрадення (скажімо, пошкодження агрегату під час викрадення деталі з машини) належить кваліфікувати за сукупністю злочинів (за ознаками злочинів, передбачених ст. ст. 410 і 411 КК).

За сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 410 і 411 КК, необхідно кваліфікувати й дії військовослужбовця під час дезертирства, коли він самовільно залишив військову частину зі зброєю, яку потім умисно знищив або пошкодив, привівши її, скажімо, у непридатний стан.

Якщо військове майно взято не з метою викрадення, але потім умисно знищено чи пошкоджено, це має кваліфікуватися за сукупністю злочинів. Наприклад, якщо військовослужбовець незаконно заволодів транспортним засобом військової частини, який потім умисно знищив або пошкодив, то він підлягає відповідальності за сукупністю вчинених злочинів, передбачених ст. ст. 289 і 411 КК.

Умисне знищення або пошкодження військового майна може бути пов'язане з порушенням різних спеціальних правил несення військової служби (правил вартової, прикордонної, внутрішньої служб чи патрулювання або несення бойового чергування). У цих випадках кваліфікація вчиненого, відповідно до вимог ст. 33 КК, повинна здійснюватися за сукупністю вчинених злочинів.

Так, якщо чатовий пошкодив транспортний засіб, який знаходився в нього під охороною, що спричинило тяжкі наслідки, для

запобігання яким було призначено цю варту, він повинен відповідати за сукупністю вчинених злочинів за ознаками, передбаченими ст. ст. 418 і 411 КК.

Якщо умисне знищення чи пошкодження військового майна вчинене військовою службовою особою, то в такому разі має місце сукупність злочинів, що потребує додаткової кваліфікації за ст. 364 (зловживання владою чи службовим становищем) або за ст. 4261 КК (перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень).

Якщо йдеться про ознаки необережного знищення чи пошкодження військового майна, то кваліфікація дій військовослужбовця за ч. 2 ст. 412 виключає додаткову кваліфікацію його дій за ст. 196 КК («Необережне знищення або пошкодження майна»).

Необережне знищення або пошкодження зброї, бойових припасів унаслідок порушення правил поводження з ними, якщо це заподіяло потерпілому тілесні ушкодження, кваліфікується за відповідною частиною ст. 412 та ч. 1 ст. 414.

Необережне знищення або пошкодження військовослужбовцем військового майна, яке він під час несення спеціальної служби зобов'язаний охороняти (у разі заподіяння при цьому шкоди у великих розмірах), кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених ст. 412, і відповідного злочину проти порядку несення спеціального виду служби.

Порушення військовослужбовцем правил водіння чи експлуатації бойової, спеціальної чи транспортної машини, що спричинило, крім тілесних ушкоджень потерпілому, указаних у ч. 1 ст. 415 КК, ще й значне (у великих розмірах – ч. 1, інші тяжкі наслідки – ч. 2 ст. 412 – М. К.) пошкодження чи знищення військового майна, кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 412 і ст. 415. Якщо ж наслідки у вигляді тілесного ушкодження потерпілому не настали або йому було завдане внаслідок порушення правил водіння чи експлуатації бойової, спеціальної чи транспортної машини лише легке тілесне ушкодження, дії винної особи кваліфікуються тільки за ст. 412 КК [7, с. 494–495].

Утрата зброї, бойових припасів, ввірених для службового користування (ст. 413 КК), може бути результатом порушення військовослужбовцем, військовозобов'язаним і резервістом під час проходження зборів правил поводження з ними. Ці предмети можуть бути знищені в результаті необережного поводження з вогнем, порушення правил проведення стрільб тощо. У подібних ситуаціях має місце ідеальна сукупність порушення правил поводження зі зброєю, із боєприпасами й порушення правил збереження, що призвело до їх утрати. За наявності ознак складу злочину, передбаченого ст. 414 КК, учинене необхідно кваліфікувати також і за ч. 1 ст. 413 КК.

Необхідно вирішувати й питання кваліфікації дій водія, який у результаті порушення правил водіння чи експлуатації машини, ввіреної йому для службового користування, знищив її. За наявності наслідків, передбачених ч. ч. 1 або 2 ст. 415 КК, учинене кваліфікується за цією статтею в сукупності зі ст. 412 КК. Якщо вказані в частинах 1 чи 2 ст. 415 КК наслідки (заподіяння потерпілому середньої тяжкості чи тяжких тілесних ушкоджень, загибель потерпілого чи загибель кількох осіб) відсутні, то діяння передбачає тільки склад злочину, передбаченого ст. 412 КК.

Порушення правил водіння військової машини, що спричинило її повне виведення з ладу чи пошкодження, допущене військовослужбовцем, якому ця машина не була ввірена на службі, скажімо, під час незаконного заволодіння транспортним засобом, становить ідеальну сукупність злочинів, передбачених ст. 289 і ст. 412 КК, а за наявності відповідних наслідків – водночас і порушення правил водіння машини (ст. 415 КК).

За порушення правил поводження зі зброєю, речовинами й предметами, зокрема й щодо тих, які перебувають під охороною в чатового, передбачена кримінальна відповідальність на загальних підставах. Склад такого злочину становить недбале поводження чатового зі своїм автоматом, що призвело до нещасного випадку. Якщо він при цьому допускає порушення статутних правил вартової служби (приміром, відволікається від охорони об'єкта), то це порушення кваліфікується додатково за ст. 418 КК за сукупністю злочинів. Подібна ситуація може мати місце й у разі порушення військовослужбовцем, який входив до складу наряду з охорони державного кордону України, правил поводження з виданою йому зброєю, боєприпасами.

Загибель потерпілого внаслідок порушення правил водіння чи експлуатації машини охоплюється ч. 1 ст. 415 КК і додаткової кваліфікації за іншими статтями КК не потребує. Якщо ж порушення правил водіння поєднане з подальшим ненаданням допомоги потерпілому, що перебував у небезпечному для життя стані, то такі дії треба кваліфікувати, виходячи з вимог ст. 33 КК, за сукупністю злочинів, тобто потрібна додаткова кваліфікація зазначених дій за ст. 135 КК «Залишення в небезпеці».

Можлива сукупність злочинів і тоді, коли «днювальний по парку самовільно ви-

їжджає на військовій машині з парку й у результаті порушення правил водіння спричинює тяжкі наслідки. Тоді його діяння повинні бути кваліфіковані за ст. ст. 415, 421 і ч. 1 ст. 289 КК, оскільки, крім незаконного заволодіння військовою машиною, він порушив правила її водіння й статутні правила внутрішньої служби, виконання яких входило в його обов'язки [9, с. 157].

Висновки

Проведений аналіз чинного кримінального законодавства України щодо кваліфікації військових злочинів (ст. ст. 407–415 КК України), учинених за сукупністю злочинів, свідчить про особливості, які відображені в цій статті. Урахування вимог ст. 33 КК буде гарантією правильної й повної кваліфікації злочинних дій військовослужбовців, військовозобов'язаних і резервістів під час проходження зборів, а також інших осіб, визначених законом.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25–26. Ст. 131.

2. Панов М.І. Об'єктивна сторона злочину. Кримінальне право України: підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; за ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Київ – Харків, 2001. 416 с.

3. Матвійчук В.К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища (кримінально-правове та кримінологічне дослідження). Монографія. Київ, 2005. 464 с.

4. Бажанов М.І. Повторність, сукупність і рецидив злочинів. Кримінальне право України: підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; за ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Київ – Харків, 2001. 416 с.

5. Карпенко М.І. До питання кваліфікації злочинів проти встановленого законодавством порядку несення чи проходження військової служби, учинених за сукупністю злочинів. Правові новели. Науковий юридичний журнал. 2018. № 5. С. 115–121.

6. Хавронюк М.І. та ін. Військові злочини: комент. законодавства; відп. ред.: М.Д. Дрига, В.І. Кравченко. К.: Видавництво А.С.К., 2003. 272 с. (Економіка. Фінанси. Право).

7. Дячук С.І. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини). Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України; за заг. ред. В.Г. Гончаренка, П.П. Андрушка: у 3 кн. Київ, 2005. Кн. 3: Особлива частина. Коментарі до статей 255–447 Кримінального кодексу України. 584 с.

8. Денисов С.Ф., Бодаєвський В.П. Кримінальна відповідальність військовослужбовців за корисливі посягання на військове майно (ст. 410 КК України): монографія. Запоріжжя: КПУ, 2011. 324 с.

9. Касинюк В.І., Білоконев В.М. Кримінальна відповідальність військовослужбовців за порушення правил водіння або експлуатації машин. Запоріжжя, видавець Глазунов С.О., 2011. 231 с.

В статье анализируются отдельные вопросы квалификации совершенных за совокупностью воинских преступлений. Констатируется тот факт, что имеются определенные трудности. В частности, это касается ситуаций, когда субъекты воинских преступлений одновременно совершают объективную сторону нескольких воинских преступлений. Высказанные предложения будут способствовать в правоприменительной деятельности правильной их квалификации.

Ключевые слова: совокупность преступлений, преступления против установленного порядка несения военной службы, воинские преступления, состав преступления, объективная сторона, субъекты воинских преступлений, квалификация преступлений.

The article analyzes separate questions of qualification of committed military offenses. It is noted that there are certain features. In particular, this applies to situations where war crime actors simultaneously fulfill the objective side of several war crimes. The submitted proposals will promote the correct implementation of their qualifications in law enforcement activities.

Key words: totality of crimes, crimes against the established order of military service, war crimes, composition of the crime, objective side, subjects of war crimes, qualification of crimes.

УДК 343.211.4

Михайло Кондра,
аспірант кафедри кримінального права та кримінології
Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ ІДЕНТИЧНОСТІ: АНАЛІЗ КРІЗЬ ПРИЗМУ ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Стаття присвячена з'ясуванню значення терміно-поняття ідентичності, зокрема, у кримінальному праві України. Для цього використовується аналіз такого значення крізь призму принципу рівності у кримінальному праві України, в результаті чого зроблені висновки, які відображені у цьому дослідженні.

Ключові слова: принципи кримінального права, ідентичність, рівність, цілі сталого розвитку, диференціація, криміналізація, декриміналізація, кримінально-правова кваліфікація.

Постановка проблеми. Зростання нерівності у світі, поряд із фундаменталізмом та поганою екологічною ситуацією, є однією з найбільших проблем сучасного людства. ООН у програмі «Цілі сталого розвитку 2016-2030» оголосила про необхідність скорочення нерівності всередині країн та між ними до 2030 року [1]. Нерівність є соціальним лихом, адже має руйнівні наслідки – бідність, скорочення тривалості життя, зростання злочинності. Різниця доходів між бідними і багатими вимірюється т. зв. «індексом Джині» (Gini index). Він показує прямий пропорційний зв'язок між цим індексом, тривалістю життя та рівнем злочинності й обернено пропорційний – із соціальною мобільністю (Тоні Джадт [2]). Тому мінімізація нерівності є одним з основних завдань, яке стоїть перед людством.

Стан дослідження. Відомі представники наукової спільноти світу [3] намагались дати відповідь на питання: в чому витоки нерівності між людьми та як її подолати, однак однозначно зробити це так і не змогли з об'єктивних причин. Роджерс Брубейкер та Фредерік Купер ґрунтовно дослідили проблему ідентичності, і їхня праця за результатами роботи є базовою для всіх подальших наукових праць[4]. На жаль, комплексних праць у сфері кримінального-права, присвячених ідентичності, нам знайти не вдалося. Але окремі аспекти терміно-поняття ідентичності були предметом кримінально-правових досліджень, зокрема, вітчизняних науковців [5; 6; 7].

Метою дослідження є формулювання положень щодо значення ідентичності у кримінальному праві, зокрема, у зв'язку із принципом рівності.

Виклад основного матеріалу. Годі знайти більш амбівалентного терміно-поняття, ніж «ідентичність» (identity), яке має безпосереднє відношення до проблеми нерівності. Посягання на рівність завжди є посяганням на ідентичність і навпаки, адже дискримінація (неважливо – позитивна чи негативна) завжди означає надання певній одиниці особливих умов. Ідентичність є збірним означенням чогось колективного, а збірне означає об'єднане за певним критерієм, ознакою. Роджерс Брубейкер та Фредерік Купер у своїй відомій статті пишуть про те, що ідентичності є дуже чітким інструментом, часом зброєю, і якщо це і може бути нормою в політиці, то навряд чи це виправдовує підхід до ідентичності як головний спосіб описування реальності, до якого часто вдаються гуманітарії [4]. Ідентичність – це те, ким ми є чи ким хочемо бути. Узагальнення наукових результатів у розробленні вченими поняття «ідентичність» дає підстави говорити, що складниками цього терміно-поняття є: раса, етнос (народ), національність (нація), громадянство, релігія, гендер, соціальна група.

Однак головне питання полягає в тому, що лише раса може вважатися ессенціалізованою ідентичністю, оскільки є вродженою і виражається в дуже конкретних, незалежних від людей обставинах – кольорі шкіри, очей, формі черепа і т. д. Інші ідентичності є змінними. Люди залежно від ситуацій можуть приймати різні ідентичності, часом останні можуть бути навіть взаємовиключними, але вони співіснують. Ідентичності є тільки масками. Це не реальні обличчя, а маски, які вдягають залежності від потреб, обставин і потім з тими масками існують. Ідентичності не є вроджені, і вони змінні. Вони сконструйовані та залежать від обставин. Для кримінального права це має важливе значення, адже від-

© М. Кондра, 2018

повідно до вимог, які висуваються до якості кримінального закону, зокрема, практикою ЄСПЛ, терміно-поняття, які вживаються у ньому, повинні бути чіткими, зрозумілими, доступними (lex certa) [8]. Тому правове розуміння ідентичностей у кримінальному праві має практичне значення.

Натомість рівність (equality) не означає тотожність (sameness), а означає відповідність. Правова рівність не означає математичну однаковість. Однак правова рівність означає застосування однакових критеріїв у вирішенні подібних юридичних питань чи оцінки подібних юридичних ситуацій. По суті, цей принцип є основою демократичного режиму держави, та, як писав Лєшек Колаковський, «без нього ми скотилися б у варварство» [9]. Правова нерівність має різні прояви – від законодавчого закріплення привілеїв у правах для певної групи до встановлення, посилення/пом'якшення чи скасування відповідальності за протиправні дії, вчинені з певних мотивів. Останні прояви мають найтісніший стосунок до кримінального права, яке має своїм завданням, зокрема, правову охорону особи.

Значення ідентичності у криміналізації, диференціації та декриміналізації діяння

Слід звернути увагу, що як криміналізація, так і декриміналізація діянь, як повна, так і часткова, повинна здійснюватися з дотриманням відповідних принципів/підстав: виконання Українською державою вимог загальновизнаних принципів і норм міжнародного права; забезпечення державою захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина, передбачених у розділі II Конституції України; посилення охорони певних правових ролей, визначених конституційними та органічними законодавчими положеннями; об'єктивно встановлена та науково підтверджена інтенсивність протиправної поведінки, що визначає поширеність, повторюваність, суспільну небезпечність протиправних діянь; діяння може бути криміналізовано, якщо боротьба з ним може стати ефективною і побічні негативні соціальні наслідки криміналізації не превалюватимуть над позитивними наслідками; не потребують криміналізації діяння, які хоча й обурюють громадську думку, але достатнім є захист від такого роду діянь за допомогою інших, більш адекватних, правових засобів (адміністративних, цивільно-правових, дисциплінарних); відповідний ступінь і характер суспільної небезпеки діянь, який характеризується їхньою здатністю заподіювати об'єктам кримінально-правової охорони істотну шкоду.

Ідентичність враховується законодавцем у криміналізації діяння в тому разі, коли йдеться про посилення правової охорони окремих категорій осіб. І зазвичай ці випадки є соціально виправданими та відповідають іншим наведеним вище підставам криміналізації. Відомими є приклади історії, коли кримінально караним було лише вбивство білої людини, натомість заподіяння смерті людині з іншим кольором (особливо білою людиною) шкіри не було злочином. Встановлення кримінальної відповідальності за вбивство незалежно від расової ознаки є встановленням правової рівності, а посилення відповідальності за вбивство з расових мотивів є виправданим та ефективним.

Якщо певне діяння криміналізоване, то можлива і його диференціація. Остання можлива, зокрема, за двома ознаками, які стосуються ідентичностей – за суб'єктом складу злочину та потерпілим. За суб'єктом – наприклад, вчинення злочину військовослужбовцем, службовою особою, працівником правоохоронного органу і т. д. За потерпілим – наприклад, вчинення злочину щодо журналіста, державного чи громадського діяча і т. д. Зауважимо, що не завжди така диференціація є виправданою. Наприклад, спірним є доповнення розділу XV Особливої частини КК низкою статей, які передбачають відповідальність за злочини проти журналістів. Відзначимо, що загальною тенденцією розвитку кримінального законодавства є перехід від казуальності до загальних формулювань. Спроби дати вичерпні переліки неодмінно призводить до прогалин у кримінально-правовій охороні, а тому використання таких бланкетних ознак, як «працівник правоохоронного органу», та інших є виправданим адже вони не перенасичують текст кримінального закону, є стислими та відсилають до інших нормативних актів, які можуть бути (і це правильно) досить динамічними. На відміну від кримінального закону, який в ідеалі мав би бути стійким та змінюватися як останній засіб (last resort), коли в інший спосіб неможливо досягнути його завдань[10].

Окремо варто згадати про невдалу «криміналізацію» пропаганди комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів та виготовлення/поширення їх символіки (ст. 436-1 КК), проведену законодавцем. Фахівцями у сфері кримінального права аргументовано, що насправді мала місце зайва диференціація кримінальної відповідальності та була невиправдана конкуренція кримінально-правових норм, які містять склади злочинів, передбачених новими статтями, із такими, що вже наявні у тексті КК. Це нагадує боротьбу з вітряками, адже інші правові засоби реагування

на ці негативні для суспільства явища не були вичерпані.

Нарешті, щодо декриміналізації діяння, то ідентичність враховується досить широко. Наприклад, відома для України зміна статей КК «під окремих конкретних осіб» чи історичний приклад із вилученням із тексту кримінального кодексу статей про антиреволюційну діяльність чи пропаганду, які застосовувались до «політично невигідних» категорій людей.

Значення ідентичності у призначенні покарання та кримінально-правовій кваліфікації

Так, чинний Кримінальний кодекс України враховує ті обставини, що злочини часто вчиняються шляхом або з метою посягання на ідентичність, і надає цій обставині правового значення. Наприклад, як обставина, що обтяжує покарання (вчинення злочину на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату – п. 3 ч. 1 ст. 67 КК), як кваліфікуюча ознака складу злочину (діяння поєднані з розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі – ч. 2 ст. 110 КК; з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості – п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст.129 КК,та інші статті КК), як основний склад злочину (Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками – ст. 161 КК; ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію – ст. 300 КК, та інші статті КК), як спеціальний склад злочину (посягання на життя державного чи громадського діяча, працівника правоохоронного органу <...> – статті 112, 348, 379, 400, 443 та інші статті КК).

У згаданому попередньо значенні ідентичності для диференціації кримінальної відповідальності показовим є приклад «боротьби» з корупцією за допомогою змін до тексту кримінального закону та викривлення цілого ряду інститутів кримінального права. Маємо на увазі заборону звільнення від кримінальної відповідальності, покарання, його відбування, звільнення від покарання з випробуванням та умовно-дострокове звільнення осіб, засуджених за корупційний злочин (корупціонерів). Це чіткий приклад того, як засобами кримінального права імітують боротьбу з вкрай негативним соціальним явищем та перетворення кримінального права із «останнього засобу» у ручний інструмент для політичних переслідувань. При цьому ігнорується те, що науковцями міжнародного визнання вже доведено, що корупцію потрібно мінімізувати шляхом розриву зв'язку «влада=власність(ресурс)» та переведення суспільства із закритого у категорію відкритого доступу (Ернандо Де Сото [11], Девід Ландес [12], Дуглас Норт [13]).

Щодо найскладнішого питання, яке ставилось у цій науковій розвідці – як слід розуміти такі ідентичності, як раса, етнос (народ), національність (нація), громадянство, релігія, гендер, соціальна група (особливо крізь призму такого складника принципу законності кримінального права, як lex certa) –міркуємо таке. У кримінально-правовій оцінці скоєного на предмет того, чи вчинене діяння з расових, національних, релігійних чи інших мотивів або чи було воно спрямоване проти окремої етнічної групи чи нації, слід виходити із суб'єктивного ставлення особи, діяння якої кваліфікується, беручи до уваги об'єктивно вчинене особою. Це відповідатиме принципу суб'єктивного ставлення у вину та принципам законності й індивідуальності кримінально-правової кваліфікації. Шукати та спиратись на нормативні дефініції вказаних явищ марно, адже останні, крім раси, є змінними та динамічними. Виокремити чіткі ознаки, які б дозволили відрізнити «націю» від «етносу» чи «народу», складно, а відрізнити одну націю від іншої часто є майже неможливим завданням. Тому вихід з урахуванням суб'єктивного уявлення особи, яка вчинила діяння, вартий уваги. Певною мірою цей варіант перегукується з визначенням Ернеста Ренана, що «нація це щоденний плебісцит» [14], та тезою Бенедикта Андерсона про «нації як уявлені спільноти» [15].

Висновки

З огляду на наведене вище, можна сформулювати такі висновки: 1) нерівність, зокрема правова, є однією із найбільших проблем людства зараз та буде нею у майбутньому;

2) ідентичність – це гранично широке терміно-поняття, яке, однак, не порушує вимоги до чіткості та ясності кримінального закону;

3) для ефективнішої реалізації принципу рівності у кримінальному праві України та уникнення правових прогалин варто замінити переліки ознак, які стосуються ідентичності на терміно-поняття «ідентичність»;

4) ідентичність – це небезпечний «інструмент», який може служити як на благо завдань кримінального права України, так і на шкоду. Тому його варто використовувати дуже обережно, уникаючи політичної доцільності в такому процесі.

Список використаних джерел:

1. ООН. Цілі сталого розвитку 2016-2030 / ООН. 2016. URL: http://www.un.org.ua/ua/tsili-rozvytku-tysiacholittia/tsili-staloho-rozvytku.
2. Judt T. Ill Fares the Land. London: Penguin Press, 2010. 256 c. C. 15.
3. Judt T. Edge People. New York Review of Books, 2010. URL: https://www.nybooks.com/articles/2010/03/25/edge-people/.
4. Brubaker R., Frederick C. Beyond "Identity". Springer. 2000. № 29. C. 1–47.
5. Блага А., Уварова О. Права жінок. УГСПЛ. – 2017. URL: https://helsinki.org.ua/prava-zhinok-blaha-a-uvarova-o/.;
6. Головко Т.М. Гендерні аспекти покарання: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. К., 2010. 190 с.
7. Панькевич В.М. Кримінально-правова характеристика порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». Київ, 2010. 276 с.
8. Faure M. Goodwin M., Franziska W. The Lex Certa Principle in Criminal Law: Reconciling Economics and Human Rights? SSRN Electronic Journal. 2012. URL: https://www.researchgate.net/publication/256012631_The_Lex_Certa_Principle_in_Criminal_Law_Reconciling_Economics_and_Human_Rights.
9. Колаковський Л. У пошуках варвара. Aneks, 1984. URL: http://chtyvo.org.ua/authors/Kolakovskyi_Lieshek/U_poshukakh_varvara/.
10. Husak D. The Criminal Law As Last Resort. Oxford Journal of Legal Studies. – 2004. – Режим доступу до ресурсу: https://academic.oup.com/ojls/article/24/2/207/1488648.
11. De Soto H. The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else. Basic Books, 2003. URL: https://yendieu.files.wordpress.com/2009/04/the-mystery-of-capital.pdf.
12. Landes D. Norton W. The Wealth and Poverty of Nations: Why Some Are So Rich and Some So Poor. URL: https://tsu.ge/data/file_db/faculty_humanities/Landes%20%20The%20Wealth%20and%20the%20Poverty%20of%20Nations.pdf.
13. North D., Wallis J., Weingast B. Violence and social orders. Cambridge university press, 2009. URL: https://favaretoufabc.files.wordpress.com/2014/03/douglass-north-violence-and-social-orders.pdf.
14. Renan E. What is a Nation? Presses-Pocket, 1992. URL: http://ucparis.fr/files/9313/6549/9943/What_is_a_Nation.pdf.
15. Andreson B. Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism. Verso, 1983. URL: https://books.google.com.ua/books?id=4mmoZFtCpuoC&pg=PR3&hl=uk&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false.

Статья посвящена анализу значения термино-понятия идентичности, в частности, в уголовном праве Украины. Для этого используется анализ идентичности сквозь призму принципа равенства в уголовном праве Украины, в результате чего сделаны выводы, которые отражены в этом исследовании.

Ключевые слова: принципы уголовного права, идентичность, равенство, цели устойчивого развития, дифференциация, криминализация, декриминализация, уголовно-правовая квалификация.

In the article under consideration author analyzes meaning of the identity concept, particularly in Ukrainian criminal law. For this purpose, author uses such scientific methodology like analysis through the prism of the principle of equality in the criminal law of Ukraine, which results and conclusions describes in this article.

Key words: principles of criminal law, identity, equality, sustainable development, differentiation, criminalization, decriminalization, criminal qualification.

УДК 343.01

Олена Олійник,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права та процесу
Київського національного університету імені Вадима Гетьмана

ПРИНЦИП ГУМАНІЗМУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

У статті розглядається питання сутності такого основоположного принципу кримінального права, як принцип гуманізму. Автор вивчає природу та походження досліджуваного явища (поняття) та з'ясовує його значення для подальшої розбудови правової держави та напрямків удосконалення вітчизняної юридичної науки і практики.

Ключові слова: принцип гуманізму, право, цінність людини, кримінально-правова охорона, кримінально-правовий вплив.

Постановка проблеми. Загальновідомо, що принципи кримінального права – це основоположні засади, керівні ідеї, які випливають зі змісту правових норм, закріплених у кримінальному законодавстві. Під принципом гуманізму прийнято розуміти основоположний принцип права, який визнає саму цінність людини, її гідність, право на щастя, виявлення своїх здібностей. Його застосування є критерієм прогресивності соціальних інститутів [1]. Тобто гуманізм – це моральна позиція, що виражає визнання цінності людини як особистості, повагу до її гідності, прагнення до блага людини як мети соціального процесу. Про цінність особистості говорили і писали Вольтер, Руссо, Дідро та багато інших видатних філософів того часу.

Досліджуване поняття має філософське та культурне походження. В основі гуманізму знаходиться етика, яка, перш за все, дає певне розуміння природи людини. Філософія Відродження основну увагу звертала на гармонію душі і тіла, на рівнозначність духовного і тілесного буття. Здібності, задатки людини розглядаються не тільки як Богом дані, але й як результат власних зусиль. Із цим пов'язано і розуміння гідності людини, її сутності як творчої діяльної особистості, яка за допомогою своєї активності і діяльності реалізує свободу, індивідуальність.

Філософський енциклопедичний словник, розкриваючи поняття гуманізму, вказує, що це «система поглядів, що історично змінюється, визнає цінність людини як особистості, її право на свободу, щастя, розвиток і прояв своїх здібностей, яка вважає благо людини критерієм оцінки соціальних інститутів, а принципи рівності, справедливості, людяності – бажаною нормою відносин між людьми» [2].

Особливо гостро та актуально це питання постає сьогодні, коли формується громадянське суспільство і будується правова держава, активно відбуваються процеси євроінтеграції. Саме тому неможливо переоцінити значення гуманістичних ідей для вітчизняної правової системи. Вони лежать в основі врегульованих і охоронюваних правом суспільних відносин, впливають на методи правового регулювання, на позиції учасників правових зв'язків. Вельми специфічні проблеми реалізації гуманістичних ідей у галузі кримінального права. Про це у своїх роботах писали вчені ще за радянських часів (С.Г. Келіна, В.Н. Кудрявцев та інші) [3].

Аналіз останніх досліджень за цією темою. Питанням з'ясування природи принципу гуманізму е своїх роботах займались такі вітчизняні та зарубіжні науковці, як: П.С. Берзін, В.О. Гацелюк, К.В. Дядюн, С.Г. Келіна, В.Н. Кудрявцев, М.А. Малигіна, В.В. Мальцев, В.О. Навроцький, В.Д. Філімонов, Д.Ю. Фісенко, Є.Є. Чередніченко та інші.

Можна сказати, що досліджуване нами поняття містить у собі два основних елементи. По-перше, кримінальне право покликане охороняти життя, здоров'я, честь та гідність особи, тобто забезпечує безпеку людини. У науковій літературі відмічалось, що гуманізм кримінального права включає в себе «ставлення до людської особистості як об'єкта не тільки кримінально-правового впливу, а й кримінально-правової охорони». Перше положення знайшло своє закріплення в ч. 1 ст. 1 КК України, де йде мова про завдання кримінального права України, а інше – в ч. 2 ст. 65 КК України, де говориться: «Більш суворий вид покарання із числа передбачених за вчинений злочин призна-

© О. Олійник, 2018

чається лише в разі, якщо менш суворий вид покарання буде недостатній для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів» [4].

Водночас наголосимо, що хоча автори й відзначали існування двох вищеозначених елементів принципу гуманізму, довгий час перевага залишалась на позиції, що визначала принципи гуманізму саме як ставлення до людської особистості як об'єкта кримінально-правової охорони. Це означає, що зусилля правоохоронних органів на практиці, перш за все, були спрямовані на дотримання прав і свобод саме особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, в той час як поза увагою могли залишитись інтереси потерпілої особи, а також осіб, які знаходились, наприклад, на утриманні засудженого.

Метою статті є формування нового бачення принципу гуманізму та його елементів у вітчизняному кримінальному праві.

Викладення основного матеріалу. На початку свого дослідження відмітимо, що хоча розглядуваний принцип і є беззаперечним та недоторканним положенням вітчизняного та міжнародного права, водночас не потрібно забувати, що головним завданням кримінального права і законодавства залишається саме охорона прав і свобод людини і громадянина від суспільно небезпечних діянь.

Крім соціального та історичного коріння, цей принцип має конституційне закріплення та міжнародний захист, забезпечення. Так, відповідно до положень ст. 3 Конституції України: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави» [5].

Гуманне ставлення до людини пронизує зміст усіх міжнародних актів про права людини. Ухвалення Загальної декларації прав людини було викликано, як сказано в преамбулі цього документа, прагненням народів Об'єднаних Націй висловити свою віру в основні права людини, в гідність і цінність людської особистості, а також їх рішучістю сприяти соціальному прогресові й поліпшенню умов життя людей. Так, Загальна декларація прав людини (1948 р.) закріпила положення, які мають безпосереднє відношення до розглядуваного принципу: рівність громадян (ст.ст. 2, 7, 9); недоторканність особи (ст.ст. 4, 9); заборона тортур та інших нелюдських та принижуючих видів поводження та покарання (ст. 5); заборона застосування зворотної сили закону (ст. 11) тощо [6].

Розглядуваний принцип отримав своє закріплення і в ч. 1 ст. 1 КК України: «Кримінальний кодекс України має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина» [7].

Не дивлячись на те, що багато міжнародних правових актів проголошують та закріплюють пріоритет прав і свобод людини і громадянина над інтересами держави, на наш погляд, кримінально-правова охорона тих самих прав і свобод здійснюються державою в особі уповноважених на це правоохоронних органів, із використанням при цьому зазначених у законі способів і методів. Тому ми притримуємось точки зору, відповідно до якої для того, щоб забезпечити означений вище захист прав і свобод людини і громадянина, повинна існувати сильна держава з правоохоронними органами, яким делеговані відповідні права та повноваження. Саме в такому випадку можливо забезпечити існування певного балансу (компромісу) між державними інтересами та інтересами окремо взятої особистості, суспільства тощо.

Невирішеним на сьогодні залишається й питання кола суб'єктів, стосовно яких повинен діяти (розповсюджуватись) принцип гуманізму в кримінальному праві. У ставленні суспільства, що захищається силою кримінального закону? Відносно потерпілого? Або щодо злочинця?

Дійсно, кримінальне право охороняє національну безпеку та державний устрій України, життя і здоров'я, честь і гідність особи, громадський порядок від злочинних посягань. Але воно охороняє і законні інтереси особи, що підлягає кримінальній відповідальності, а також непрямим чином – інтереси осіб, які, відповідно, залежать від засудженої особи (злочинця). Адже з позицій законності злочинець залишається громадянином, що несе відповідні обов'язки і має певні права.

Виходячи із самої сутності принципу гуманізму, можна стверджувати, що він безпосередньо пов'язаний із визначенням цілей правосуддя, яке зацікавлене не тільки у визначенні засобів його здійснення, а й у вирішенні завдань, які перед ним ставить суспільство, держава. Кримінальна юстиція під час здійснення правосуддя повинна в підсумку не тільки вплинути на особу, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, а й на громадян із метою попередження вчинення з їх боку можливих злочинів.

Із цього приводу Ч. Беккаріа писав: «Слід вживати тільки таке покарання, яке ... справляло б найбільш сильне враження на душу

людей і було б найменш болісним для тіла злочинця» [8]. Це справедливо і сьогодні. Водночас складність під час вирішення цього питання полягає в тому, що гуманізм кримінальної юстиції, з одного боку, звернений до охороняємих прав і свобод людини і громадянина (потерпілого), інтересів суспільства, а з іншого – це гуманність по відношенню до злочинця, який порушив ці права та інтереси. І головне завдання кримінальної юстиції в даному випадку повинно полягати в тому, щоб оволодіти всіма засобами, за допомогою яких боротьба зі злочинністю може бути ефективно організована, маючи на увазі правильно зрозумілий соціальний інтерес, при цьому не повинні бути знехтувані безпосередньо інтереси окремо взятої особистості. Виходити тут, насамперед, необхідно з того, що людина – це складна динамічна, самоорганізована система, тісно пов'язана із соціальним середовищем і разом із тим відносно самостійна у своїх вчинках. Тобто для досягнення позитивного впливу на поведінку суб'єкта необхідно, по-перше, впливати як на саму особу, так і на об'єктивні умови її життя; по-друге, враховувати складність і різноманіття індивідуальностей і типів особистості; по-третє, брати до уваги соціально-психологічні та інші фактори взаємодії особистості із її соціальним оточенням, вплив якого може часом бути сильнішим, ніж вплив кримінальної юстиції [9].

Аналогічно можна висловитись і з приводу існування і функціонування правової держави, яка ґрунтується на такій інституції, як громадянське суспільство, центральною ланкою в якому виступає конкретний індивід. Останній несе в собі певну індивідуальну систему потреб, цінностей та інтересів. У процесі реалізації цих потреб, цінностей та інтересів люди і формують громадянське суспільство, політичну систему і соціум взагалі. Звідси однією з основних функцій громадянського суспільства є створення оптимальних умов для задоволення потреб його членів. Забезпечуючи безпеку людини, його прав і законних інтересів, кримінальне право безпосередньо сприяє здійсненню цього завдання [10].

Дійсно, для того, щоб діяльність кримінальної юстиції вважалась законною, справедливою і водночас гуманною, суд під час призначення покарання повинен ураховувати такі моменти:

1) ступінь тяжкості вчиненого злочину;

2) особу винного, в тому числі: чи вперше вчинила злочин особа; злочин є необережним чи умисним; чи вчинила злочин особа у співучасті з іншими особами; об'єкт посягання; розмір спричинених злочином збитків; чи відшкодовані збитки, спричинені злочином; посткримінальну поведінку особи тощо;

3) обставини, що обтяжують чи пом'якшують відповідальність;

4) стан матеріально-технічної бази установ, в яких засуджені особи відбувають покарання;

5) кваліфікацію працівників, що працюють із засудженими під час відбування покарання та після нього;

6) реальні умови, створені державою для ресоціалізації особи після відбуття покарання тощо.

Отже, саме по собі застосування до осіб кримінально-правових засобів має своїм завданням не виключення останніх із суспільства, а, навпаки, їх ресоціалізацію, їх виправлення і перевиховання, наскільки це можливо в даних умовах, формування повноцінного члена суспільства, що бере активну участь у розбудові правової держави та формуванні громадянського суспільства.

Так, застосування до осіб, визнаних судом винними у вчинені суспільно небезпечних діянь, занадто суворих кримінально-правових заходів може в підсумку призвести до нівелювання значення самого закону про кримінальну відповідальність, до відкритої зневаги до судової влади та правоохоронних органів тощо. Водночас призначення судом винним особам за вчинення злочинів мінімального покарання може викликати в суспільства зневіру та розчарування, відчуття тривоги за себе особисто та за безпеку та благополуччя близьких, суспільства в цілому тощо.

Наслідками проведення такої політики держави, спрямованої на гуманізацію кримінального законодавства (права) України, повинні стати: активний розвиток суспільства, вдосконалення суспільних відносин, зріст культури та правосвідомості населення, моральне вдосконалення людської особистості тощо.

Висновки

На наш погляд, по-перше, не потрібно забувати, що універсальним засадничим положенням кримінального права є його справедливість; а по-друге, повинен існувати здоровий компроміс між правами і свободами осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння, правами і свободами потерпілих осіб, суспільства, держави та інтересами осіб, які в тій чи іншій мірі залежать від подальшої долі самого засудженого. Подібне положення повинне знайте своє законодавче закріплення, бо воно має принципове значення для подальшого реформування та розвитку вітчизняної правової

системи та безпосередньо кримінального права. Тому ми вважаємо, що не буде зайвим закріплення в законі про кримінальну відповідальність у ст. 65 КК України положення про те, що «суд призначає покарання... враховуючи ступінь впливу призначеного покарання на подальші умови існування осіб, які знаходились на утриманні засудженого або іншим чином залежали від нього», що, у свою чергу, можна буде вважати законодавчим втіленням принципу гуманізму.

Також ми можемо запропонувати власне визначення принципу гуманізму, який повинен включати положення про те, що покарання та інші кримінально-правові заходи, які застосовуються до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, не повинні мати на меті завдання їй фізичних страждань або приниження людської гідності. У разі призначення покарання особі, яка вчинила злочин, воно повинно бути необхідним і достатнім для його виправлення та попередження нових злочинів.

Список використаних джерел:

1. Вікіпедія. Вільна енциклопедія. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D1%80%D0%B8%D0%BD%D1%86%D0%B8%D0%BF_%D0%B3%D1%83%D0%BC%D0%B0%D0%BD%D1%96%D0%B7%D0%BC%D1%83.

2. Філософський енциклопедичний словник. Київ. 2002. URL: http://shron1.chtyvo.org.ua/Shynkaruk_Volodymyr/Filosofskyi_entsyklopedychnyi_slovnyk.pdf.

3. Принципы советского уголовного права / С.Г. Келина, В.Н. Кудрявцева. URL: http://adhdportal.com/book_1671_chapter_14_Glava_odinnadataja._Gumanizm.html.

4. Кримінальний кодекс України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14.

5. Конституція України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.

6. Загальна декларація прав людини. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015.

7. Кримінальний кодекс України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14.

8. Принципы советского уголовного права / С.Г. Келина, В.Н. Кудрявцева. URL: http://vuzlib.com/content/view/2106/122/.

9. Принципы советского уголовного права / С.Г. Келина, В.Н. Кудрявцева. URL: http://adhdportal.com/book_1671_chapter_14_Glava_odinnadataja._Gumanizm.html.

10. URL: https://pidruchniki.com/1441071356158/pravo/printsipi_kriminalnogo_prava.

В статье рассматривается вопрос о сущности такого основополагающего принципа уголовного права, как принцип гуманизма. Автор изучает природу и происхождение изучаемого явления (понятия) и выясняет его значение для дальнейшего развития правового государства и путей усовершенствования отечественной юридической науки и практики.

Ключевые слова: принцип гуманизма, право, ценность человека, уголовно-правовая охрана, уголовно-правовое воздействие.

The article deals with the issue of the essence of such a fundamental principle of criminal law as a principle of humanism. The author studies the nature and origin of the phenomenon (concept) under study and clarifies its importance for the further development of the legal state and ways to improve the domestic legal science and practice.

Key words: principle of humanism, law, human value, criminal law protection, criminal law influence.

УДК 343.137.2

Олександр Сачко,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри адміністративного і кримінального права
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО ОСІБ ЗІ СТАТУСОМ НЕДОТОРКАННОСТІ, АДВОКАТІВ ТА ІНШИХ ПОСАДОВИХ ОСІБ, ЩОДО ЯКИХ ПЕРЕДБАЧЕНИЙ ПІДВИЩЕНИЙ СТУПІНЬ ЗАХИСТУ

У статті аналізуються проблеми забезпечення верховенства права під час застосування інституту особливого порядку кримінального провадження щодо осіб зі статусом недоторканності, адвокатів та інших посадових осіб, стосовно яких передбачений підвищений ступінь захисту. Розкрито пропозиції щодо вдосконалення таких особливих порядків кримінального провадження.

Ключові слова: верховенство права, процесуальна форма, спеціальні форми провадження, особливі порядки провадження.

Постановка проблеми. Диференціація процесуальної форми кримінальних проваджень закономірно зумовлює необхідність чіткої юридичної визначеності як спрощених процедур, так і інших ускладнених порядків притягнення окремих осіб до кримінальної відповідальності, які відповідали б засадам правової держави й завданням забезпечення справедливого правосуддя.

Актуальність теми дослідження зумовлюється тим, що практика реалізації приписів правових норм щодо особливих форм, режимів і порядків провадження показує наявність недосконалості законодавства та недоліків у діяльності слідчих органів, прокуратури й суду.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання цієї проблеми, вказує на посилення уваги дослідників до проблем удосконалення процесуальної форми кримінального судочинства загалом та до проблем кримінального провадження щодо осіб зі статусом недоторканності, адвокатів та інших посадових осіб, стосовно яких передбачений підвищений ступінь захисту [1–20]. Однак наявні публікації не вичерпують усю складну проблему, а швидше утворюють фундаментальну базу для її подальшого дослідження.

Метою статті є визначення ймовірних шляхів підвищення ефективності застосування особливих режимів кримінальних проваджень.

Виклад основного матеріалу дослідження. Процесуальна форма – це визначена законом процедура судочинства, відповідні принципам кримінального процесу та передбачені кримінально-процесуальним правом умови, послідовність і порядок діяльності учасників процесу, засоби реалізації ними своїх прав, свобод та обов'язків, процедура здійснення окремих процесуальних дій і прийняття юридичних рішень, а також режим документування процесуальної діяльності, покликані забезпечити розв'язання завдань та досягнення мети кримінального процесу [14, с. 20].

Кримінальне провадження здійснюється у визначеній у законі процесуальній формі, яка сьогодні отримує певну диференціацію та представлена в трьох режимах: а) основна традиційна загальна процесуальна форма; б) спрощене досудове провадження щодо кримінальних проступків (дізнання) та інші спрощені процедури розгляду окремих справ, що не є складними (провадження на підставі угод) тощо; в) особливий ускладнений процесуальний порядок притягнення до кримінальної відповідальності неповнолітніх та інших осіб, які потребують підвищеного захисту.

Останній особливий процесуальний прядок логічно застосовується під час притягнення до відповідальності осіб, які діють зазвичай у стані професійного ризику, що зумовлює необхідність запровадження процедури притягнення їх до відповідальності, яка б створювала додаткові гарантії захищеності від неправомірного кримінального переслідування під час виконання ними своїх професійних обов'язків.

© О. Сачко, 2018

Особливий ускладнений порядок кримінального провадження із застосуванням додаткових гарантій проти можливого безпідставного звинувачення застосовується відповідно до положень ст. 480 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) щодо таких осіб: 1) народного депутата України; 2) судді, судді Конституційного Суду України, а також присяжного на час виконання ним обов'язків у суді, голови, заступника голови, члена Вищої ради правосуддя, голови, заступника голови, члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України; 3) кандидата в Президенти України; 4) Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; 5) голови та інших членів Рахункової палати; 6) депутата місцевої ради; 7) адвоката; 8) Генерального прокурора України, його заступника, прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури; 9) директора та працівників Національного антикорупційного бюро України; 10) члена Національного агентства з питань запобігання корупції.

На думку В.М. Тертишника, до наведеного переліку осіб, які в кримінальному процесі мають підвищений ступінь захисту, законодавчо варто було б віднести слідчих Державного бюро розслідувань і слідчих будь-якого відомства, а також не лише адвокатів, а й інших фахівців у галузі права, які надають правничу допомогу [15, с. 695]. Безумовно, ця думка заслуговує на увагу. Проте зі створенням Антикорупційного суду України положення цього інституту варто було б застосовувати також до всіх суддів новоствореного судового органу, а також на детективів запропонованого до створення Бюро фінансових розслідувань.

Однак постає більш складне питання: під час моделювання такого особливого порядку кримінального провадження необхідно забезпечити дотримання конституційних принципів правосуддя та баланс приватних і публічних інтересів.

Зазначимо, що згідно зі ст. 21 Конституції України всі люди є вільними й рівними у своїй гідності та правах, а ст. 24 Конституції України стверджує: «Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками» [21]. Аналогічні приписи містяться в ст. 10 КПК України.

Відтак закон не дозволяє «привілеї» залежно від роду занять чи інших будь-яких ознак. Однак заборона привілеїв не виключає можливість запровадження додаткових гарантій безпеки та гарантії захищеності від неправомірного кримінального переслідування під час виконання професійних обов'язків особами, які діють у стані підвищених ризиків. Не випадково КПК України передбачає низку заходів безпеки щодо свідків та інших учасників процесу (наприклад, допит під псевдонімом тощо).

За твердженням А.В. Шевчишена, системи винятків у режимі правового регулювання здійснення кримінального провадження щодо наведених у главі 37 КПК України осіб зумовлені тим, що зайняття цих посад зумовлює не лише набуття особами високого соціального стану, а й особливе суспільне значення їх професійної діяльності, однією з постійних рис якої є конфлікти, через що є висока імовірність для них порівняно з пересічними громадянами або іншими особами, які здійснюють службову діяльність і професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, стати об'єктом протиправних дій із боку інших осіб із метою відсторонення їх від виконання своїх функцій, а у випадках реального вчинення ними кримінальних правопорушень це може викликати упереджене ставлення до них не лише з боку пересічних громадян, а й із боку службових осіб правоохоронних органів та прокуратури [19, с. 115].

Важливим доктринальним питанням розвитку процесуальної форми правосуддя є питання балансу приватних і публічних інтересів під час встановлення певних імунітетів щодо депутатів та інших посадових осіб. У цьому аспекті важливо виважено гармонізувати інтереси суспільства та права й свободи людини, визначитися з тим, чи справді певні особи працюють у стані ризику, які можливі інші форми їх захисту, окрім радикального статусу недоторканності, тощо.

Так, В.М. Федченко та О.А. Лучко вважають, що для ефективності здійснення своїх функцій особи, які займають відповідальні посади (у цьому випадку судді, присяжні), повинні мати певні гарантії для ефективного, неупередженого здійснення своїх функцій. Однак це створює можливість для зловживання ними правом, безкарності, зростання корупційних проявів та, як наслідок, недовіри суспільства до всієї судової системи [18, с. 178].

Із цього приводу О.Ю. Татаров слушно стверджує, що недоторканність не повинна використовуватися на шкоду законності й справедливості як засіб збереження винного від справедливого покарання, оскільки являє собою винятково особливий порядок притягнення до кримінальної відповідальності та забезпечує захист від незаконного

й необґрунтованого обвинувачення у вчиненні злочину [13, с. 206].

Під час аналізу усталених гарантій недоторканності депутатів неважко помітити, що цей стан не зовсім корегується з необхідними в цивілізованому суспільстві гарантіями їх діяльності, не відповідає європейським стандартам, адже такого необмеженого імунітету немає в жодній демократичній європейській державі. Майже в усіх країнах світу депутат не має імунітету щодо затримання й арешту на місці вчиненого ним злочину. У деяких країнах (таких як Бельгія, Великобританія, Ірландія, Ісландія, Люксембург, Нідерланди, США, Японія) член парламенту користується імунітетом лише під час сесійної роботи в парламенті. У деяких європейських країнах, таких як Білорусь, Болгарія, Ірландія, Туреччина та Хорватія, депутатський імунітет не поширюється на випадки вчинення будь-якого тяжкого злочину, а в Сербії, Словенії й Чорногорії згода парламенту на арешт депутата та притягнення його до кримінальної відповідальності не потрібна, якщо покарання за злочин може становити 5 років позбавлення волі. У Фінляндії та Швеції арешт депутата без згоди парламенту можливий, якщо його діяння кваліфікують як злочин, за вчинення якого передбачене позбавлення волі строком не менше 6 місяців і 2 років відповідно.

Підтримуючи позицію щодо необхідності скасування імунітету народних депутатів від кримінального переслідування, В.В. Колюх наголошує на обов'язковому збереженні депутатського індемнітету, який, на його думку, є однією з важливих гарантій існування та розвитку парламентаризму [5]. Під індемнітетом розуміється, що депутат не несе жодної відповідальності за свої рішення та висловлювання в парламенті.

Проблеми ж наявної депутатської недоторканності, як іронічно зазначає В.М. Тертишник, стають дедалі більш заплутаними. Так, указом Президента України від 15 січня 2000 р. було проголошено проведення в неділю 16 квітня 2000 р. Всеукраїнського референдуму, на який виносилося таке запитання: «Чи згодні Ви з необхідністю обмеження депутатської недоторканності народних депутатів України та вилученням у зв'язку із цим ч. 3 ст. 80 Конституції України, де сказано: «Народні депутати України не можуть бути без згоди Верховної Ради України притягнені до кримінальної відповідальності, затримані чи заарештовані»?» Референдум проведений відповідно до Конституції України та чинного законодавства. Необхідну більшість голосів на референдумі було подано за скасування названого положення. Судового рішення щодо визнання результатів референдуму недійсними немає. Конституційний Суд України 27 червня 2000 р. визнав, що виключення ч. 3 ст. 80 Конституції України не суперечить Конституції України (справа № 1-38/2000 № 1-в/2000). Згідно із Законом України «Про всеукраїнський референдум» від 6 листопада 2012 р. № 5475-VI [22] результати народного волевиявлення на всеукраїнському референдумі є обов'язковими. Результати народного волевиявлення на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою є остаточними, не потребують затвердження чи схвалення будь-якими органами державної влади та є обов'язковими для виконання громадянами України, органами державної влади України, яких стосується це рішення та до повноважень яких воно віднесене. У разі проведення конституційного, законодавчого референдуму Центральна виборча комісія впродовж 5 днів після оголошення результатів всеукраїнського референдуму оприлюднює в газетах «Голос України» та «Урядовий кур'єр» акт, схвалений (затверджений) всеукраїнським референдумом, або акт у редакції з урахуванням рішень, схвалених (затверджених) на всеукраїнському референдумі [15, с. 698].

Наведені факти показують наявність не стільки ризиків незаконних дій щодо самих депутатів, скільки можливість зловживання ними своїм статусом. Депутатський імунітет став не механізмом гарантій діяльності парламентаріїв, а набув ознак реальних привілеїв, тобто стану, який забороняє Конституція України.

На думку В.М. Тертишника, наведеного рішення Конституційного Суду України досить для постановки на голосування в сьогоднішньому парламенті питання про скасування ч. 3 ст. 80 Конституції України (без будь-яких «підвісок» до цього питання). Якщо рішення буде прийняте, потім можна ставити питання про внесення змін і доповнень до Закону України «Про статус народних депутатів», де варто передбачити підвищений ступінь їх захисту, закріпивши такі правила: а) народні депутати України не можуть бути затримані чи заарештовані під час роботи безпосередньо у Верховній Раді України; б) кримінальне провадження стосовно народного депутата України може бути розпочате тільки Генеральним прокурором України, його заступниками або прокурорами областей відповідно до правил територіальної підслідності; в) затримання чи арешт народного депутата України може здійснюватися лише за рішенням апеляційного або Верховного Суду України. Такий же

рівень правового захисту доцільно встановити стосовно суддів і слідчих [16, с. 54–56].

Зауважимо, що з усіх зазначених у законі осіб, щодо яких сьогодні встановлюється особливий порядок провадження із закріпленням додаткових гарантій захисту, найменш потрібні такі гарантії саме щодо депутатів, ризик діяльності яких полягає лише в тому, щоб «дотримуватися законності» та правил голосування.

Дослідивши цю проблему, С.В. Свириденко висловлює думку про збереження існуючого депутатського імунітету, проте вважає, що закон має дозволити затримання народного депутата під час або відразу після вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, якщо таке затримання є необхідним для попередження вчинення злочину, відвернення чи попередження наслідків злочину або забезпечення збереження доказів цього злочину. Учений також пропонує доповнити КПК України положенням про те, що в разі вчинення народним депутатом України тяжкого або особливо тяжкого злочину допускається проведення слідчих (розшукових) дій без отримання Верховною Радою України згоди на притягнення його до кримінальної відповідальності з метою забезпечення збереження доказів вчинення злочину [11, с. 213–215].

Однак підвищений ризик існує в діяльності прокурорів, детективів Національного антикорупційного бюро України, працівників Державного бюро розслідувань, слідчих усіх без винятку правоохоронних органів та адвокатів, до того ж незалежно від рівня займаної посади. Саме до таких осіб насамперед варто запроваджувати особливий порядок притягнення їх до кримінальної відповідальності, створюючи додаткові механізми стримувань і противаг задля уникнення можливих фальшувань проти них доказових матеріалів та можливих зловживань владою.

На наше переконання, стосовно слідчих, прокурорів, детективів, суддів, адвокатів та інших фахівців права, які надають правничу допомогу, доцільно встановити єдиний універсальний імунітет: затримання, арешт, притягнення цих осіб до кримінальної відповідальності допускається за згодою міністра юстиції України, виданою на підставі подання Генерального прокурора України чи його заступника або директора Національного антикорупційного бюро України (щодо працівників самої прокуратури). Народні депутати мають користуватися захистом інституту індемнітету та не повинні бути затримані чи заарештовані в період сесійної роботи у Верховній Раді України.

Висновки

Більш широке запровадження в слідчу й судову практику інститутів особливих спрощених форм, порядків і режимів кримінальних проваджень потребує зміцнення гарантій захисту прав та свобод учасників процесу, розроблення й запровадження з урахуванням принципу верховенства права більш досконалої процедури слідства та судового розгляду відповідних справ, виваженого застосування правил індемнітету та підвищеного ступеня захисту без використання привілеїв недоторканності.

Перспективи подальшого дослідження проблеми вбачаються в розробленні концептуальної моделі та окремої глави Кримінального процесуального кодексу України, присвяченої особливим формам кримінальних проваджень.

Список використаних джерел:

1. Абламський С.Є. Сучасний стан регламентації порядку затримання судді чи обрання до нього запобіжного заходу. Наука і правоохоронна діяльність. 2017. № 4. С. 226–231.

2. Арланова Р.Д. Особливості відсторонення від посади осіб, які призначаються Президентом України. Слово Національної школи суддів України. 2017. № 2. С. 107–113.

3. Власова Г.П. Співвідношення кримінальних процесуальних проваджень та диференціації кримінальних процесуальних форм. Науково-інформаційний вісник «Право». 2015. № 11. С. 153–158.

4. Заборовський В.В. Правовий статус адвоката в умовах становлення незалежної адвокатури України: монографія. Ужгород: ВД «Гельветика», 2017. 900 с.

5. Колюх В.В. Депутатська недоторканність: зарубіжний досвід і українські проблеми. Віче. 2015. № 3. С. 52–56.

6. Корнієнко М.В., Тертишник В.М. Концептуальні проблеми процесуального інституту негласних слідчих (розшукових) дій. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2016. Вип. 39. Т. 2. С. 105–109.

7. Наливайко Л.Р. Юридична відповідальність Президента України: актуальні питання. URL: http://www.lex-line.com.ua/?language=ru&go=full_article&id=910.

8. Принцип рівності у праві: теорія і практика: монографія / за заг. ред. Н.М. Оніщенко. К.: Юридична думка, 2014. 380 с.

9. Свириденко С.В. До проблеми законодавчого врегулювання здійснення кримінального провадження щодо осіб, які користуються недоторканністю. Науковий вісник публічного та приватного права. 2017. Вип. 5. С. 207–212.

10. Свириденко С.В. Особливості повідомлення про підозру особам, які користуються недоторканністю. Науковий вісник публічного та приватного права. 2017. Вип. 6. С. 151–159.

11. Свириденко С.В. Досудове розслідування у кримінальному провадженні щодо осіб, які користуються недоторканністю: дис. ... канд. юрид. наук (доктора філософії): 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність»; Університет державної фіскальної служби України. Ірпінь, 2018. 222 с.

12. Татаров О.Ю. Чи реально ув'язнити українського депутата? Факт один – думки різні. Закон і бізнес. 2015. Вип. 43(1237). URL: http://zib.com.ua/ua/pda/119350.html.

13. Татаров О.Ю. Проведення негласних слідчих (розшукових) дій стосовно окремих категорій осіб. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2015. Вип. 3-2. Т. 1. С. 205–208.

14. Тертишник В.М. Кримінальний процес України: підручник. 7-ме вид., доп. і перероб. К.: Алерта, 2017. 840 с.

15. Тертишник В.М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. 15-те вид., доп. і перероб. К.: Правова єдність, 2018. 854 с.

16. Тертишник В.М. Конституційна реформа: пошук нової парадигми українського конституціоналізму. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2015. № 6. С. 52–59.

17. Удалова Л.Д., Бабій І.В. Досудове провадження у кримінальних справах щодо окремих службових осіб, які обіймають особливо відповідальне становище: монографія. К.: КНТ, 2010. 192 с.

18. Федченко В.М., Лучко О.А. Притягнення суддів до кримінальної відповідальності: кримінальний процесуальний аспект. Юридичний науковий електронний журнал. 2017. № 1. С. 178–180. URL: http://lsej.org.ua/1_2017/46.pdf.

19. Шевчишен А.В. Деякі особливості початку досудового розслідування щодо осіб, зазначених у статті 480 КПК України, у разі вчинення ними корупційного злочину. Наше право. 2017. № 1. С. 114–121.

20. Черхавський М.В., Абламський С.Є. Окремі проблемні питання законодавчої регламентації затримання народного депутата України. Актуальні проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих учених: тези доп. учасників наук.-практ. конф. (Харків, 17 травня 2018 р.) / Харківський нац. ун-т внутр. справ, МВС України. Х., 2018. С. 247–252.

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

22. Про всеукраїнський референдум: Закон України від 6 листопада 2012 р. № 5475-VI / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 44–45. Ст. 634.

В статье анализируются проблемы обеспечения верховенства права при применении института особенного порядка уголовного производства в отношении лиц со статусом неприкосновенности, адвокатов и иных должностных лиц, относительно которых предусмотрен усиленный режим защиты. Раскрыты предложения по совершенствованию особенных порядков производства.

Ключевые слова: верховенство права, процессуальная форма, особые формы уголовного производства, специальное производство.

The article analyses problems of the rule of law in the application of the institute the special procedure of criminal proceedings against persons with the status of immunity, lawyers and other officials that provided for an increased degree of protection. Disclosed proposals for improvement of such special orders of the criminal proceedings.

Key words: rule of law, procedural form, special form of proceedings, special order proceedings.

УДК 343.8

Богдан Телефанко,
канд. юрид. наук, доцент,
професор кафедри кримінально-правових дисциплін
Львівського державного університету внутрішніх справ

ПРОБАЦІЯ ЯК ЗАХІД КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ НА РЕЦИДИВНУ ЗЛОЧИННІСТЬ

Стаття присвячена одному з таких заходів кримінально-правового впливу на злочинців, як пробація. На пробацію покладаються великі сподівання, тому що її пов'язують із гуманізацією кримінального законодавства, диференціацією відповідальності залежно від тяжкості вчинених злочинів, особистості злочинця і, як наслідок, запобіганням рецидивній злочинності й зменшенням рецидивної злочинності.

Ключові слова: пробація, рецидивна злочинність, досудова доповідь, покарання, засуджений, ресоціалізація, гуманізація.

Постановка проблеми. З метою зменшення рецидивної злочинності й реформування державного управління системою кримінальної юстиції в Україні є створення служби пробації на основі кримінально-виконавчих інспекцій з урахуванням досвіду діяльності відповідного правового інституту в європейських державах. Завдяки цьому створено можливість звільнення засудженого від відбування покарання в місцях позбавлення волі за умови його виправлення й ресоціалізації без ізоляції від суспільства. Однак у процесі здійснення контролю за особами, звільненими від відбування покарання з випробуванням, і під час складання досудової доповіді уповноваженими органами служби пробації виникають проблемні питання. Це не сприяє ефективній діяльності служби пробації.

Питаннями пробації, становлення уповноважених органів служби пробації присвячені праці таких учених: О. Беци, В. Дрьоміна, Т. Ткача, М. Хавронюка та інших. Однак складання досудової доповіді, питання звільнення від відбування покарання засудженого після закінчення іспитового строку ще не достатньо досліджені.

Мета статті – пошук шляхів зниження рецидивної злочинності з допомогою служби пробації, гуманізації кримінально-правової відповідальності злочинців.

Виклад основного матеріалу. Рецидив злочинів – доволі поширене явище в структурі й динаміці злочинності. Майже кожен другий засуджений учинив не один, а два й більше злочинів або раніше засуджувався за вчинення злочину. Рецидивіст, учинивши раніше злочин, не корегує свою антисоціальну поведінку, демонструє стійкі установки неприйняття встановлених у суспільстві правил соціальної комунікації, знову вчиняє злочин. У середньому кожний третій злочин учинюється особою, яка раніше вже була засуджена. Причому такі особи вчиняють у більшості тяжкі злочини: вимагання, розбої, тяжкі посягання проти особи, тяжкі види хуліганства тощо [1, с. 263–264].

Справедливість покарання як принцип його призначення полягає насамперед у тому, що воно має відповідати загальнолюдським цінностям, моральним устоям суспільства, переконувати громадян у правильності судової політики. Щодо небезпечних злочинців, а також рецидивістів справедливість вимагає призначення суворих заходів покарання. І в цьому випадку, на думку автора, не можна закликати до толерантності щодо рецидивістів. Толерантність повинна мати межі. Не треба загравати зі злом, це погано закінчується. Водночас до осіб, які вчинили злочини невеликої тяжкості, з урахуванням особи винних, відповідно до принципу справедливості, варто застосовувати більш м'які покарання. Менш суворий вид покарання не може забезпечити виправного впливу на рецидивіста, а також тим самим не може створити безпеку для життя багатьох людей. У статті 414 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) вказано, що призначене судом покарання визнається невідповідним тяжкості злочину та особі засудженого, якщо за своїм розміром воно є явно несправедливим унаслідок як м'якості, так і суворості покарання [2].

Підтвердженням цьому є думка професора В. Грищука, що вирішення питань гуманізації кримінально-правового регулю-

© Б. Телефанко, 2018

вання потребує диференційованого підходу. Гуманізація не може розглядатися як огульне зниження санкцій кримінально-правових норм, огульна декриміналізація суспільно небезпечних діянь і тим самим послаблення кримінально-правової відповідальності злочинців. Гуманізація в демократичній державі має бути виваженим науково обґрунтованим процесом. Головним у цьому є два аспекти. Перший полягає в установленні такої негативної (ретроспективної) кримінально-правової відповідальності людини, яка б не мала символічного характеру, а була б необхідною й достатньою для виконання завдань загальної та спеціальної превенції. Санкції кримінально-правових норм мають бути такими, щоб вони справляли належний профілактичний вплив як на злочинців, так і на всіх членів суспільства. З іншого боку, стосовно злочинця мають витримуватися всі загальнолюдські, вироблені світовою практикою, гуманістичні еталони забезпечення його прав та інтересів. Особливої уваги завжди потребує (має потребувати) проблема забезпечення прав потерпілого від злочину на рівні сучасних демократичних правових стандартів [3, с. 683–684]. Отже, гуманізація кримінально-правової відповідальності має враховувати інтереси суспільства, держави й потерпілого.

На практиці дуже часто застосовується судами ст. 69 Кримінального кодексу України (далі – КК України), якою передбачено пом'якшення покарання за наявності таких обтяжуючих обставин, як рецидив злочину, вчинення злочину в стані алкогольного сп'яніння [4]. Автор підтримує думку І. Федорчук та С. Міщенко, що ч. ч. 1, 2 ст. 69 КК України не повинні застосовуватись, якщо суд урахував під час призначення покарання хоча б одну з обставин, які обтяжують покарання, передбачених ч. 1 ст. 67 КК України [5, с. 4; 6, с. 262].

Протидія рецидивній злочинності є актуальною проблемою не лише нашої держави, а й усього сучасного світу. За правильної профілактичної роботи у злочинців більше шансів покінчити зі своїм кримінальним минулим. І мова йде про пошук нових ефективних заходів зниження рівня рецидивної злочинності. Власне вимоги євроінтеграційних процесів в Україні створюють належні умови для приведення у відповідність до сучасних європейських стандартів і принципів і сферу виконання й відбування кримінальних покарань. Створення й удосконалення системи кримінальних покарань адекватно відображає потреби в протидії злочинності в умовах демократичної держави – важливе завдання сучасних розвинених країн, відображене в низці авторитетних міжнародних документів. У контексті його вирішення досягається мета гуманізації кримінального законодавства, диференціації відповідальності залежно від тяжкості вчинених злочинів та особистості злочинця, розширення ефективних альтернатив позбавленню волі. Для України це особливо важливо як напрям державної кримінальної політики.

У цьому зв'язку вельми актуальними є дослідження, спрямовані як на доповнення системи покарань новими перспективними видами, так і на підвищення результативності кримінально-правового впливу. Це й зумовило впровадження такого нового своєрідного виду покарання, як пробація. Відповідно до прийнятого Верховною Радою України 5 лютого 2015 року Закону України «Про пробацію», основною метою цього інституту є виправлення засуджених і запобігання вчиненню ними повторних злочинів [7]. У складі Міністерства юстиції України створено центральний орган управління діяльністю пробації – Департамент пробації – з відповідними управліннями пробації при шести міжрегіональних управліннях з питань виконання покарань і пробації. Уповноважені органи з питань пробації, які утворили структуру національної пробації, фактично розпочали роботу з 1 січня 2017 року.

На думку професора В. Дрьоміна, пробація має бути самостійним видом покарання, зміст якого полягає тільки у виконанні вимог суду про належну поведінку через визначену програму перевиховання й умови невчинення нового злочину [8, с. 375]. Але ж пробація – система наглядових і соціально-виховних заходів, що застосовується за рішенням суду та згідно із законом до засуджених, виконання певних видів покарання, не пов'язаних із позбавленням волі, та забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинуваченого [7]. На думку автора, пробація є більш широким поняттям, бо, крім указаного, вона ще й забезпечує суд інформацією, що характеризує обвинуваченого, як випливає з визначення поняття пробації.

У статті 314-1 КПК України вказано, що представник уповноваженого органу з питань пробації має скласти досудову доповідь за ухвалою суду й у визначений у ній строк. На практиці буває так, що в ухвалах суду, які надходять до органів пробації, зазначений строк на складання досудової доповіді становить менше ніж 10 днів, а іноді може бути й 1 чи 2 дні. Для складання такої досудової доповіді працівнику органу пробації необхідно надавати відповідний час, під час якого він має право отримувати різного роду інформацію від обвинуваченого (за його зго-

ди), відвідувати його місце роботи, навчання, проживання, інформацію про найближче оточення, отримати довідки, а також ознайомлюватися з матеріалами кримінального провадження щодо обставин, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого злочину, характеризують особу обвинуваченого, обставини, що є підставою для звільнення від покарання, тощо.

Видається, якщо уповноваженому представнику служби пробації на складання досудової доповіді строк, передбачений ухвалою суду, недостатній, то в таких випадках необхідно працівнику пробації звертатись до суду про продовження строку згідно зі ст. 71 КПК України. Суди зобов'язані ухвалювати розумні й достатні строки для підготовки досудової доповіді.

Професор М. Хавронюк зараховує пробацію до заходів кримінально-правового впливу, і пробація застосовується до особи, яка вчинила злочин [9, с. 6–7].

Загалом термін «пробація» може вживатися в декількох значеннях:

– концепція соціальної роботи з правопорушниками;

– ієрархічна організаційна структура;

– орган державної влади;

– різновид покарання, не пов'язаного з позбавленням волі на певний строк, і водночас як умовне звільнення від кримінального покарання з випробуванням. Отже, пробація знаходиться поза поліцією та установою виконання покарання, і це є випробування особи, яка вчинила злочин, умовним засудженням і відстрочкою від виконання вироку суду. Основна сутність пробації полягає в тому, що над засудженим установлюється нагляд без ізоляції його від суспільства, проте з покладанням на нього певних зобов'язань та обмежень. Головною ж метою пробації є захист суспільства, запобігання повторним злочинам, сприяння реінтеграції правопорушника в соціальне життя [10, с. 134].

На жаль, у процесі здійснення нагляду за особами, які звільнені від відбування покарання з випробуванням, виникають іноді проблеми в частині звільнення від відбування покарання засудженого після закінчення іспитового строку, якщо на момент вирішення цього питання наявна інформація про внесення до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) даних про вчинення ним злочину під час іспитового строку. Іспитовий строк, згідно зі ст. 75 КК України, встановлюється судом тривалістю від одного року до трьох років.

Відповідно до ч. 3 ст. 75 КК України, суд ухвалює постанову звільнити засудженого від відбування призначеного покарання з випробуванням, якщо він протягом визначеного іспитового строку не вчинить нового злочину й виконає покладені на нього обов'язки.

Відповідно до ч. 1 ст. 165 Кримінально-виконавчого кодексу України, іспитовий строк обчислюється з моменту проголошення вироку суду. Згідно з ч. 2 ст. 165, після закінчення іспитового строку засуджений, який виконав покладені на нього обов'язки й не вчинив нового злочину, за поданням уповноваженого органу з питань пробації звільняється судом від призначеного йому покарання, нагляд припиняється й засуджений знімається з обліку в зазначеному органі.

Однак мають місце випадки, коли суди відмовляють у задоволенні клопотання уповноважених органів пробації про звільнення осіб від відбування покарання у зв'язку із закінченням іспитового строку, якщо на момент подання такого клопотання наявна інформація про внесення до ЄРДР даних про злочин, учинений під час іспитового строку. На думку автора, якщо засуджений під час іспитового строку вчинив новий злочин і наявна інформація про нього внесена до ЄРДР, то особа засудженого не може бути піддана кримінальному покаранню за правилами, що передбачені ст. ст. 71, 72 КК України, бо, відповідно до ст. 62 Конституції України та ч. 2. ст. 2 КК України, особа вважається невинуватою в учиненні злочину й не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не доведено в законному порядку й установлено обвинувальним вироком суду. Якщо ж іспитовий строк не закінчився та за вчинений новий злочин судом установлено обвинувальний вирок, то в такому разі суд призначає особі остаточне покарання за правилами, що передбачені ст. ст. 71, 72 КК України.

Висновки

Необхідно сказати, що службу пробації варто розглядати як орган держави, основною метою якого є сприяння засудженим ставати правослухняними громадянами, а також контроль за ними з метою невчинення ними нових злочинів. Процес упровадження пробації в Україні є надзвичайно важливим та актуальним кроком на шляху до євроінтеграції та подальшого розвитку й реформування суспільства. Ідея виправлення та ресоціалізації засуджених за рахунок інтеграції їх у суспільство і збереження соціальних зв'язків завжди буде актуальною, тому що дає шанси на зменшення рецидиву злочинів в Україні. Подальші дослідження в цьому напрямі є необхідними й перспективними.

Список використаних джерел:

1. Борисов В.І., Тацій В.Я., Тютюгін В.І. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / за ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 5-те видання, перероблене і доповнене. Харків: Право, 2015. 528 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України. Київ. 2015. 328 с.
3. Грищук В.К. Філософсько-правове розуміння відповідальності людини: монографія. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2012. 736 с.
4. Кримінальний кодекс України. Київ, 2017. 212 с.
5. Федорчук І.М. Обставини, які обтяжують покарання за кримінальним правом України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. Львів, 2010. 20 с.
6. Міщенко С.М. Деякі особливості застосування судами ст. 69 КК України. 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матер. Міжнар. наук.-практ. конф., 13–14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред..), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2011. С. 262.
7. Про пробацію: Закон України від 05.02.2015 № 160-VIII. URL: http:// zakon5.rada.gov.ua /laws/shou/ 160-190.
8. Дрьомін В.М. Застосування пробації як засіб декриміналізації суспільства. Актуальні проблеми політики. Одеса, 2005. Вип. 25. С. 372–377.
9. Хавронюк М.І. Заходи кримінально-правового впливу: які вони бувають (частина 1)? Юридичний вісник України. 25–31 травня 2013 року. С. 6–7.
10. Беца О. Зарубіжний досвід застосування пробації в ювенальній юстиції. Відновне правосуддя в Україні: щоквартальний бюлетень. 2005. № 1–2. С. 134–146.

Статья посвящена одной из таких мер уголовно-правового воздействия на преступников, как пробация. На пробацию возлагаются большие надежды, потому что ее связывают с гуманизацией уголовного законодательства, дифференциацией ответственности в зависимости от тяжести совершенных преступлений, личности преступника и, как следствие, предотвращением и уменьшением рецидивной преступности.

Ключевые слова: пробация, рецидивная преступность, досудебный доклад, наказание, осужденный, ресоциализация, гуманизация.

The article is devoted to one of such measures of criminal law impact on criminals as probation. High expectations are placed on probation, because it is associated with the humanization of criminal legislation, the differentiation of responsibility depending on the severity of the crimes committed, the identity of the offender and, as a consequence, the prevention and reduction of recidivism.

Key words: probation, recurrent crime, pretrial report, punishment, convict, resocialization, humanization.

УДК 343

Дмитро Беседа,
старший викладач кафедри боротьби з корупцією та організованою злочинністю Національної академії Служби безпеки України

МІГРАЦІЙНА КРИЗА В ЄС ТА ЇЇ ВПЛИВ НА БЕЗПЕКОВУ СИТУАЦІЮ В УКРАЇНІ

У статті розглянуто основні чинники, що визначають міграційні процеси в країнах Європейського Союзу, тенденції до формування каналів нелегальної міграції у суміжних із ЄС країнах та наслідки цього явища, які безпосередньо впливають на безпекову ситуацію в Україні. Проаналізовано дії європейських інституцій у вирішенні проблем нелегальної міграції.

Ключові слова: нелегальна міграція, національна безпека, міграційні потоки, міграційна криза, організована злочинність, правоохоронна діяльність.

Постановка проблеми. Міграція являє собою складне і комплексне соціальне явище, існування і перебіг якого зумовлені дією цілого комплексу чинників, а саме: соціально-економічного (що породжує трудову, професійну і так звану «інтелектуальну» міграції), демографічного (що спричиняє статево-вікову диференціацію міграційних потоків та істотно впливає на кількість населення як у країні походження, так і в країні-реципієнті), політичного (що породжує існування такої специфічної категорії, як біженці та особи без громадянства), етнокультурного (що слугує причиною геноциду, репатріації) характеру. У зв'язку із наведеними вище фактами немає жодного сумніву, що міжнародна міграція населення в умовах зростаючої глобалізації та розширення світових економічних відносин посідає значне місце у розвитку сучасного суспільства [1, с. 292].

Міграційна ситуація в Україні продовжує визначатися двома основними чинниками: міграційною кризою в країнах Європейського союзу (далі – ЄС), що впливає на формування каналів нелегальної міграції в цілій низці регіонів, у т. ч. в суміжних із ЄС країнах, та масовою трудовою міграцією громадян України до інших країн.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед наукових досліджень проблем міграційної політики та протидії нелегальній міграції, проведених останніми роками, вважаємо за доцільне згадати роботи О. Малиновської, О. Чуприни, К. Соколецької, О. Санчина, Т. Огнєвої та О. Відлер. Водночас питання, пов'язані із впливом сучасної міграційної кризи на європейському просторі на безпекову ситуацію у нашій країні, у цих дослідженнях окремо не розглядаються.

Метою статті є визначення напрямів забезпечення взаємодії правоохоронних органів України з міжнародними інституціями в частині попередження нелегальної міграції у контексті її впливу на безпекову ситуацію в Україні.

Виклад основного матеріалу. Пік міграційної кризи в ЄС мав місце у 2015-2016 роках, після чого спостерігається суттєве скорочення потоків мігрантів до цього регіону. У 2017 році в ЄС прибуло 205 тисяч нелегальних мігрантів, що на 28 % менше, аніж у 2014 році, який передував міграційній кризі. Порівняно із 2016 роком скорочення становить 63 % [2]. Водночас натепер у країнах ЄС вже перебувають 685 тисяч осіб, які претендують на притулок.

Згідно з даними БКА Німеччини (Федеральне управління кримінальної поліції ФРН), кількість новоприбулих біженців до країни скоротилася у 2017 році порівняно із 2016 р. удвічі – з 111 тисяч до 55 тисяч осіб. Усього ж мігрантів до цієї країни за 2017 рік прибуло менше 200 тисяч осіб, тоді як у 2015 році – 890 тисяч [3]. В окремих землях це скорочення є ще помітнішим і, наприклад, у Баварії становить чотири рази [4]. Німеччина приймає майже дві третини осіб, що претендують на статус біженця у ЄС.

За 2017 рік до ЄС морським каналом прибула 171 тисяча нелегальних мігрантів, що вдвічі менше, аніж у 2016 році, і вдесятеро менше, аніж у 2015 році [5]. Основною країною транзиту таких мігрантів сьогодні виступає Лівія.

Серед причин скорочення притоку мігрантів називають перекриття «балканського маршруту», запровадження морського патрулювання для попередження контрабанди людей Середземним та Егейськими морями, а також угоду ЄС з Туреччиною.

© Д. Беседа, 2018

Ситуація на основних маршрутах переміщення нелегальних мігрантів має такий вигляд:

Східний Середземноморський маршрут: Туреччина – Егейське море – Греція або з Туреччини до Греції наземним маршрутом. У 2017 році цим маршрутом до ЄС прибуло 42 319 мігрантів (182 227 у 2016 році). Основними країнами походження мігрантів, що прибували цим маршрутом у 2017 році, були Сирія (40 %), Ірак (19 %) та Афганістан (11 %).

Центральний Середземноморський маршрут: Лівія або Туніс – Італія. У 2017 році цим маршрутом до ЄС прибула найбільша кількість мігрантів – 119 369 осіб, що на 34 % менше, аніж у 2016 році. Основними країнами походження мігрантів, що прибували цим маршрутом в 2017 році, були Нігерія (15 %), Гвінея (8 %) та Кот-Д'Івуар (8 %).

Західний Середземноморський маршрут: Марокко чи Алжир – Іспанія. Зазначений маршрут є альтернативним по відношенню до двох вищезгаданих. У 2017 році цим маршрутом прибуло 28 349 мігрантів, що вдвічі більше, аніж у 2016 році. Активізація цього маршруту вказує на пошук кримінальними структурами, причетними до організації нелегальної міграції, нових шляхів переміщення мігрантів. У 2018 році спостерігається подальше розширення використання цього маршруту. Основними країнами походження мігрантів, що прибували цим маршрутом в 2017 році, були Марокко (21 %), Алжир (18 %), Кот-Д'Івуар (14 %), Гвінея (13 %) та Гамбія (11 %) [6, с. 2–4].

Слід зазначити, що тестування нових маршрутів здійснюється кримінальними структурами весь час. Як правило, направляється декілька човнів із мігрантами, і у разі успіху за ними надалі йдуть більші партії.

Специфіка функціонування міграційних каналів до ЄС веде до значних жертв серед мігрантів. Закриття «балканського маршруту» в 2016 році змістило основний шлях для мігрантів на Середземне море. Відповідно до даних Міжнародної організації з міграції, в 2017 році понад 3 тисячі осіб потонули або зникли безвісти під час спроби перетнути Середземне море. За останні чотири роки кількість загиблих становить понад 20 тисяч. Так, лише під час однієї події в березні поточного року в Егейському морі загинуло 14 мігрантів [7].

Збільшення міграційних потоків до країн ЄС за останні роки призвело до зростання рівня злочинності. Так, відповідно до статистики Федеративної Республіки Німеччина, таке зростання становить 10,4 % за період з 2015 по 2016 роки. На відміну від попередніх років, у 2017 році політика у цій сфері стала жорсткішою: замість замовчування цієї проблеми, правоохоронні органи активно виявляють та притягають до відповідальності причетних осіб, повідомлення про це публікуються у ЗМІ із зазначенням країн походження затриманих осіб.

При цьому слід враховувати, що молодіжна злочинність у Німеччині суттєво знижується вже тривалий час. За останні 20 років кількість грабежів, скоєних у Німеччині малолітніми злочинцями, скоротилася на 55,7 відсотка, кількість вбивств – на 36,5, небезпечних і тяжких тілесних ушкоджень – на 15,5 відсотка. Рівень молодіжної злочинності скоротився в Німеччині з 2004 до 2016 року удвічі; майже так само зменшився і рівень безробіття серед молоді – з 15,3 до 6,8 відсотка [8].

Фактично єдиним способом боротьби з нелегальною міграцією до цього часу залишається суто правоохоронний, націлений на боротьбу з кримінальними структурами, що займаються незаконним переміщенням мігрантів. Акцентування уваги саме на такому підході зміщує проблему на країни транзиту, що перетворюються для мігрантів на вимушені країни призначення, а також сприяє консервації проблем всередині країн походження. Так, посилення контролю на морі призвело до зменшення можливостей для мігрантів потрапити до Європи, через що значна кількість таких осіб залишаються у країнах транзиту, зокрема у Лівії. «Табори для біженців», влаштовані у цій країні, мають вкрай несприятливі умови для перебування і більше схожі на місця позбавлення волі. Окрім цього, в таких умовах біженці часто перетворюються на жертв торгівлі людьми і потрапляють у рабське становище. Досить типовими у таких місцях є травмування та пограбування біженців, інколи – їх вбивства. Кримінальні структури країн Північної Африки, що спеціалізуються на налагодженні каналів нелегальної міграції, отримують від цього бізнесу до 500 млн. євро на рік. Відзначається підвищення рівня кримінальної професіоналізації таких структур, їх технічної оснащеності [9].

Відповідно до угоди між ЄС та Туреччиною, укладеної 3 роки тому, в обмін на кожного мігранта із Сирії, що потрапив до Євросоюзу нелегально з Туреччини та був повернутий до цієї країни, Євросоюз погоджується приймати з неї одного сирійського біженця. Фактично ж ЄС прийняв значно більше осіб, аніж видворяє, – 12 500 проти 2 100 за два роки.

Окрім цього, ЄС надає у цьому зв'язку суттєву фінансову допомогу: на початок

2018 року Туреччина відповідно до цієї угоди отримала коштів на загальну суму у 3 млрд. євро. В обмін на це Туреччина вживає заходів із попередження міграційних потоків до країн Євросоюзу.

Натепер альтернативи цій угоді ані в Туреччині, ані в Європі не розглядається. У рамках цієї угоди до кінця 2018 року Туреччина додатково отримає ще 3 млрд. євро.

Після укладення угоди між ЄС та Туреччиною шлях через Егейське море став практично закритим. Натомість, основним шляхом потрапляння біженців до ЄС став небезпечний маршрут з Лівії до Італії. На кінець 2017 року спостерігалася активізація транзитного використання Іспанії, Кіпру та Греції. Також дедалі більше мігрантів намагаються дістатися берегів Європи Чорним морем маршрутом Туреччина – Румунія. Так, у вересні 2017 р. берегова охорона Румунії врятувала в акваторії Чорного моря понад 150 нелегальних мігрантів [10].

Таким чином, перекриття каналів нелегальної міграції через Середземне море може призвести до їх зміщення до інших країн, пошук злочинцями та потенційними мігрантами альтернативних маршрутів, у т. ч. і таких, що проходитимуть через територію України. Так, упродовж 2017 року спостерігалося посилення використання басейну Чорного моря для доставки нелегальних мігрантів у ЄС. Ймовірним є посилення транзиту таких мігрантів через територію РФ, де він здійснюється під контролем російських спецслужб у рамках загальної політики, націленої на стимуляцію міграційної кризи в Євросоюзі. Також можливим є збільшення нелегальної міграції через Україну. Наприкінці 2017 року вже було зафіксовано суттєве зростання міграційних потоків через Україну до країн ЄС, яке надалі може посилюватися [11]. В абсолютних цифрах це зростання не є великим – з 161 осіб за літньо-осінній період 2016 р. до 289 ву такий період 2017 р., але може вказувати на наявність певної тенденції.

У 2017 році Національною поліцією спільно зі Службою безпеки України та Державною прикордонною службою України (далі – ДПС) припинено діяльність 2 організованих злочинних груп, причетних до протиправної діяльності у сфері нелегальної міграції, які було виявлено на території Волинської та Харківської областей. Кожна із цих груп складалася з 3 осіб. Злочинних організацій, причетних до цієї протиправної діяльності, за 2017 рік виявлено не було. Таким чином, протидія протиправній діяльності у сфері незаконної міграції як формі організованої злочинності сьогодні в нашій країні не здійснюється. Закордонні контакти таких кримінальних структур, що діють у нашій країні, також не виявляються.

Усього за 2017 рік правоохоронними органами виявлено 159 кримінальних правопорушень, передбачених ст. 332 КК України (Незаконне переправлення осіб через державний кордон) (у 2016 р. – 154). Усього встановлено 97 осіб, причетних до цієї протиправної діяльності (56 у 2016 році) [12, с. 3], тобто щодо більшості кримінальних правопорушень осіб, причетних до їх вчинення, виявлено не було.

Державною міграційною службою України за 2017 рік виявлено 9 678 нелегальних мігрантів (6 390 в 2016 р., тобто зростання становить 51,5 %). За країнами походження більшість нелегалів є вихідцями з Росії – 2 103, або 21,7 % від загалу (2016 р. – 1 276), Азербайджану – 1 761, або 18,2 % (2016 р. – 777), Узбекистану – 900, або 9,3 % (2016 р. – 435), Грузії – 611, або 6,3 % (2016 р. – 263), Молдови – 646, або 6,7 % (2016 р. – 325), Вірменії – 642, або 6,6 % (2016 р. – 273) та В'єтнаму – 305, або 3,2 % (2016 – 161), інші – 28 %.

Стосовно нелегальних мігрантів прийнято 9 264 (2016 р. – 5 954) рішення про примусове повернення, з яких виконано 4 416, або 47,6 % (2016 р. – 2 092, або 35,1 %), та 376 (2016 р. – 255) – про примусове видворення, з яких виконано 214, або 56,9 % (2016 р. – 136, або 53,3 %) [13, с. 4].

Державною прикордонною службою України у 2017 році виявлені три тисячі випадків незаконної міграції і 3,8 тисячі осіб. За січень 2018 року ДПС України видворено 93 нелегальних мігрантів, за 2017 рік – 863 особи [14]. Відповідно до даних Держприкордонслужби України, в 2017 році порівняно із попереднім роком кількість нелегальних мігрантів зросла на 26 % [15].

Суттєву загрозу становить втягування українських громадян у незаконні операції за кордоном, у т. ч. у сфері переміщення нелегальних мігрантів.

Громадяни України є широко причетними до незаконного переміщення мігрантів Середземним морем. Так, у 2017-2018 роках у Греції затримано 148 громадян України, 132-ом з яких висунуті обвинувачення у перевезенні нелегальних мігрантів [16]. Затримані за причетність до доставки нелегальних мігрантів громадяни України, що перебувають у місцях позбавлення волі у Греції, відмовляються надавати інформацію щодо працедавців, які втягнули їх у протиправну діяльність.

За даними Міністерства закордонних справ України (далі – МЗС), з урахуванням вкрай негативного сприйняття грецьким

суспільством явища масової незаконної міграції і його політизації, грецькі суди практикують застосування максимальних санкцій, передбачених місцевим кримінальним законом.

Втягуванню українських моряків у незаконні операції сприяє як несприятлива економічна ситуація, так і значна пропозиція на цьому ринку праці. Так, сьогодні сертифікати моряків мають понад 230 тисяч українців, безпосередньо у морі працює 69 тисяч осіб. Це шостий показник у світі після Китаю, Філіппін, Індонезії, Росії та Індії. В Україні діє ще 46 навчально-тренінгових центрів з підготовки моряків – ця професія користується попитом, передусім через можливість відносно великих заробітків за кордоном [17]. Водночас можливості працевлаштування таких осіб в Україні є вкрай обмеженими.

Українські моряки домінують на каналах незаконного переміщення нелегальних мігрантів у Середземноморському регіоні. Згідно з наведеними показниками МЗС України, кількість затриманих за контрабанду українців зростає. Наявність українських громадян в екіпажі судна розглядається правоохоронними органами цих країн як ознака причетності судна до переміщення нелегальних мігрантів. Очевидно, що такого роду ситуація компрометує Україну на міжнародній арені і несе у собі системну загрозу для реалізації зовнішньої політики нашої держави. Вирішення цієї проблеми потребує узгоджених зусиль органів державної влади та приватного сектору. Враховуючи досвід протидії втягуванню українських моряків у незаконні операції з наркотиками, можна стверджувати, що принаймні цих осіб інформують щодо «специфіки» їх використання. Участь у незаконних акціях, як правило, набагато краще оплачується, а використання таких осіб «наосліп» кримінальними структурами не допускається у т. ч. з міркувань безпеки їхньої діяльності. Таким чином, працівники морського транспорту заздалегідь інформуються про те, що їх будуть використовувати у здійсненні незаконних акцій, за що вони отримуватимуть суттєво вищу за прийняту у галузі платню. Крюїнгові компанії також зацікавлені у такого роду діяльності, оскілки винагорода, яку вони отримують від злочинних угруповань за підбір моряків для перевезення мігрантів, значно перевищує комісію, яку вони могли б отримати від легальних компаній. Реагування на цю загрозу вимагає як політичних заходів у т. ч. на рівні відносин між Україною та ЄС, так і відповідних правоохоронних дій, що мають бути спрямовані на попередження вербування українських моряків транснаціональними організованими злочинними угрупованнями. Ці дії мають передбачати виявлення крюїнгових компаній, що використовуються як посередники, позбавлення їх ліцензій та притягнення вербувальників до кримінальної відповідальності.

Іншою тенденцією є використання організованими злочинними угрупованнями, причетними до організації каналів нелегальної міграції, території окупованого Криму для транзиту мігрантів та отримання там підроблених паспортів України. Так, у листопаді 2017 року правоохоронними органами України ліквідовано кримінальну структуру, що використовувала корупційні зв'язки в органах окупаційної влади Криму для отримання таких документів, використовуючи бланки українських документів, що залишилися там після окупації [18].

Висновки

Узагальнюючи вищевикладене, можна виділити такі першочергові заходи, спрямовані на запобігання втягуванню організованими злочинними угрупуваннями громадян нашої країни до протиправних механізмів із нелегальної міграції, а саме ініціювання спільних із компетентними відомствами ЄС заходів, націлених на попередження використання території України для незаконного переміщення нелегальних мігрантів транзитом до країн Євросоюзу, а також залучення представниками кримінальних структур працівників морського транспорту із числа українських громадян до незаконних операцій за кордоном, у т. ч. у сфері нелегальної міграції. Також доцільним є спрямування уваги правоохоронних органів України на вжиття узгоджених заходів із виявлення та перевірки крюїнгових компаній, можливо причетних до вербування працівників морського транспорту із числа українських громадян для незаконних операцій за кордоном, у т. ч. у сфері нелегальної міграції.

Список використаних джерел:

1. Романюк М. Міграції населення України за умов перехідної економіки. Методологія і практика регулювання. Львів: Світ, 1999. С. 292.

2. Future-proof migration management: European Commission sets out way forward : Press release. Brussels: European Commission, 07.12.2017. URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5132_en.htm.

3. Прокопчук Д. ЗМІ: Кількість шукачів притулку в ЄС скоротилася вдвічі. Deutsche Welle. 30.12.2017. URL: http://p.dw.com/p/2q7om.

4. Прокопчук Д. У Баварії фіксують суттєве скорочення кількості новоприбулих нелегалів. Deutsche Welle. 24.12.2017. URL: http://p.dw.com/p/2pu86.

5. 2017 року кількість мігрантів, які намагалися дістатися Європи через Середземне море, зменшилась удвічі – ООН. УНІАН. 31.12.2017. URL: https://www.unian.ua/world/2326951-2017-roku-kilkist-migrantiv-yaki-namagalisya-distatisya-evropi-cherez-seredzemne-more-zmenshilas-udvichi-oon.html.

6. Progress report on the Implementation of the European Agenda on Migration. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Brussels. 14.03.2018. COM(2018) 250 final. 22 p. P. 2-4.

7. Соколов С. Біля берегів Греції загинули щонайменше 14 мігрантів. Deutsche Welle. 17.03.2018. URL: http://p.dw.com/p/2uW0J.

8. Біженці призвели до збільшення випадків насильства в Німеччині – дослідження. Deutsche Welle. 03.01.2018. URL: http://p.dw.com/p/2qIk6.

9. Сидоржевський М. Юнкер шокований тим, у якому "пеклі" живуть біженці у Лівії. Deutsche Welle. 28.11.2017. URL: http://p.dw.com/p/2oMtH.

10. У Чорному морі врятовано 150 нелегальних мігрантів. 13.09.2017. URL: https://www.rbc.ua/ukr/news/chernom-more-spasli-150-nelegalnyh-migrantov-1505292841.html.

11. Потік нелегальної міграції на Закарпатті збільшився на 80 %: у регіоні посилюють охорону кордону, – Держприкордонслужба. Радіо «Свобода». 14.11.2017. URL: https://www.radiosvoboda.org/a/28696778.html.

12. Інформаційно-аналітична довідка про результати боротьби зі злочинами, пов'язаними з торгівлею людьми та у сфері нелегальної міграції за 12 місяців 2017 року / Департамент боротьби зі злочинами, пов'язаними з торгівлею людьми, Національної поліції України. 3 с.

13. Лист Державної міграційної служби України щодо надання інформації з питань протидії нелегальній міграції за 2017 рік / Державна міграційна служба України. 4 с.

14. ДПСУ: від початку року з України вислали 93 нелегальних мігрантів. Радіо Свобода. 13.02.2018. URL: https://www.radiosvoboda.org/a/news/29037640.html.

15. В Україні зросла кількість нелегальних мігрантів. Серед постачальників цієї категорії осіб в Україні лідирують країни пострадянського простору. Газета «Міграція». 02.10.2017. URL: http://migraciya.com.ua/news/illegal-migrants/ua-in-ukraine-the-number-of-illegal-migrants-has-increased.

16. Понад сто українців засудили у Греції за нелегальне перевезення мігрантів. Deutsche Welle. 15.03.2018. URL: http://p.dw.com/p/2uMlU.

17. Бурдига І. Сіли на мілину, або Чому у світі потерпають українські моряки. Deutsche Welle. 22.03.2018. URL: http://p.dw.com/p/2ujGQ.

18. Пов'язані з ІДІЛ організатори каналу нелегальної міграції отримали бланки паспортів в окупованому Криму – ГПУ. 29.11.2017. URL: https://prm.ua/povyazani-z-idil-organizatori-kanalu-nelegalnoyi-migratsiyi-otrimali-blanki-pasportiv-v-okupovanomu-krimu-gpu.

В статье рассмотрены основные факторы, определяющие миграционные процессы в странах Европейского Союза, тенденции к формированию каналов нелегальной миграции в смежных с ЕС странах и последствия этого явления, которые непосредственно влияют на безопасность в Украине. Проанализированы действия европейских институций в решении проблем нелегальной миграции.

Ключевые слова: нелегальная миграция, национальная безопасность, миграционные потоки, миграционный кризис, организованная преступность, правоохранительная деятельность.

The article considers the main factors determining the migration processes in the countries of the European Union, trends in the establishing of illegal migration' routes through the EU neighboring countries and the impact of this situation on the national security of Ukraine. The actions of European institutions related to this issue are analyzed.

Key words: illegal migration, national security, migration flows, migration crisis, organized crime, law enforcement.

УДК 343.97:343.62

Володимир Женунтій,
канд. юрид. наук, старший науковий співробітник,
провідний науковий співробітник
відділу організації науково-дослідної роботи
Національної академії внутрішніх справ

Поліна Зеленяк,
ад'юнкт кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національної академії внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я ДІТЕЙ НА ПОСТРАДЯНСЬКОМУ ПРОСТОРІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ

У статті досліджено питання кримінальної відповідальності за злочини проти здоров'я дітей в Україні. На основі здійсненого порівняльного аналізу кримінальної відповідальності за злочини, що посягають на здоров'я дітей на пострадянському просторі, обґрунтовані зміни та доповнення до чинного Кримінального кодексу України.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, діти, малолітні, неповнолітні, здоров'я дітей.

Постановка проблеми. Життя і здоров'я людини відповідно до чинного законодавства визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Злочини, що посягають на життя і здоров'я особи, є найбільш суспільно небезпечними діяннями. Особливої уваги сьогодні потребує захист життя і здоров'я дітей, які внаслідок свого віку є найбільш не захищеною категорією населення.

Дослідження кримінального законодавства країн пострадянського простору щодо забезпечення охорони здоров'я дітей є необхідним не тільки для вивчення ефективного закордонного досвіду, але й для усунення прогалин у вітчизняному законодавстві. Проведення порівняльного кримінально-правового аналізу вітчизняного та зарубіжного законодавства щодо кримінальної відповідальності за посягання на здоров'я дітей буде сприяти внесенню змін та доповнень до чинного національного кримінального законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню кримінальної відповідальності за злочини проти життя та здоров'я особи присвячені праці таких вчених: М. Бажанова, Ю. Бауліна, В. Борисова, В. Грищука, Т. Даурова, О. Джужи, М. Колоса, М. Короленка, М. Коржанського, О. Костенка, О. Литвинова, М. Мельника, П. Михайленка, В. Навроцького, В. Осадчого, М. Панова, П. Пилипчука,А. Савченка, В. Сташиса, М. Хавронюка, Н. Ярмиш та ін.

Виділення не вирішених раніше частин проблеми. Зміст і конструкція кримінально-правових норм, що передбачають відповідальність за посягання на здоров'я дітей в Україні, з точки зору їх здатності забезпечити необхідну охорону здоров'я дітей викликає чимало зауважень, зокрема, щодо диференціації кримінальної відповідальності з урахуванням неповнолітнього віку потерпілої особи.

Виходячи з вищенаведеного, на основі проведеного порівняльного аналізу вітчизняного та зарубіжного законодавства, а саме пострадянського, є можливість удосконалення кримінальних норм, що передбачають відповідальність за злочини проти здоров'я дітей в Україні.

Мета статті. Порівняльний аналіз кримінального законодавства про відповідальність за злочини проти здоров'я дітей дасть можливість виявити недоліки щодо застосування понять «малолітня особа», «неповнолітній» та «дитина» під час визначення покарання за посягання на здоров'я цих категорій осіб, а також виявити прогалини у вітчизняному законодавстві щодо кримінально-правового забезпечення належної охорони здоров'я дітей.

Новації в структурі, нормативних визначеннях та формулюваннях, що знайшли відображення в Кримінальному кодексі України 2001 р. (далі – Кодекс), на жаль, не повною

© В. Женунтій, П. Зеленяк, 2018

мірою врахували не лише майбутній негативний вплив на криміногенну ситуацію в державі тих небажаних процесів, що зароджувалися на той час у соціальній, економічній, політичній та інших сферах життєдіяльності суспільства, а й позитивний досвід зарубіжного кримінального законодавства, чим насамперед і пояснюються численні зміни та доповнення до Кодексу, які сталися зразу ж після набрання ним чинності та тривають до цього часу[1].

Певні прогалини та неточності до цього часу спостерігаються/залишаються й у підсистемі кримінально-правового забезпечення охорони здоров'я дітей[2].

Дослідження особливостей кримінально-правової охорони здоров'я[3] дітей розпочнемо з викладання теоретичного складника цього питання. Узагальнені результати системного аналізу чинного кримінального законодавства не лише України, а й інших пострадянських держав[4] дозволяють виділити самостійну підсистему кримінально-правової охорони здоров'я підростаючого покоління, що реалізується на таких трьох взаємозумовлених і взаємопов'язаних рівнях: загальному, особливому й індивідуальному. На загальному рівні така правова охорона здійснюється опосередковано в процесі вирішення закріпленого в ст. 1 Кодексу завдання правового забезпечення охорони від злочинних посягань в цілому прав і свобод людини і громадянина (складовою частиною яких виступає конституційне право громадян на охорону їхнього здоров'я, яким володіють і діти). Специфічним для безпосередньої кримінально-правової охорони здоров'я підростаючого покоління на загальному рівні виступає охорона єдиним комплексом взаємопов'язаних кримінально-правових норм певного кола «тотожних чи однорідних за своє соціальною і економічною сутністю соціальних відносин» [5, с. 142] або «однорідних чи тотожних за своїми характеристиками благ, інтересів та цінностей» [6, с. 122], тобто природних невід'ємних цінностей особистості – життя і здоров'я людини, включаючи безпосередньо і здоров'я осіб, які не досягли повноліття. Фактично йдеться про використання родового об'єкта групи злочинів (кримінально-правова охорона життя і здоров'я особи, в тому числі й осіб, які не досягли повноліття) як конкретного критерію структуризації Особливої частини КК України, тобто об'єднання за ознакою родового об'єкта певних і разом із тим конкретних складів злочинів в окрему самостійну групу «Злочини проти життя та здоров'я особи» і подальшого її розміщення в Особливій частині КК України. Проявом безпосередньої кримінально-правової охорони здоров'я особи, в тому числі і тієї, яка не досягла повноліття, на загальному рівні виступають розміщені в зазначеному розділі Особливої частини КК України кримінально-правові норми, що передбачають кримінальну від-

[1] У зв'язку з наведеним досить звернути увагу на те, що перші зміни до Кодексу були внесені вже відповідно до Законів № 2953-III від 17.01.2002 та № 3075-III від 07.03.2002, тобто практично протягом першого півріччя його дії, а у 2002-2003 рр. було прийнято більше десятка законів про внесення змін і доповнень до Кодексу [1, с. 3]. Не можна також не поділити точку зору М.І. Колоса про те, що «динаміка внесення змін и доповнень до сучасного українського законодавства вражає, як і якість прийнятих законів, що є однією з головних проблем.... Станом на 14 травня 2015 р. Парламент присвятив «удосконаленню» цього акта 145 окремих законів, тобто в середньому понад 10 законів на рік» [2, с. 132]. М.І. Хавронюк ще в 2009 р., звернувши увагу на досить часто внесені та не зовсім якісні зміни і доповнення до Кодексу, зазначив, що «стверджувати, що його зміст покращився, не можна хоча б тому, що оновлення положень КК України не мало системного, наукового обґрунтованого характеру.... Серед аргументів на користь прийняття чи відхилення того чи іншого законопроекту наразі превалює не його практична актуальність чи наукова обґрунтованість, не дані узагальнення судової практики чи судової статистики, а політична доцільність» [3, с. 42].

[2] Ми аж ніяк не закликаємо до посилення кримінальної відповідальності за злочинні посягання на здоров'я дітей, але звертаємо увагу на необхідність забезпечення адекватного та справедливого реагування законодавця на такі злочини, а також чіткого послідовного і логічного викладу кримінально-правових норм, що передбачають відповідальність за вчинення досліджуваних злочинів, і, як результат, підвищення їх запобіжної ролі.

[3] У теорії вітчизняного кримінального права питання класифікації злочинів, включених до другого розділу «Злочини проти життя та здоров'я особи» Особливої частини КК України, продовжує залишатися дискусійним. Розбіжність у думках з обговорюваного питання стосується не тільки загальної кількості і назви виділених груп і підгруп злочинів, але й конкретних протиправних діянь, що належать до тієї чи іншої групи, підгрупи злочинів. У зв'язку з цим автори поділяють точку зору академіка В.В. Сташиса, який зазначав, що «до злочинів проти здоров'я належать: різні види тілесних ушкоджень (ст.ст. 121-125, ст. 128 КК України), побої та мордування (ст. 126 КК України), катування (ст. 127 КК України), спеціальні види тілесних ушкоджень: зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (ст. 130 КК України), зараження венеричною хворобою (ст. 133 КК України)» [4, с. 47].

[4] Основу нашої вибірки становить чинне кримінальне законодавство України, Азербайджанської Республіки, Республіки Білорусь, Грузії, Республіки Казахстан, Литовської Республіки, Республіки Молдова, Російської Федерації та Республіки Узбекистан, спільною ознакою якого є зумовлена спільним розвитком у радянські часи наявність кримінальної відповідальності за виділені нами склади злочинів проти здоров'я особи, що загалом сприяє успішному предметному дослідженню питання.

повідальність за заподіяння шкоди здоров'ю взагалі фізичній особі, тобто без виділення будь-яких індивідуальних ознак, притаманних потерпілому від такого насильницького посягання (ч. 1 ст. 122 КК України, наприклад, передбачена відповідальність за умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження, що заподіяно в цілому середньостатистичному потерпілому, тобто взагалі знеособленій фізичній особі без урахування навіть таких її первинних демографічних характеристик, як стать, вік та ін., не кажучи вже про інші індивідуальні ознаки особи).

Таким чином, зазначена раніше кримінально-правова норма, тобто ст. 122 Кодексу, як і інші подібні до неї за змістом диспозиції, фактично обмежені в можливостях оцінки (з урахуванням індивідуальних особливостей потерпілого) ступеня суспільної небезпеки та тяжкості вчиненого діяння, а так само призначення винному покарання пропорційно вчиненому діянню.

Разом із тим до особливостей конструкції і змісту конкретних статей, що розміщені як у Загальній, так і в Особливій частинах КК України, належить і включення в їх структуру та зміст нормативних положень, що забезпечують законодавцю належні умови для обґрунтованого і справедливого реагування на факти злочинного посягання на права й інтереси спеціального потерпілого (тобто такого, який володіє суворо індивідуальними ознаками) шляхом віднесення до обов'язкових (конструктивних) ознак складу злочину таких властивих потерпілому індивідуальних особливостей, які в конкретній ситуації суттєво підвищують ступінь суспільної небезпеки та тяжкості вчиненого злочину (наприклад, наявність обмежених фізичних можливостей у потерпілого з надання належного опору в момент посягання надто сприяє винному у досягненні бажаного злочинного результату). При цьому з урахуванням соціальної значимості порушених прав та інтересів фізичної особи, яка постраждала від злочинного посягання, а також зовнішнього вираження самого протиправного діяння виділяються два окремих та самостійних підходи у правовому оцінюванні законодавцем кримінально-правового відношення, яке виникло, та його (законодавця) реагуванні на подібне кримінально-правове відношення. Викладене в аспекті предмета нашого дослідження є підставою для виділення (після охарактеризованого раніше загального) двох самостійних рівнів кримінально-правової охорони здоров'я дітей: особливого та індивідуального. Така охорона на особливому рівні виражається акцентуванням законодавцем уваги безпосередньо в кримінальному законі на неприпустимість вчинення якого б то не було злочину щодо малолітнього й нормативного закріплення такого факту як обставини, що обтяжує покарання. Так, згідно з п. 6 ч. 1 ст. 67 КК України обтяжуючою покарання обставиною визнається вчинення злочину щодо особи, яка перебуває в безпорадному стані, з віднесенням до цієї категорії потерпілих, поряд з особами похилого віку та хворих, також і ***малолітніх дітей*** *(підкреслено нами – В.Ж., П.З.)*. Особливістю виділеної нами обставини, що обтяжує покарання, як і деяких інших, з числа вичерпно перерахованих в ч. 2 ст. 67 КК України (наприклад, вчинення злочину стосовно жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності – п. 7 ч. 1 ст. 67 КК або вчинення злочину з особливою жорстокістю – п. 10 ч. 1 ст. 67 КК України) виступає надання йому законодавцем імперативного, тобто обов'язкового характеру. За загальним правилом, закріпленим у тій же ч. 2 ст. 67 КК України, суд має право з урахуванням характеру вчиненого злочину не визнавати окремі з перерахованих в ч. 1 ст. 67 КК України обставини як обтяжуючі покарання (наприклад, вчинення злочину особою повторно та рецидив злочинів – п. 1 ч. 1 ст. 67 КК України або вчинення злочину на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату – п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України), навівши мотиви такого свого рішення у вироку. Отже, найсприятливіше поєднання пом'якшуючих покарання обставин не може бути для суду підставою для невизнання факту вчинення злочину щодо малолітнього обставиною, що обтяжує покарання.

Разом із тим визнання зазначеної обставини як обтяжуючої покарання не завжди дозволяє повною мірою врахувати ступінь суспільної небезпеки та тяжкості вчиненого злочину щодо особи, яка не досягла певного віку, і тим самим не дозволяє суду призначити винному покарання, відповідне скоєному діянню. У таких ситуаціях належна кримінально-правова охорона здоров'я дітей забезпечується на рівні індивідуального і здійснюється тими конкретними кримінально-правовими нормами, в яких недосягнення потерпілим повноліття виступає конструктивною ознакою складу злочину (наприклад, ст. 137 КК України передбачає відповідальність за неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей), або передбачено як ознака складу злочину, що впливає на його кваліфікацію (так, ненадання допомоги малолітньому, який завідомо перебуває в небезпечному для життя стані, за можливості надати таку допомогу або неповідомлення про такий стан дитини належним установам чи особам утво-

рює склад злочину, який кваліфікується за ч. 2 ст. 136 КК України).

Разом із тим наявна у вітчизняному законодавстві підсистема кримінально-правового забезпечення охорони здоров'я підростаючого покоління не позбавлена і змістовних недоліків, які виявляють себе на рівні виділених нами особливого та індивідуального рівнів кримінально-правового забезпечення здоров'я дітей. До числа таких недоліків належить, насамперед, відсутність у Кримінальному кодексі нормативних визначень термінів, що використовуються, а саме «малолітній», «неповнолітній» і «діти». Так, у Сімейний кодекс України включені такі нормативні визначення[5], але вони вимагають певної корекції, певного пристосовування до потреб кримінального законодавства. Слід визнати, що національне кримінальне законодавство оперує конкретними віковими межами у визначенні віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ст. 22 КК України), а так само й у визначенні особливостей кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх (Розділ XV «Особливості кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх» Загальної частини КК України). Але ці визначення стосуються неповнолітніх, які скоїли злочини, і не зовсім прийнятні для позначення дітей – потерпілих від злочинних посягань. У цьому плані заслуговують на увагу закріплені в КК Республіки Білорусь і КК Австрії визначення узагальнених понять аналізованих термінів. Наприклад, в ст. 4 КК Республіки Білорусь вказується, що для цілей однакового і точного застосування термінів, які використовуються в названому кодексі, прийняті такі їх визначення, а саме: під малолітнім розуміється особа, яка на день вчинення злочину не досягла віку чотирнадцяти років (п. 7), а під неповнолітнім розуміється особа, яка на день вчинення злочину не досягла віку вісімнадцяти років (п. 8) [8, с. 51–52]. Специфічні нормативні визначення аналізованих термінів закріплені в § 74 «Визначення інших понять» КК Австрії, які полягають у такому: малолітнім є той, хто ще не досяг чотирнадцятирічного віку (п. 1); підлітком є той, хто досяг чотирнадцяти, але ще не досяг дев'ятнадцяти років (п. 2) і неповнолітнім визнається особа віком до дев'ятнадцяти років (п. 3) [9, с. 42].

Дещо порушимо послідовність викладу і звернемо увагу насамперед на прогалини і протиріччя у КК України, які притаманні індивідуальному рівню забезпечення кримінально-правової охорони здоров'я дітей. Перший недолік на цьому рівні охорони здоров'я дітей виражається в тому, що лише в двох статтях Кодексу з тих десяти, якими передбачена відповідальність за злочини проти здоров'я осіб, тобто лише в одній із п'яти (ст. 130 – зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби; ст. 133 – зараження венеричною хворобою), вчинення злочину щодо неповнолітнього визнано ознакою, що впливає на кваліфікацію злочинного діяння. Але і визнання такого факту кваліфікуючою / особливо кваліфікуючою ознакою цих складів злочинів не можна визнати достатнім для забезпечення надійної охорони здоров'я дітей, оскільки вчинення подібних злочинів стосовно дітей, яким через два – три виповниться чотирнадцять років, може позбавити суд можливості врахувати ступінь суспільної небезпеки та тяжкості вчиненого злочину у призначенні винному покарання відповідно до вчиненого діяння (такий недолік у законодавстві, як не дивно, передбачає кваліфікацію як простих діянь, передбачених ст. 130 та ст. 133 Кодексу, скоєних стосовно особи, яка не досягла чотирнадцятирічного віку, лише за частинами першими зазначених статей, і навіть визнання такого факту обставиною, що обтяжує покарання, може не вплинути на кваліфікацію таких діянь, а лише дозволить визначити вид і розмір покарання в межах зазначених у цих нормах санкцій).

Що ж стосується недоліків у досліджуваному аспекті інших восьми статей із числа норм, що передбачають відповідальність за посягання на здоров'я особи, то вони легко підтверджуються як більш високим ступенем забезпечення кримінально-правової охорони національним законодавством інших прав і свобод дітей, так і зарубіжною практикою забезпечення кримінально-правової охорони здоров'я дітей.

Для порівняння проаналізуємо статті чинного вітчизняного кримінального законодавства, що містяться в розділі IV Особливої частини Кодексу, та передбачають відповідальність за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи[6]. За двома з п'яти таких статей відпо-

[5] Згідно зі статтею 6 Сімейного кодексу України «правовий статус дитини має особа до досягнення нею повноліття» (ч. 1); «малолітньою вважається дитина до досягнення нею чотирнадцяти років. Неповнолітньою вважається дитина у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років» (ч. 2) [7, с. 29].

[6] Зазначені статті Кодексу, на жаль, теж не позбавлені недоліків (більш детально про це див.: Женунтій В.І., Зеленяк П.А. Кримінально-правова охорона статевої недоторканості дітей в Україні. Право і суспільство. 2018. № 3, ч. 2. С. 206-213.)

відальність передбачена безпосередньо за посягання на інтереси дітей у зазначеній сфері соціальних відносин (ст. 155 – статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку; ст. 156 – розбещення неповнолітніх), щодо наступних двох статей (ст. 152 – зґвалтування; ст. 153 – насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом) можливе настання відповідальності за кваліфіковані (вчинення злочину щодо неповнолітньої особи) та особливо кваліфіковані (вчинення злочину щодо малолітньої особи) склади злочинів і лише за ст. 154 (примушування до вступу в статевий зв'язок) настання відповідальності не залежить від віку потерпілого (потерпілої). Особливостями ст. 155 (статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку) і ст. 156 (розбещення неповнолітніх) є й можливість настання відповідальності за вчинення зазначених діянь спеціальними суб'єктами, якими визнаються: близькі родичі або члени сім'ї; особа, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього.

Результати порівняльно-правового дослідження стану вітчизняного та зарубіжного забезпечення кримінально-правової охорони здоров'я дітей не на користь національного законодавства.

Перш за все зазначимо, що перераховані нами склади злочинів проти здоров'я особи, з урахуванням реакції законодавця на факт заподіяння під час їх скоєння шкоди здоров'ю дітей, дуже чітко поділяються на ***три самостійні підгрупи. Першу таку підгрупу*** становлять зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби та зараження венеричною хворобою, склади яких передбачають їх вчинення щодо неповнолітніх як особливо кваліфікуючі ознаки за законодавством як України (ч. 3 ст. 130 та ч. 2 ст. 133 КК), так і Азербайджанської Республіки (ч. 3 ст. 140 та ч. 2 ст. 139 КК), Республіки Білорусь(ч. 3 ст. 157 та ч. 3 ст. 158 КК), Грузії (п. «б» ч. 4 ст. 131 та п. «б» ст. 132 КК), Республіки Казахстан (ч. 3 ст. 118 та ч. 2 ст. 117 КК), Республіки Молдова (п. «в» ч. 3 ст. 212 та п. «с» ч. 2 ст. 212 КК), Російської Федерації (ч. 3 ст. 122 та ч. 2 ст. 121 КК); за законодавством Республіки Узбекистан передбачена відповідальність лише за зараження неповнолітнього венеричною хворобою (п. «б» ч. 3 ст. 113 КК) та за законодавством Болгарії вчинення такого ж протиправного діяння щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку (ч. 2 ст. 135). ***Другу підгрупу,*** так звану протилежну по відношенню до першої, становлять діяння, під час здійснення яких заподіяння тілесних ушкоджень дітям ніяк не відбивається на їх кваліфікації ні за кримінальним законодавством України, ні за кримінальним законодавством перерахованих пострадянських держав (умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне у стані сильного душевного хвилювання; умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця; необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження). І, нарешті, ***третя підгрупа*** злочинів проти здоров'я особи, склади яких за законодавством інших пострадянських (крім України) держав передбачають/визнають їх вчинення щодо дітей як ознаку складу злочину, що впливає на його кваліфікацію, включає умисне тяжке тілесне ушкодження; умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження; умисне легке тілесне ушкодження; побої і мордування; катування[7].

Поряд із зазначеним загальним позитивним забезпеченням кримінальним законодавством окремих пострадянських і зарубіжних держав охорони здоров'я дітей шляхом нормативного закріплення складів злочинів, віднесених до третьої підгрупи, звернемо увагу на наявність при цьому так званих нормативно-правових відмінностей. Наприклад, у кримінальних кодексах Республіки Болгарії і Литовської Республіки містяться як кваліфіковані склади злочинів їх вчинення щодо дітей в статтях, які передбачають відповідальність за: умисне тяжке тілесне ушкодження (ст. 131, п. 4 і ч. 2 ст. 135); умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження (ст. 131, п. 4 і ч. 2 ст. 138); умисне легке тілесне ушкодження (ст. 131 п. 4 і ч. 2 ст. 140); побої і мордування (ст. 187 і ч. 2 ст. 140). Згідно із законодавством Республіки Молдова, кваліфікованими складами злочинів визнані заподіяння дітям: умисних тяжких тілесних ушкоджень (п. «в» ч. 2 ст. 151); умисних середньої тяжкості тілесних ушкоджень (п. «с-1» ч. 2 ст. 152), їх мордування (п. «а» ч. 2 ст. 166-1), а так само застосування до неповнолітніх тортур (п. «а» ч. 4 ст. 166-1). Умисне заподіяння неповнолітнім тих же тяжких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень, а так само застосування до них тортур віднесені до ознак відповідних

[7] Невизнання вітчизняним законодавцем факту заподіяння тілесних ушкоджень дітям ознакою складів перерахованих злочинів, що впливає на їх кваліфікацію, свідчить про суттєві недоліки в забезпеченні кримінально-правової охорони здоров'я підростаючого покоління в Україні.

складів злочинів, що впливає на їх кваліфікацію і за законодавством Республіки Казахстан (п. 11 ч. 2 ст. 106, п. 8 ч. 2 ст. 107 та п. 1 ч. 2 ст. 110). У кримінальних кодексах Грузії та Російської Федерації такі кваліфікуючі ознаки складів злочинів, як їх вчинення щодо дітей, передбачені в статтях, що встановлюють відповідальність за: умисне тяжке тілесне ушкодження (п. «г» ч. 2 ст. 117 та п. «б» ч. 2 ст. 111), умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження (ч. 2 ст. 118 та п. «в» ч. 2 ст. 112); катування (п. «г» ч. 2 ст. 126 та п. «г» ч. 2 ст. 117). Лише катування дітей визнано ознакою складу злочину, що впливає на його кваліфікацію, в законодавстві Азербайджанської Республіки (п. 4 ч. 2 ст. 133), Республіки Білорусь (ч. 2 ст. 154) і Республіки Узбекистан (п. «а» ч. 2 ст. 110).

Загалом же, згідно з кримінальним законодавством зарубіжних держав, посягання на здоров'я дітей як кваліфікуюча ознака складу злочину найчастіше визнається у разі катувань (п. 4 ч. 2 ст. 133 КК Азербайджанської Республіки; ч. 2 ст. 154 КК Республіки Білорусь; ст. 187 Республіки Болгарії; п. «г» ч. 2 ст. 126 КК Грузії; ч. 2 ст. 140 КК Литовської Республіки; п. «а» ч. 2 ст. 166-1 КК Республіки Молдова; п. «г» ч. 2 ст. 117 КК Російської Федерації і п. «а» ч. 2 ст. 110 КК Республіки Узбекистан), але не так часто у разі умисного спричинення тяжкого, а також середньої тяжкості тілесного ушкодження (ст. 128/ п. 4 ст. 131 і ст. 129/ п. 4 ст. 131 КК Республіки Болгарії; п. «г» ч. 2 ст. 117 і ч. 2 ст. 118 КК Грузії; п. 11 ч. 2 ст. 106 та п. 8 ч. 2 ст. 107 КК Республіки Казахстан; п. 1 ч. 2 ст. 135 та п. 1 ч. 2 ст. 138 КК Литовської Республіки; п. «в» ч. 2 ст. 151 та п. «с-1» ч. 2 ст. 152 КК Республіки Молдова; п. «б» ч. 2 ст. 111 та п. «в »ч. 2 ст. 112 КК Російської Федерації) та ін.

Для кримінального законодавства країн пострадянського простору характерні і певні відмінності у визначенні віку дітей, що потерпіли від досліджуваних злочинів. У більшості кримінальних кодексів з числа перерахованих нами такими потерпілими визнаються неповнолітні (кодекси Азербайджанської Республіки, Республіки Білорусь, Грузії, Республіки Казахстан та ін.), хоча законодавствами деяких країн потерпілими від цих насильницьких злочинів визначені і малолітні (КК Республіки Болгарії, КК Литовської Республіки). За кримінальним законодавством Російської Федерації потерпілими від умисних тяжких та середньої тяжкості тілесних ушкоджень визнані малолітні (п. «б» ч. 2 ст. 111 та п. «в»ч. 2 ст. 112), а від побоїв і катувань – неповнолітні (п. «г» ч. 2 ст. 117). Заслуговує на увагу і встановлення в законодавстві окремих держав кримінальної відповідальності батьків за конкретні посягання на здоров'я своїх дітей. Так, за Кримінальним кодексом Литовської Республіки можливе настання відповідальності батьків за заподіяння тяжкої шкоди здоров'ю своєї дитини (п. 3 ч. 2 ст. 135), а так само шкоди здоров'ю невеликої тяжкості (п. 3 ч. 2 ст. 138). Ст. 187 КК Республіки Болгарія встановлено відповідальність за катування малолітнього або неповнолітнього особою, зобов'язаною про них (потерпілих) піклуватися або такою, що на неї покладено обов'язок з їх виховання.

Але повернемося до забезпечення кримінально-правової охорони здоров'я дітей на рівні особливому, тобто визнання факту злочинного посягання на права, свободи та інтереси дітей обставиною, що обтяжує покарання. Відзначимо відразу ж, що здебільшого (у досліджених нами кримінальних кодексах) зарубіжне законодавство визнає обставиною, що обтяжує покарання, вчинення злочину щодо малолітнього (п. 7 ч. 1 ст. 61 КК Азербайджанської Республіки, п. 2 ч. 1 ст. 64 КК Республіки Білорусь, п. 7 ч. 1 ст. 54 КК Республіки Казахстан, п. 5 ч. 1 ст. 60 КК Литовської Республіки, п. «з» ч. 1 ст. 63 КК Російської Федерації та ін.), хоча згідно з п. «є» ч. 1 ст. 77 КК Республіки Молдова обставиною, що обтяжує відповідальність, визнається вчинення злочину щодо завідомо неповнолітнього.

Цілком обґрунтованим видається і визнання згідно з п. «п» ч. 1 ст. 63 КК Російської Федерації обставиною, що обтяжує покарання, вчинення злочину щодо неповнолітнього (неповнолітньої) батьком або іншою особою, на яку законом покладено обов'язки з виховання неповнолітнього (неповнолітньої), а так само педагогічним працівником або іншим працівником освітньої організації, медичної організації, організації, яка надає соціальні послуги, або іншої організації, яка зобов'язана здійснювати нагляд за неповнолітнім (неповнолітньою).

Згідно ж з п. 6 ч. 1 ст.67 КК України обставиною, що обтяжує покарання, визнається вчинення злочину щодо малолітньої дитини, тобто особи, яка не досягла до дня вчинення злочину чотирнадцяти років. Наведені дві нормативні позиції з обговорюваного питання видаються не зовсім виправданими крайнощами. У першому випадку, тобто у разі визнання обставиною, що обтяжує покарання, вчинення злочину щодо малолітнього, вік потенційної потерпілої дитини необґрунтовано занижений, а у другому – помітно завищений. На обґрунтування своїх заперечень, не вдаючись до широкої дискусії, задамося лише такими двома простими питаннями.

По-перше (стосовно першої ситуації), наскільки збільшилися персональні фізичні та інші можливості з протидії злочинному насильству у дитини, яка досягла на день посягання на її здоров'я чотирнадцяти років і п'яти днів, тобто лише перейшла верхню межу малолітства? І, по-друге (стосовно другої ситуації), чому законодавець ігнорує суб'єктивну нездатність дитини з надання активних оборонних дій через малолітство і не забезпечує такого потерпілого додатковим кримінально-правовим захистом?

Висновки

Підсумовуючи результати нашого дослідження, підкреслимо, що відсутність у статтях КК України, які передбачають відповідальність за перелічені посягання на здоров'я особи з числа віднесених до другої і третьої підгруп аналізованих злочинів, визнавання кваліфікованими складами факту їх вчинення щодо дітей свідчить про суттєві прогалини в забезпеченні кримінально-правової охорони здоров'я підростаючого покоління.

Необхідність подальшого вдосконалення в Україні кримінально-правової охорони здоров'я дітей є очевидною, тим більше на фоні вирішення цього питання в кримінальному законодавстві хоча б у тих же пострадянських державах. При цьому також вважаємо, що, з огляду на правовий статус дітей в Україні після досягнення ними шістнадцятирічного віку, ознакою складу злочину проти здоров'я особи, що впливає на його кваліфікацію, має визнаватися протиправне заподіяння тілесних ушкоджень особі, яка не досягла шістнадцятирічного віку.

Відповідно, і в ст. 67 КК України слід передбачити, що обставиною, яка обтяжує покарання, визнається вчинення злочину щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку.

Водночас слід визнати посягання на права, свободи та інтереси особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, вчинене близьким родичем або членом сім'ї, особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього, обставиною, що обтяжує покарання, а нанесення шкоди здоров'ю особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, суб'єктом з числа перерахованих – ознакою складу злочину проти здоров'я, що впливає на його кваліфікацію.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 2 серп. 2018 року. К.: ПАЛИВОДА А.В., 2018 с.

2. Колос М.І. Криміналізація : панацея чи шлях до кримінально-правової охорони суспільства? Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності: матеріали між нар. наук.-практ. конф., 8-9 жовтня 2015 р. / редкол. : В.Я.Тацій (гол. ред.), В.І.Борисов (заст. гол. ред.) та ін. Х. : Право, 2015. С. 129-133.

3. Хавронюк М.І. Якість кримінального законодавства : як її досягти. Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавство та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні : матеріали наук. конф., 15 травня 2009 р. / ред. кол. В.І.Борисов (гол. ред.) та ін. Х. : Право, 2019. С. 41-44.

4. Кримінальне право України : Особлива частина : підруч. для студ. вищ. навч. закл. освіти / М.І. Бажанов, В.Я. Тацій, В.В. Сташис. І.О. Зінченко та інш.; за ред. професорів М.І. Бажанова, В.Я. Сташиса, В.Я. Тація. Х.: Право, 2002. 496 с.

5. Тацій В.Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві : монографія. Х. : Право, 2016. 256 с.

6. Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник. 3-те вид., доп. і перероб. Одесса : Фенікс, 2018. 394 с.

7. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України : Науково-практичний коментар. К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. 532 с.

8. Уголовный кодекс Республики Беларусь / вступ. ст. А.И. Лукашова, Э.А. Саркисовой. 2-е изд. испр. и доп. Мн. : Тесей, 2001. – 312 с.

9. Уголовный кодекс Австрии (по состоянию на 1 августа 2000 г.) / пер. с нем. М. : ИКД «Зерцало - М», 2001. 144 с.

10. Станич В.С. Кримінальний кодекс Азербайджанської Республіки, Кримінальний кодекс Республіки Казахстан / під ред. В.Л. Менчинського; переклад на українську мову Т.В. Дуденко. К. : ОВК, 2016. 490 с.

11. Уголовный кодекс Грузии / науч. ред. З.К. Бигвава; перевод с грузинского И. Мериджанашвили. СПб. : Издательство «Юридическй центр Пресс», 2002. 409 с.

12. Уголовный кодекс Республики Молдова (с последними изменениями и дополнениями по состоянию на 14.04.2009). Кишинев, «Lavilat - Info» SRL, 2009. 143 с.

13. Уголовный кодекс Российской Федерации (УК РФ) от 13.06.1996 № 63-ФЗ: принят ГД ФС РФ 24.05.1996. URL: www/ consultant.ru/pohular/ukrf/

14. Уголовный кодекс Республики Узбекистан : научно-практический комментарий / под ред. Якубова А.С. Ташкент, Академия МВД Республики Узбекистан, 1996. 388 с.

15. Уголовный кодекс Республики Болгария / науч. ред. канд. проф. А.И. Лукашева; перевод с болгарского Д.В. Милушева, А.И. Лукашева. СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. 298 с.

16. Уголовный кодекс Литовской Республики / науч. ред. докт. юрид. наук, проф. В. Павилониса; пер. с лит. канд. филол. наук, доц. В.Н. Казанскене. СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. 470 с.

В статье исследованы вопросы уголовной ответственности за преступления, посягающие на здоровье детей в Украине. На основе проведенного сравнительного анализа уголовной ответственности за преступления, посягающие на здоровье детей, на постсоветском пространстве обоснованы изменения и дополнения к действующему Уголовному кодексу Украины.

Ключевые слова: уголовная ответственность, дети, малолетние, несовершеннолетние, здоровье детей.

The article examines the issues of criminal responsibility for crimes that infringe on the health of children in Ukraine. Based on a comparative analysis of criminal responsibility for crimes infringing on the health of children in the post-Soviet space, changes and additions to the current Criminal Code of Ukraine are substantiated.

Key words: criminal liability, children, juveniles, minors, children's health.

УДК 343.9

Марія Градовська,
здобувач кафедри міжнародного права
Національної академії Служби безпеки України

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ У МІГРАЦІЙНІЙ СФЕРІ У КОНТЕКСТІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

Статтю присвячено дослідженню актуальних питань протидії корупції у міграційній сфері як чинника забезпечення національної безпеки України та напрацюванню на цій основі ефективних, на думку автора, пропозицій щодо вдосконалення цієї діяльності у вітчизняному законодавстві.

Ключові слова: корупція, міграція, національна безпека, правоохоронна діяльність.

Постановка проблеми. Інтенсифікація міграційних процесів, учасниками яких є населення України, зумовлює потребу забезпечення ефективного державного управління у цій сфері, що виступає одним із пріоритетів державної політики загалом. Водночас реалізація цих спрямувань потребує мінімізації впливу негативних тенденцій у цій сфері, однією із визначальних серед яких є поширення корупції в органах державної влади та управління.

Незважаючи на заходи, що вживаються правоохоронними та іншими органами державної влади нашої країни у сфері протидії корупції, масштаби цього явища залишаються великими. Корупція у міграційній сфері становить суттєву загрозу національній безпеці України, оскільки підриває можливість держави реалізовувати адекватну вимогам часу міграційну політику, стає на заваді реалізації зовнішньополітичного курсу держави, компрометуючи її на міжнародній арені, а також створюючи умови для вчинення супутніх із нелегальною міграцією злочинів, таких як терористична діяльність, контрабанда наркотиків, торгівля людьми тощо. Наукове усвідомлення феномену корупції в міграційній сфері, таким чином, є необхідним як для усунення наявних корупційних ризиків, так і для організації адекватної роботи правоохоронців і має розглядатися як один із важливих напрямів забезпечення національної безпеки України.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питанням протидії та запобігання корупції присвячено широке коло досліджень українських науковців. Серед останніх публікацій вважаємо за доцільне відзначити роботи І. Басанцова [1], А. Волошенко [2], В. Мандибури [3], Д. Михаленка [4] та К. Турчинова [5]. У роботах вказаних вчених розглядаються питання формування загальнодержавної стратегії протидії корупції та використання кримінально-правових засобів на цьому напрямі правозастосовної діяльності. Водночас питанням антикорупційної діяльності у контексті реалізації міграційної політики окрема увага цими та іншими українськими науковцями не приділяється, що значною мірою стає на заваді розробці науково-обґрунтованих підходів у забезпеченні доброчесності та належного врядування у вказаній сфері.

Мета статті – на ґрунті дослідження актуальних проблем протидії корупції у міграційній сфері запропонувати шляхи вдосконалення правозастосовної діяльності на цьому напрямі як складника забезпечення національної безпеки України.

Виклад основного матеріалу. Наслідком глобалізації є інтенсифікація міграційних процесів та залучення до них широких верств населення. Це може мати позитивний влив на розвиток нашої держави, але водночас несе у собі низку загроз її національній безпеці, пов'язаних із діяльністю транснаціональних організованих злочинних угрупувань, терористичних структур, спецслужб іноземних держав, насамперед Російської Федерації. Цілком слушним є визначення у прийнятих у нашій державі стратегічних документах забезпечення належного рівня державного управління у міграційній сфері як одного з пріоритетів державної політики в цілому [6].

Забезпечення адекватної міграційної політики нашої держави є складовою частиною політики євроінтеграції, що передбачено, зокрема, Угодою про асоціацію між Україною

© М. Градовська, 2018

та ЄС [7]. Так, у преамбулі до Угоди сторони зобов'язуються «посилювати співробітництво з питань міграції, надання притулку та управління кордонами, використовуючи системний підхід та приділяючи увагу законній міграції і співробітництву в боротьбі з незаконною імміграцією, торгівлею людьми, а також ефективному виконанню положень Угоди про реадмісію». Ст. 16 Угоди «Співробітництво у сфері міграції, притулку та управління кордонами» визначає напрями взаємодії між Україною та Європейським Союзом у міграційній сфері, що має на меті забезпечення спільного управління міграційними потоками між їх територіями та розвиток всеохоплюючого діалогу з усіх питань у цій сфері, у т. ч. з протидії нелегальній міграції та торгівлі людьми. Таким чином, забезпечення ефективної міграційної політики є однією з передумов реалізації нашою країною політики європейської інтеграції.

Водночас поширення корупції є саме тим чинником, що стає на заваді реалізації цієї політики. При цьому корупція у міграційній сфері становить загрозу не лише Україні, а й безпеці країн Європейського Союзу [8]. Очевидно, що це явище перешкоджає реалізації нашою країною політики європейської інтеграції і може призвести до зменшення довіри до нашої держави, її підтримки з боку міжнародного співтовариства.

Таким чином, корупція у міграційній сфері становить суттєву загрозу національній безпеці України, оскільки підриває можливість держави реалізовувати адекватну вимогам часу міграційну політику, стає на заваді реалізації зовнішньополітичного курсу держави, компрометуючи її на міжнародній арені, а також створюючи умови для вчинення супутніх із нелегальною міграцією злочинів, таких як терористична діяльність, контрабанда наркотиків, торгівля людьми тощо.

Ст. 3 Угоди про асоціацією між Україною та ЄС [7] відносить боротьбу з корупцією та різними видами транснаціональної організованої злочинності до головних принципів посилення відносин між Україною та Європейським Союзом. Ст. 14 Угоди також визначає, що співробітництво між сторонами буде спрямовано на боротьбу з корупцією як ключовий напрям «утвердження верховенства права та укріплення інституцій усіх рівнів у сфері управління загалом та правоохоронних і судових органів зокрема».

Ст. 22 Угоди присвячена питанням боротьби з корупцією та злочинністю. Зазначається (п. 2), що співробітництво у цій сфері має бути спрямоване, зокрема, на вирішення таких проблем, як незаконне переміщення через державний кордон нелегальних мігрантів, корупція у приватному та державному секторах та підробка документів, тобто тих напрямів, що стосуються у т. ч. запобігання корупції в міграційній сфері.

Питання протидії корупції належать до пріоритетів як державної політики, так і українського суспільства загалом. Масштаби корупції в Україні залишаються великими. Відповідно до опублікованої в жовтні цього року оцінки міжнародної організації Freedom House, рівень корупції в Україні за останні роки не змінився [9]. Дані соціологічних досліджень також підтверджують зростання рівня корупції у країні: за п'ять останніх років кількість українців, які вважають, що рівень корупції зростає, збільшилася з 49 % до 61 % [10]. В оцінках українських громадян корупція традиційно визначається як найбільш серйозна проблема в державі [11].

Відповідно до результатів проведеного в серпні 2018 року Фондом «Демократичні ініціативи» опитування щодо оцінки проблеми корупції в громадській думці [12], 91 % громадян вважають корупцію серйозною проблемою України, причому 61 % опитаних переконані у тому, що це найбільш серйозна проблема, яка заважає розвитку країни. Порівняно з 2017 роком усвідомлення серйозності проблеми корупції істотно зросло: у вересні 2017 року найбільш серйозною проблемою корупцію вважали 44 % опитаних.

Результати іншого соціологічного опитування, проведеного на початку листопада 2018 року соціологічним центром імені Михайла Драгоманова [13], також свідчить про надзвичайну увагу до проблеми корупції з боку українського суспільства.

Недостатня ефективність заходів із протидії корупції у тому числі в міграційній сфері є загальновизнаним фактом. Незважаючи на увагу до цього феномену з боку як суспільства, так і органів державної влади, епізодичні затримання корупціонерів не впливають на ситуацію у цій сфері. Це зумовлено як наявними у роботі контролюючих органів, передусім Державної міграційної служби України, корупційними ризиками, так і недоліками в організації роботи правоохоронних органів.

При цьому вважаємо за доцільне зазначити таке. Відповідно до положень Закону України «Про національну безпеку України» [14], державна безпека визначається як «захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності і демократичного конституційного ладу та інших життєво важливих національних інтересів від реальних і потенційних загроз невоєнного характеру» (п. 4 ст. 1). Таким чином, як реалізація міграційної політики держави, так і

протидія корупції можуть бути віднесені до сфер забезпечення державної безпеки. Це саме стосується і національної безпеки, що визначається як «захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу та інших національних інтересів України від реальних та потенційних загроз» (п. 9 ст. 1). До фундаментальних національних цінностей України (п. 3 ст. 3) віднесено, зокрема, «державний суверенітет і територіальну цілісність, демократичний конституційний лад», тобто об'єкти, що належать до сфери запобігання корупції, оскільки загроза з боку цього явища для суверенітету держави та її конституційного ладу є, на нашу думку, досить очевидною. Так само явним є вплив корупції на формування суспільно небезпечних явищ, що становлять загрозу територіальній цілісності, наприклад, тероризм, підрив спроможності інститутів сектору безпеки та державних інститутів у цілому.

Відповідно до положень п. 2 ст. 12 цього Закону, Державну міграційну службу України визначено як складову частину сектору безпеки і оборони України. Таким чином, поширення корупції у цьому відомстві матиме безпосередній вплив на здатність України реалізовувати свою безпекову політику.

П. 3.3. розділу 3 Стратегії національної безпеки України [15] визначає «поширення корупції, її укорінення в усіх сферах державного управління» однією із загроз національній безпеці України. Серед основних напрямів державної політики національної безпеки України відзначається «очищення влади від корупціонерів і агентури іноземних спецслужб» (п. 4.5. розділу 4), тобто такі поняття, як проникнення корупції до органів державної влади та управління та розвідувально-підривна діяльність, визначаються категоріями одного порядку.

У п. 4.4. цього розділу вказується на те, що «розвиток Державної міграційної служби України має бути спрямований на забезпечення прав і свобод громадян, надання якісних адміністративних послуг, ефективний контроль за міграційними процесами, боротьбу з нелегальною міграцією, захист національного ринку трудових ресурсів, сприяння запровадженню безвізового режиму з Європейським Союзом». Таким чином, до її завдань віднесено комплекс дій у сфері забезпечення національної безпеки, зокрема, у контексті контролю за міграційними процесами та участі протидії організованій злочинній діяльності у сфері нелегальної міграції.

У Концепції розвитку сектору безпеки і оборони України [16] до основних напрямів розвитку складників сектору безпеки і оборони України (розділ 3) введено напрями розвитку Державної міграційної служби, серед яких вказано «подолання внутрішніх негативних явищ, насамперед корупції, а також відновлення довіри громадськості до Державної міграційної служби України». Отже, подолання корупції у цьому відомстві віднесено до напрямів розвитку сектору безпеки та оборони України, тобто безпосередньої сфери забезпечення національної безпеки нашої держави. Доцільно також вказати, що питання подолання корупції визначені як напрям розвитку у цьому документі лише щодо цього відомства, що підкреслює, на нашу думку, гостроту цієї проблеми.

У Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» [17] забезпечення впровадження ефективних механізмів протидії корупції визначено як складник вектору безпеки.

З огляду на викладене, вважаємо, що протидія корупції має бути явно закріплена у законодавстві України як напрям забезпечення національної та державної безпеки, при цьому протидія корупції у міграційній сфері повинна розглядатися як невід'ємна складова частина цієї діяльності.

Проблемою визначення організаційної основи протидії корупції сьогодні залишається відсутність розмежування між органами, задіяними до цієї правоохоронної діяльності. У першій редакції Закон України «Про запобігання корупції» не містив визначення спеціально уповноважених суб'єктів. 12 лютого 2015 р. прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» [18], яким внесено низку змін до Закону України «Про запобігання корупції» [19], зокрема, визначено поняття спеціально уповноважених суб'єктів, до яких віднесено органи прокуратури, органи внутрішніх справ, Національне антикорупційне бюро, Національне агентство з питань запобігання корупції. Отже, з 26 квітня 2015 р. спецпідрозділи з боротьби з корупцією та організованою злочинністю СБ України виключаються з переліку спеціально уповноважених суб'єктів. Разом із тим стаття 10 Закону України «Про Службу безпеки України» [20] визначає, що до складу Центрального апарату СБ України входять функціональні підрозділи боротьби з корупцією й організованою злочинною діяльністю. Вони продовжують протидіяти корупції, керуючись у своїй діяльності положеннями ст. 2 Закону України «Про Службу безпеки України», яка визначає, що до завдань спецслужби входить запобігання, виявлення,

припинення корупції та організованої злочинності, які безпосередньо створюють загрозу життєво важливим інтересам України. Як зазначалося вище, корупція безпосередньо загрожує державній та національній безпеці України, отже, вилучення СБ України з кола суб'єктів протидії цьому явищу створює реальну загрозу національній безпеці України. Вважаємо, що цей вид злочинності, виходячи з його виключної суспільної небезпеки, повинен насамперед розглядатися як об'єкт діяльності високопрофесійних спеціальних підрозділів правоохоронних органів, зокрема Служби безпеки України.

Загроза корупції для реалізації міграційної політики нашої держави зумовлена поширенням цього явища у контролюючих органах, насамперед у Державній міграційній службі України. Впродовж 2010–2013 років у цьому відомстві була сформована «корупційна піраміда», існування якої не тільки становило загрозу законність видачі внутрішніх документів, що посвідчують особу, а й відкривало широкі можливості для використання таких документів нелегальними мігрантами, представниками міжнародних терористичних організацій, у тому числі тими, які прямували в країни ЄС.

Найбільш поширеними корупційними проявами серед службових осіб міграційних підрозділів стали вимагання та одержання хабарів за прискорення видачі паспортних документів громадянам України, сприяння іноземцям у набутті громадянства України, отримання посвідок на проживання, оформлення статусу біженця. До корупційних схем часто залучалися фірми-посередники, на користь яких стягувалась додаткова плата за нібито надані громадянам інформаційно-консультаційні та інші послуги.

Частина одержаної таким чином неправомірної вигоди передавалась службовими особами територіальних підрозділів керівникам вищого рівня за неприйняття стосовно них негативних кадрових рішень.

Водночас правоохоронна система держави належним чином не реагувала на такий стан справ. При цьому здебільшого викривались рядові співробітники та керівники низової ланки, переважно начальники секторів регіональних органів. Для ліквідації загрози національній безпеці у цій сфері у 2015 р підрозділами СБ України розпочато цілеспрямовану роботу з виявлення та припинення протиправної діяльності низки керівників ДМС та її територіальних органів, які були причетні до функціонування побудованої «корупційної піраміди». У ході цієї роботи отримано матеріали, що переконливо свідчили про причетність окремих високопосадовців міграційної служби до створення протиправного механізму одержання неправомірної вигоди від керівників окремих регіональних підрозділів за не створення штучних перешкод в організації службової діяльності, а також до безпосереднього вимагання коштів від іноземних громадян за сприяння в легалізації на території держави та видачу відповідних документів. Реалізація отриманих матеріалів дозволила значною мірою зруйнувати сформовану роками корупційну мережу, що існувала в органах ДМС України, та суттєво знизити рівень корумпованості низової ланки цього органу державної влади.

Упродовж останніх років спостерігається тенденція до зміни діяльності організованих злочинних угрупувань в напрямі сприяння іноземцям та особам без громадянства в оформленні документів на тимчасове (постійне) проживання в Україні та набуття громадянства України із залученням корумпованих співробітників територіальних підрозділів міграційної служби, центрів зайнятості, відділів реєстрації актів громадського стану, медичних закладів, судів тощо.

Можна виділити низку способів отримання неправомірної вигоди співробітниками органів ДМС України. Один із них полягає у налагодженні корупційних схем за надання переваг в оформленні паспортів громадян України та закордонних паспортів. Із цією метою керівництвом Державної міграційної служби створюються штучні умови, що заважають отримати ці документи законним шляхом. Черги, обмежений час прийому громадян тощо створюють передумови для діяльності посередників, за послуги яких змушені сплачувати додаткові кошти.

В іншому випадку працівники ДМС України використовують своє службове становище для власного незаконного збагачення за надання переваг в оформленні документів іноземним громадянам із легалізації в Україні та за прискорення в оформленні належних документів фірмам, які спеціалізуються на наданні посередницьких послуг з набору іноземних громадян як кандидатів на навчання до вищих навчальних закладів України.

Мають місце факти функціонування на території України підпільних лабораторій, у яких здійснюється незаконне виготовлення і підроблення офіційних документів України та іноземних держав (внутрішніх паспортів, паспортів громадян України для виїзду за кордон, віз, документів іноземних держав, які дають право перебувати на їх території тощо).

При цьому учасники кримінальних структур, використовуючи налагоджені

корумповані зв'язки в органах управління і влади, у т. ч. Державної міграційної служби, туристичних фірмах, здійснюють пошук потенційних клієнтів, незаконне придбання бланків офіційних документів, вчиняють інші протиправні дії, спрямовані на незаконне переправлення осіб через державний кордон України та легалізацію іноземців.

Усунення таких корупційних ризиків вимагає побудови сервісного обслуговування осіб за принципом уникнення контактів між суб'єктами звернення та посадовими особами ДМС, які ухвалюють рішення, а також посилення механізму внутрішнього контролю за виконанням службових обов'язків працівниками ДМСУ, невідворотності персональної відповідальності за прийняті рішення.

Висновки

Сьогодні органами СБ України здійснюється системна робота із недопущення відновлення в органах ДМС вертикально інтегрованих корупційних схем, запобігання втягненню посадовців у протиправну діяльність ОЗУ, при цьому особлива увага приділяється протидії спробам спецслужб РФ залучати корумпованих чиновників до проведення діяльності на шкоду суверенітету та територіальній цілісності України, її іміджу на міжнародній арені.

Мінімізація корупційного впливу на реалізацію міграційної політики України потребує суттєвих змін у роботі контролюючих відомств, насамперед Державної міграційної служби України. Доцільним, на нашу думку, було би формування у складі цього відомства окремого підрозділу зі службової етики, що відповідав би за протидію проявам корупції, забезпечував аналіз ризиків, підготовку антикорупційних тренінгів, внутрішні комунікації, зокрема, пов'язані з інформацією від викривачів.

Разом із цим не менш важливим є вдосконалення саме правоохоронної діяльності із протидії корупції в міграційній сфері. Це потребує й удосконалення нормативно-правової бази, зокрема закріплення статусу СБ України як суб'єкта протидії корупції у сферах, пов'язаних із забезпеченням національної безпеки, а також налагодження системи оперативного забезпечення відповідних органів влади та управління, впровадження заходів з оперативної перевірки та моніторингу доброчесності чиновників.

Список використаних джерел:

1. Басанцов І. Корупція в Україні: сучасні реалії та ефективні засоби протидії : монографія. Суми : Сум. держ. ун-т, 2016. 179 с.

2. Волошенко А. Антикорупційний дирижизм. Державні регуляторні імперативи протидії системній корупції в Україні : монографія. Київ : Парламент. вид-во, 2018. 391 с.

3. Мандибура В. Корупція: інституційна сутність та механізми подолання : монографія. Київ : Парламент. вид-во, 2017. 487 с.

4. Михайленко Д. Протидія корупційним злочинам засобами кримінального права: концептуальні основи : монографія. Одеса : Гельветика, 2017. 581 с.

5. Турчинов К. Політична корупція: правовий аналітичний погляд. - Київ : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2017. 77 с.

6. Про схвалення Стратегії державної міграційної політики України на період до 2025 року : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 12.07.2017 № 482-р.

7. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Офіційний вісник України. 2014. № 75. С. 83.

8. Корупція в ДМС може загрожувати безпеці країн ЄС, – посол Швеції. Espreso.tv. 01.02.2018. URL: https://espreso.tv/news/2018/02/01/korupciya_v_dms_mozhe_zagrozhuvaty_bezpeci_krayin_yes_posol_shveciyi.

9. Schenkkan N. Nations in transit 2018: Confronting Illiberalism. Freedom House. 2018. 26 p. P. 20.

10. Суспільно-політичні настрої українців: нові виклики / Соціологічна група «Рейтинг». Квітень 2018. URL: http://ratinggroup.ua/files/ratinggroup/

reg_files/rg_ukraine_042018_press_ua.pdf – 46 с. – с. 5.

11. Громадська думка про побутову корупцію: де, як і чому? / Фонд «Демократичні ініціативи» імені Ілька Кучеріва. 31.10.2017. URL: https://dif.org.ua/files/infographics/corruption_oct_2017/corruption_brochure.pdf– 2 с. – с. 2.

12. Оцінка проблематики корупції в громадській думці. Опитування / Фонд «Демократичні ініціативи» імені Ілька Кучеріва. 11.11.2018. URL: https://dif.org.ua/article/otsinka-problematiki-koruptsii-v-gromads.

13. Найбільше українців хвилюють війна на Донбасі, корупція та безробіття – опитування. УНІАН. 16.11.2018. URL: https://press.unian.ua/press/10340628-naybilshe-ukrajinciv-hvilyuyut-viyna-na-donbasi-korupciya-ta-bezrobittya-opituvannya.html.

14. Про національну безпеку України : Закону України № 2469-VIII від 21.06.2018. Голос України. 2018. № 25. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19.

15. Стратегія національної безпеки України : затверджено Указом Президента України від 26.05.2015 № 287/2015. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/287/2015.

16. Концепція розвитку сектору безпеки і оборони України : затверджено Указом Пре-

зидента України від 14.03.2016 № 92. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/92/2016.

17. Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020» : схвалено Указом Президента України від 12.01.2015 № 5. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5/2015.

18. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції : Закон України № 198-VIII від 12.02.2015. Голос України. 2015. № 39. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/198-19.

19. Про запобігання корупції : Закон України № 1700-VII від 14.10.2014. Голос України. 2014. № 206. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18.

20. Про Службу безпеки України : Закон України № 2229-XII від 25.03.1992. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 27. Ст. 382. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-12.

Статья посвящена исследованию актуальных вопросов противодействия коррупции в миграционной сфере как фактора обеспечения национальной безопасности Украины и наработке на этой основе эффективных, по мнению автора, предложений по совершенствованию этой деятельности в отечественном законодательстве.

Ключевые слова: коррупция, миграция, национальная безопасность, правоохранительная деятельность.

The article is devoted to the study of actual issues of combating corruption in the migration sphere as a factor in ensuring the national security of Ukraine and developing on this basis effective, in the opinion of the author, proposals for improving this activity in the domestic legislation.

Key words: corruption, migration, national security, law enforcement.

УДК 343.13

Микита Карташов,
студент Інституту підготовки кадрів для органів юстиції України Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

КРИМІНАЛЬНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

У статті розглядається питання про кримінальну процесуальну відповідальність як вид юридичної відповідальності. На підставі системного аналізу норм КПК України розкрито зміст застосування заходів кримінально-процесуальної відповідальності із визначенням її елементів, видів та підстав.

Ключові слова: кримінальна процесуальна відповідальність, заходи кримінального процесуального примусу, заходи забезпечення кримінального провадження.

Постановка проблеми. Оскільки учасники кримінального провадження володіють різним процесуальним статусом та компетенцією, які визначаються залежно від здійснюваної ними процесуальної функції, невиконання або неналежне виконання будь-яким із них процесуальних обов'язків або повноважень здатне негативно позначитися на вирішенні завдань усього кримінального провадження та досягнення його мети. Адже всі процесуальні функції мають корелятивні зв'язки і виступають елементами системи кримінально процесу. Процесуальна відповідальність – це будь-яке погіршення становища особи в процесі, будь-який додатковий обов'язок, що має негативі наслідки не тільки штрафного, а й організаційного характеру.

Метою статті є дослідження питання про те, чи існує в правовій доктрині України поняття кримінальної процесуальної відповідальності як різновиду юридичної відповідальності, а також визначення сутності кримінальної процесуальної відповідальності на основі системного аналізу норм КПК України, розкриття елементів, видів та підстав такої відповідальності.

Виклад основного матеріалу. Кримінальна процесуальна відповідальність – це існуюче у формі кримінально процесуального правовідношення застосування у встановленому законом порядку до особи, яка вчинила кримінально-процесуальне правопорушення, заходів кримінального примусу, що передбачені санкцією кримінальної процесуальної норми, які полягають у покладанні на правопорушника додаткового обов'язку або позбавлення (звуження обсягу) його суб'єктивних прав.

У юридичній літературі висловлено різні міркування щодо питання кримінально-процесуальної відповідальності. На думку Я.О. Мотовиловкера, процесуальна відповідальність – це обов'язок суб'єкта кримінального процесу зазнавати передбачених кримінально-процесуальною нормою несприятливих наслідків за допущене правопорушення (наприклад, у разі, якщо особа підлягає більш суворій мірі запобіжного заходу за порушення нею підписки про невиїзд). [1] П.С. Елькінд визначила відповідальність як реальне покладання на правопорушника додаткового кримінально-процесуального обов'язку, позбавлення його певних процесуальних прав або ж покладання додаткових обов'язків. [2]

У наведених визначеннях кримінально-процесуальну відповідальність розглядають як обов'язок суб'єкта щодо певної поведінки.

Також частина вчених визначають процесуальну відповідальність як наслідок порушення норм права, акцентуючи увагу на основі її виникнення. Зокрема, В.С. Вепрев зазначає, що фактичною підставою відповідальності є вчинене суб'єктом (учасником кримінального судочинства) протиправного діяння (або систематичних дій), що призводить до настання шкідливих наслідків, пов'язаних із невиконанням або неналежним виконанням правових обов'язків, зловживанням суб'єктивними правами або виходом за допустимі межі розсуду правозастосовувачами, не зумовлене помилковим застосуванням кримінально-процесуального закону [3]. У свою чергу В.М. Корнуков вважає, що кримінально-процесуальна відповідальність є різновидом юридичної відповідальності, передбачена нормами права за протиправну поведінку і, зокрема, за виконані обов'язки у сфері кримінального судочинства. Також В.М. Корнуков зазначає, що кримінально-процесуальна відповідальність виражається в покаранні особи, яка вчинила протиправні дії або бездіяльність, з метою виховання і перевиховання винного, недопущення подібних порушень у майбутньому.

© М. Карташов, 2018

Наведене положення заперечує З.Ф. Коврига. Він вважає, що, по-перше, воно звужує арсенал процесуальних засобів впливу на суспільні відносини у сфері судочинства, оскільки зводить інститут процесуальної відповідальності як правове явище до однієї його властивості, структурного елементу – санкції; по-друге, відомості щодо відповідності процесуальної відповідальності до покарання і каральної санкції не узгоджуються з принципами та цілями кримінального судочинства, а також із цільовим призначенням самої процесуальної відповідальності, що спрямована не стільки на покарання, скільки на усунення обставин, що заважають успішному здійсненню завдань кримінального судочинства, тобто на усунення допущених порушень і встановлення законності. [4]

В.М. Ковальов зауважує, що кримінально-процесуальна відповідальність виражається в застосуванні лише штрафних (каральних) санкцій до конкретного правопорушника, тому має суто персоніфікований характер. Визнавши примусовий характер відновлених санкцій, автор водночас стверджує, що вони не мають такого особливого характеру, як штрафні, тобто не призводять до державного осуду. На основі цього твердження В.М. Ковальов доходить висновку, що між мірами кримінальної відповідальності та мірами встановлення законності є суттєва відмінність, що не дає змоги об'єднати їх в одне ціле. Застосування мір установлення законності не означає виявлення кримінально-процесуальної відповідальності. Але можна сказати про інше: каральна й відновлювальна санкції процесуальної відповідальності по-різному виконують ці функції, однак за будь-яких обставин покладання відповідальності виражає негативне ставлення до правопорушника [5].

Особливостями кримінальної процесуальної відповідальності є: встановлення нормами кримінального процесуального права (галузева належність та юридична підстава), настання за вчинення кримінально-процесуального правопорушення (фактична підстава), існує у формі кримінально-процесуального правовідношення, суб'єктом такої відповідальності може виступати лише тільки відповідний суб'єкт кримінального процесу, також знаходить свій вираз у накладенні на правопорушника додаткового обов'язку або позбавлення (звуження обсягу) його суб'єктивних прав.

Для досягнення мети та вирішення завдань кримінального провадження необхідним є, з одного боку, дотримання встановленої кримінальним процесуальним правом процесуальної форми, а з іншого – чітка визначеність у законі правових наслідків за порушення заборон, невиконання або неналежне виконання обов'язків. У зв'язку з цим дуже важливим є як відповідальність посадових осіб, які здійснюють кримінальне провадження, за дотримання приписів закону, так і інших суб'єктів кримінального процесу за виконання покладених на них кримінальним процесуальним законом обов'язків.

Виходячи з того, що кримінально-процесуальна відповідальність є різновидом юридичної відповідальності, передбаченої нормами кримінального процесуального права за протиправну поведінку у сфері кримінального провадження, підкреслено, що поняття кримінально-процесуальної відповідальності містить у собі всі риси загального поняття юридичної відповідальності, адже видове поняття несе в собі всі ознаки, властиві родовому стосовно нього поняттю.

До змісту кримінально-процесуальної відповідальності в її позитивній формі входять: вимоги, які пред'являють учасники кримінального судочинства щодо використання ними своїх процесуальних прав і виконання обов'язків; система заходів, якими забезпечують використання прав і виконання суб'єктами покладених на них обов'язків; оцінка виконання обов'язків і добросовісності під час використання прав.

Вимоги, пред'явлені учасниками кримінального процесу, виражені в нормах КПК України, за допомогою яких установлюють правила їхньої поведінки. Ці норми регулюють порядок діяльності й поведінки органів дізнання, слідчого, начальника слідчого відділу, прокурора, суду (суддів), підозрюваного, обвинуваченого, захисника, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача та їх представників, а також інших осіб (свідка, спеціаліста, експерта, понятого та інших), які сприяють указаним державним органам і посадовим особам у здійсненні завдань кримінального судочинства (ст. 2 КПК України). Змістом цієї діяльності й поведінки є охорона прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, які беруть у ній участь, а також швидке й повне розкриття злочинів, викриття винних і забезпечення правильного застосування закону для того, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності та жоден невинний не був покараний.

Зазвичай кримінально-процесуальну відповідальність розглядають у юридичній літературі в негативному аспекті як застосування примусових заходів за кримінально-процесуальне правопорушення. П.С. Елькінд до заходів відповідальності відносить, наприклад, застосування міри запобіжного

заходу до обвинуваченого чи підозрюваного, який порушив зобов'язання про явку; застосування до вказаних осіб більш суворої міри запобіжного заходу, якщо порушено попередньо прийняту; виведення підсудного із залу засідання та деякі інші міри.

На думку Г.Н. Вєтрової, немає жодних підстав виключати із суб'єктів кримінально-процесуальної відповідальності державні органи й посадових осіб, які безпосередньо здійснюють провадження у справі. Вони також можуть бути суб'єктами кримінально-процесуальних порушень, що служить фактичною підставою кримінально-процесуальної відповідальності. У нормах кримінально-процесуального права передбачено й міри, що підлягають застосуванню в разі невиконання процесуальних обов'язків цими суб'єктами [6].

Кримінально-процесуальна відповідальність за правопорушення реалізується за допомогою застосування кримінально-процесуальної санкції. Санкцію кримінально-процесуальних норм розуміють як вказівку на міри примусу, що застосовані в разі порушення передбаченого кримінально-процесуальною нормою обов'язку. Санкцією в конкретному розумінні цього слова слід називати лише застосовану в юридичній формі можливість (погрозу) примусу щодо зобов'язаної особи на випадок невиконання ним обов'язку. Застосування її являє собою кримінально-процесуальну відповідальність зобов'язаного суб'єкта в негативній формі. Санкцією визначають міри та характер відповідальності, окреслюють її межі.

На думку А.В. Мурзановської, санкції можна поділити на два види:

1) Штрафні – настання для конкретного суб'єкта кримінального процесу певних негативних наслідків. Це грошове стягнення, звернення застави в дохід держави і вибір запобіжного заходу, якщо особою було порушено зобов'язання з'являтися за викликом і т. д., видалення із зали суду за порушення порядку в судовому органі, наслідки невиконання угоди про примирення або угоди про визнання винуватості і т. д.

2) Правовідновлюючі – усунення допущених порушень закону, захист суб'єктивних прав та поновлення законності. Це відсторонення слідчого від подальшого розслідування; відмова чи заміна захисника; усунення присяжного у разі невиконання присяжним обов'язків; рішення про відвід, якщо за наявності підстав для відводу не був заявлений самовідвід; визнання доказів недопустимими [7].

Висновки

На основі результатів аналізу наявних у доктрині визначень сформульовано дефініцію поняття кримінально-процесуальної відповідальності, визначено її види та значення:

1. Кримінально-процесуальна відповідальність як самостійний вид юридичної відповідальності є одним із видів примусу в кримінальному провадженні та існує поряд із превентивними заходами, спрямованими на попередження несприятливих дій та їх наслідків, запобіжними заходами, суть яких полягає у припиненні протиправних діянь або їх несприятливих наслідків, та заходів правового захисту (відновлення законності), які мають забезпечити відновлення порушеного права і захист суб'єктивних прав без притягнення порушника до відповідальності.

2. Кримінально-процесуальну відповідальність необхідно відмежовувати від заходів процесуальної превенції, запобіжних заходів та заходів правового захисту (відновлення законності). Критеріями розмежування кримінально-процесуальної відповідальності із суміжними інститутами є мета, підстави, коло суб'єктів, до яких можуть бути застосовані відповідні заходи кримінально-процесуального примусу, та частина норми, де міститься вказівка на відповідний захід.

3. Кримінально-процесуальна відповідальність – це існуюче у формі кримінально-процесуального правовідношення застосування у встановленому законом порядку до особи, яка вчинила кримінально-процесуальне правопорушення, заходів кримінально-процесуального примусу, передбачених санкцією кримінально-процесуальної норми, які полягають у накладенні на правопорушника додаткового обов'язку або позбавленні (звуженні обсягу) його суб'єктивних прав.

4. Особливостями кримінально-процесуальної відповідальності є такі: її встановлення нормами кримінального процесуального права (галузева належність та юридична підстава); настання за вчинення кримінально-процесуального правопорушення (фактична підстава); існування у формі кримінально-процесуального правовідношення; суб'єктом такої відповідальності може виступати тільки відповідний суб'єкт кримінального провадження; пов'язана з покладанням на правопорушника додаткового обов'язку або позбавленням (звуженням обсягу) його суб'єктивних прав. Значення кримінально-процесуальної відповідальності полягає в тому, що вона забезпечує насамперед дотримання приписів кримінального процесуального права державними органами та посадовими особами, які здійснюють кримінальне провадження, а також виконання обов'язків суб'єктами кримінального процесу, і тому є специфічним процесуальним засобом забезпечення кримінально-процесуальних відно-

син та гарантією виконання процесуальних обов'язків усіма суб'єктами кримінально-процесуальної діяльності, що сприяє ефективності досудового провадження та провадження в судових стадіях кримінального процесу, а також досягненню завдань та мети кримінального провадження в цілому.

5. Кримінально-процесуальна відповідальність – це застосування до учасників кримінального провадження заходів кримінально-процесуального примусу за невиконання або неналежне виконання процесуальних обов'язків у разі вчинення кримінально-процесуального правопорушення в порядку, передбаченому цим Кодексом.

6. У кримінальному процесуальному праві можна виділити штрафні й правовідновлюючі заходи кримінально-процесуальної відповідальності

Тенденціями розвитку інституту кримінально-процесуальної відповідальності є такі: визначення заходів кримінально-процесуальної відповідальності як наслідків порушення основних засад кримінального провадження для досягнення його завдань та мети; нормативне закріплення її заходів як складового елементу спеціального процесуального статусу суб'єктів кримінального процесу, що має забезпечити виконання процесуальних обов'язків кожним із суб'єктів кримінального провадження. Також одне з основних питань – це визначення принципів кримінально-процесуальної відповідальності, адже це вихідні засади, фундамент для будь-якого виду відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Мотовиловкер Я. О. Об институте "привлечение к уголовной ответственности" и содержании уголовно-процессуальной деятельности. Проблемы укрепления социалистической законности и правопорядка : сб. науч. тр. Куйбышев, 1979. С. 76–77.

2. Элькинд П. С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л. : Изд-во Ленингр. гос. ун-та, 1976. 143 с.

3. Вепрев В. С. Основания уголовно-процессуальной ответственности. М. : Изд-во "Юрлитинформ", 2007. 272 с.

4. Коврига З. Ф. Уголовно-процессуальная ответственность. Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1984. 191 с.

5. Ковалев В. М. Проблемы уголовно-процессуальной ответственности. Проблемы юридической ответственности и совершенствования законодательства в свете новой Конституции СССР : сб. науч. тр. Рязань, 1979. С. 134–145.

6. Ветрова Г. К. Ответственность в сфере уголовно-процессуальных отношений. Советское государство и право. 1982. № 2. С. 127–130.

7. Мурзановська А. В. Кримінально-процесуальна відповідальність за новим Кримінальним процесуальним кодексом України. Актуальні питання державотворення в Україні: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. / редкол.: І. С. Гриценко (голова), І. С. Сахарук (відп. ред.) та ін. Київ : Прінт-Сервіс, 2015. С. 424–426.

8. Білоконь Р.М. Кримінальна процесуальна відповідальність у системі юридичної відповідальності. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2015. Випуск 4. Том 3. URL: http://www.lj.kherson.ua/2015/pravo04/part_3/22.pdf

В статье рассматривается вопрос о уголовно-процессуальной ответственности как вида юридической ответственности. На основании системного анализа норм УПК Украины раскрыто содержание применения меры уголовно-процессуальной ответственности с определением ее элементов, видов и оснований.

Ключевые слова: уголовная процессуальная ответственность, меры уголовного процессуального принуждения, меры обеспечения уголовного производства.

The article deals with the issue of criminal procedural responsibilitty as a form of legal responsibility. Based on a systematic analysis of the norms of the Code of Criminal Procedure of Ukraine, the content of the application of measures of criminal procedure responsibility with the definition of the elements, types and grounds is disclosed. Are determined constituent elements of this type of legal liability.

Key words: criminal procedural responsibility, measures of criminal procedural coercion, measures to ensure criminal proceedings.

УДК 343.147:343.23:504.06

Ірина Кравчук,
канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри правознавства
Житомирського національного агроекологічного університету

ВИКОРИСТАННЯ МОЖЛИВОСТЕЙ СУДОВИХ ЕКСПЕРТИЗ У МЕЖАХ РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ПРОТИ ДОВКІЛЛЯ

Запропонована до уваги стаття присвячена теоретичному аналізу проблемних питань використання можливостей судових експертиз у межах розслідування кримінальних правопорушень проти довкілля. Автор на основі виділення процесуальної і непроцесуальної форм використання спеціальних знань у розслідуванні останніх визначає особливе місце судово-екологічної експертизи. З огляду на те, що даний вид експертного дослідження дає змогу встановити важливі фактичні обставини допущених правопорушень у сфері екології, розкрити причинні зв'язки між екологічними правопорушеннями та негативними наслідками, що настали в результаті, запропоновано подальше його дослідження з метою формування цілісної системи знань та основ організаційно-методичного забезпечення його проведення.

Ключові слова: спеціальні знання, спеціаліст, експерт, судова експертиза, судово-екологічна експертиза, експертне дослідження, кримінальне правопорушення, кримінальне провадження.

Постановка проблеми. Відповідно до даних офіційної статистики, в нашій країні останніми роками на тлі загострення екологічної ситуації спостерігається стрімке зростання показників злочинності у сфері охорони природного середовища. Відповідні державні заходи із запобігання цим явищам виявляються малоефективними з причини високої їх латентності, що зрештою значною мірою ускладнює виявлення та подальше розслідування останніх.

Однією з причин значного зниження ефективності діяльності правоохоронних і природоохоронних органів щодо охорони навколишнього природного середовища, на нашу думку, є, перш за все, низький рівень використання слідчими спеціальних знань у галузі екології й суміжних природничих наук під час виявлення, розкриття та розслідування кримінальних правопорушень проти довкілля з метою встановлення фактичних обставин негативного антропогенного впливу на нього. До того ж особливості правозастосовчої практики у сфері охорони природного середовища значною мірою зумовлені оцінкою вказаного виду протиправних діянь як таких, що не становлять великої суспільної небезпеки, а тому, як наслідок, не приділяється належна увага протидії екологічній злочинності на державному рівні та розробленню дієвих механізмів їх розслідування та профілактики.

З огляду на це, вбачаємо назрілу необхідність в удосконаленні діяльності правоохоронних органів шляхом належного забезпечення їх працівників дієвими криміналістичними засобами, прийомами та методами, спеціально призначеними для вирішення завдань з виявлення, розслідування кримінальних правопорушень проти довкілля та запобігання їм. Не остання роль у цьому повинна бути відведена подальшому розвитку можливостей судових експертиз загалом та судово-екологічної експертизи зокрема як порівняно нового напряму судово-експертних досліджень, а також як однієї із форм використання спеціальних знань у межах кримінального провадження. Слід також наголосити, що використання під час досудового розслідування спеціальних знань шляхом залучення в рамках кримінального провадження відповідних спеціалістів, а також призначення та проведення судових експертиз, результати яких надалі сприятимуть встановленню істини, є основними формами експертно-криміналістичного забезпечення розкриття та розслідування кримінальних правопорушень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Розрізненим аспектам проблеми використання можливостей судових експертиз, у тому числі судово-екологічної експертизи, в межах розслідування кримінальних правопорушень проти довкілля приділялася увага відомих як вітчизняних, так і зарубіжних учених у галузі кримінального процесу, криміналістики та судової експер-

© І. Кравчук, 2018

тизи, таких як: Ю.П. Аленін, Л.Е. Ароцкер, А.Р. Ашхамахов, Р.С. Бєлкін, Л.Г. Бордюгов, А.І. Вінберг, А.В. Волобуєв, В.Г. Грузкова, В.Г. Гончаренко, А.Л. Дудніков, Н.І. Клименко, Ю.Г. Корухов, С.О. Книженко, О.Н. Колесниченко, В.Є. Коновалова, В.К. Лисиченко, В.Г. Лукашевич, Є.Д. Лук'янчиков, Є.І. Майорова, Г.А. Матусовський, Г.М. Надгорний, О.В. Одерій, Г.Г. Омельянюк, Ю.К. Орлов, С.А. Рузметов, М.В. Салтевський, М.Я. Сегай, Ю.М. Туровець, Н.А. Черних, В.Ю. Шепітько, М.П. Яблоков та інші.

Проте в умовах постійної зміни нормативно-правової бази вважаємо за необхідність актуалізувати предмет дослідження, особливо звернувши увагу на використання можливостей судово-екологічної експертизи. До того ж, незважаючи на доволі наповнену нормативну регламентованість використання судово-екологічної експертизи, нині триває процес формування та розвитку як теоретичних, так і практичних її засад. Залишаються невизначеними і певні ключові категорії цього виду експертизи, її місце в системі судових експертиз, стадії судово-екологічного дослідження, методико-інформаційне забезпечення судово-екологічної експертизи [1, с. 22, 26].

Метою статті є теоретичний аналіз проблемних питань використання спеціальних знань у межах розслідування кримінальних правопорушень проти довкілля загалом та можливостей судових експертиз зокрема.

Виклад основного матеріалу дослідження. До визначення поняття спеціальних знань у науці криміналістики висловлюються різні за змістом підходи. Так, одні вчені наполягають, що віднесення тих чи інших знань до числа спеціальних залежить від того, в межах загального або спеціального утворення вивчаються закономірності, які вирішуються в конкретному випадку [2, с. 112–120], або ж отримуються шляхом проходження спеціальної підготовки чи набуття професійного досвіду для вирішення питань, що виникають у процесі кримінального судочинства [3, с. 33].

Інші вчені вважають, що спеціальними є знання в галузі природничих, технічних, економічних та інших наук, якими не володіють особи з професійною юридичною підготовкою [4, с. 10], у зв'язку з чим із цього поняття виключають знання в галузі права, тобто ті, що пов'язані з кримінально-правовою оцінкою фактичних обставин справи й вирішенням питань процесуального характеру [5, с. 14].

На нашу думку, більш вдалим є визначення спеціальних знань як професійних, отриманих під час навчання, а також навичок набутих досвідченою особою в процесі практичної діяльності в різних областях науки, техніки й інших суспільно корисних галузях людської діяльності, що використовують спільно з науково-технічними засобами у проведенні експертизи [6, с. 13-14].

Як зазначає О.В. Бишевець, спірним залишається питання і про джерела формування спеціальних знань, що використовуються для вирішення завдань кримінального провадження. На основі власного теоретичного узагальнення наявних думок вона доходить висновку, що деякі дослідники джерелами спеціальних знань вважають криміналістику, судову експертизу, судову медицину, судову психіатрію тощо. Утім, зважаючи на те, що в процесі навчання і підвищення своєї кваліфікації юристи здобувають значний обсяг знань у сфері криміналістики, судової медицини, судової психіатрії, то закономірним буде їх відносити до професійних, а не до спеціальних знань. З огляду на зазначене, обґрунтованою є точка зору, що спеціальні знання відносять до різних галузей науки, техніки, мистецтва і ремесла, а їх застосування пов'язують із певним рівнем професійної освіти, підготовки та професійним досвідом [7, с. 110].

У вітчизняній науковій літературі загалом виділяють дві форми використання спеціальних знань у розслідуванні кримінальних правопорушень загалом та протиправних діянь проти довкілля зокрема, а саме процесуальну і непроцесуальну [8, с. 808]. Процесуальна форма може виражатися в залученні спеціаліста до проведення окремих слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій; в участі особи, яка володіє спеціальними знаннями, як спеціаліста у виконанні дослідження і наданні відповідного документа (ст. 71 КПК України); або ж в участі особи, яка володіє спеціальними знаннями, як експерта з метою виконання експертного дослідження (ст. 69 КПК України). Окрім процесуальної взаємодії слідчого та спеціаліста, є й непроцесуальна форма, яка полягає в отриманні консультацій із різних питань, що виникають у слідчого в процесі розслідування, наприклад обговорення формулювань питань, які необхідно поставити перед допитуваним або які повинні бути винесені на вирішення призначуваної експертизи.

За матеріалами судово-слідчої практики найчастіше спеціаліст залучається слідчим у порядку процесуальної форми використання спеціальних знань, а саме для участі у проведенні слідчих (розшукових) дій, здебільшого для проведення огляду місця події

з метою визначення механізму утворення слідів, отримання матеріалів для подальшого проведення судово-екологічної експертизи. При цьому, як стверджує В.М. Махов, допомога спеціаліста не повинна обмежуватися лише проведенням слідчих оглядів, адже вони можуть надавати допомогу у проведенні й інших як слідчих (розшукових) дій, так і негласних слідчих (розшукових) дій. Для прикладу, під час розслідування незаконного корисливого вилучення природних ресурсів слідчі за участю спеціалістів та з використанням науково-технічних засобів проводять обшуки за місцем проживання підозрюваних з метою виявлення продуктів браконьєрства, незаконної порубки та інших слідів злочинної діяльності. При цьому закон не обмежує того ж слідчого у кількості залучених осіб, які володіють спеціальними знаннями та навичками застосування технічних або інших засобів та можуть надавати консультації під час досудового розслідування і судового розгляду з питань, що потребують спеціальних знань та навичок (можливість залучення працівника екологічної інспекції та інженера-технолога до огляду місця забрудненої річки) [9, с. 81].

Однак, незважаючи на беззаперечне значення вказаної форми використання спеціальних знань під час розслідування кримінальних правопорушень проти довкілля, все ж таки провідну роль у цьому відіграє проведення судової експертизи з метою встановлення місця, часу вчинення протиправного діяння, обстановки, умов та причин, що сприяли злочинному посяганню на об'єкти довкілля або завданню шкоди екології у результаті недбалості чи необережності з боку винних осіб, та подальше використання її висновків у доказуванні.

Аналіз судово-слідчої практики свідчить, що у розслідуванні кримінальних правопорушень проти довкілля можуть бути призначенні різні судові експертизи, такі як: судово-ґрунтознавча (вивчаються об'єкти ґрунтового, ґрунтово-мінерального чи ґрунтово-техногенного характеру); судово-біологічна (встановлення природи та групової належності біологічних об'єктів); судово-хімічна (питання, що стосуються природи і концентрації шкідливих речовин в атмосферному повітрі, ґрунті, воді); агротехнічна (встановлення безпосередніх причин негативних наслідків забруднення природного середовища, що завдає шкоди сільськогосподарським культурам); інженерно-технічна (встановлення характеру об'єктів дослідження і їх відповідності вимогам екологічної безпеки); технологічна (чи відповідає технологічний режим затвердженому проекту, які причини відхилення від нормативних вимог, яким був обсяг шкідливих викидів за певний час тощо); токсикологічна (чи містяться в пробах повітря, ґрунту, води отруйні речовини) та інші, а останнім часом дедалі більше спостерігається тенденція до впровадження у практику судово-екологічної експертизи. До речі, остання поряд з іншими видами експертиз, також передбачена «Інструкцією про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень» [10].

Загалом судово-екологічна експертиза – це процесуальна дія, суттю якої є спеціальне дослідження, спрямоване на встановлення пов'язаних із порушеннями вимог екологічного законодавства обставин і фактів про екологічну подію, що призвела до загибелі людей, заподіяння шкоди їхньому здоров'ю, великих матеріальних збитків, забруднення навколишнього середовища, а також до інших тяжких наслідків, проведене у передбаченому процесуальним законом порядку обізнаними в галузі екології та певних прикладних наук особами за дорученням органу, що проводить розслідування, чи суду з метою встановлення фактичних даних, які у формі висновку судового експерта можуть стати доказом для встановлення істини у кримінальній, цивільній, адміністративній чи господарській справі [11, с. 124; 1, с. 23]. З огляду на запропоноване вище поняття, можна зробити однозначний висновок, що судово-екологічна експертиза дає змогу встановити важливі фактичні обставини допущених правопорушень у сфері екології, розкрити причинні зв'язки між екологічними правопорушеннями та негативними наслідками, що настали в результаті.

Об'єктами досліджень судово-екологічної експертизи можуть бути: локальна ділянка місцевості, де було виявлено ознаки негативного антропогенного впливу; проби атмосферного повітря, води, ґрунту, відібрані у межах антропогенно-порушеного об'єкта довкілля; зразки флори та фауни, що зазнали негативного антропогенного впливу; різноманітні механізми, обладнання та деталі з місця, де відбулася подія чи настали її наслідки; технічна документація, технологічні регламенти та акти перевірки екологічного стану об'єктів; результати обстеження об'єктів довкілля санітарно-епідеміологічними, природоохоронними та іншими спеціально уповноваженими органами [10; 12].

Окрім об'єктів судово-екологічної експертизи, в Інструкції про призначення та проведення судових експертиз визначені і її завдання. Однак вирішення останніх потребує залучення експертів різних спеціальностей. З огляду на це, судово-екологічна екс-

пертиза зазвичай має комплексний характер та проводиться спеціалістами з різних галузей знань, які після завершення формулюють загальний висновок, що не лише може суттєво вплинути на кримінально-правову кваліфікацію дій винних осіб, але й вказуватиме на конкретні ознаки протиправного діяння. З урахуванням цього слушною є пропозиція щодо призначення в межах розслідування екологічних правопорушень разом з екологічною експертизою або у комплексі з нею інших судових експертиз, таких як, наприклад, судово-медична, біологічна, хімічна, судово-ветеринарна, іхтіологічна, технологічна, курортологічна, будівельно-технічна, гідротехнічна, оскільки шкідливі наслідки в екологічній сфері мають зазвичай чітко виражений предметний характер, що пов'язано із захворюваннями людей, загибеллю тварин, знищенням родючих шарів ґрунту, погіршенням бальнеологічних властивостей ділянок місцевості тощо [15, с. 86].

На нашу думку, даний вид експертного дослідження доцільно класифікувати таким чином: екологічна експертиза та експертизи екологічної спрямованості (судова інженерно-екологічна, еколого-ґрунтознавча, еколого-біологічна, радіоекологічна, гідроекологічна експертиза); технічні експертизи; криміналістичні експертизи [1, с. 24].

Відповідно до нормативних положень ЗУ «Про судову експертизу» та Інструкції про призначення та проведення судових експертиз, слідчий залежно вид виду експертного дослідження визначає установу, якій доручає його проведення. Це можуть бути державні спеціалізовані установи (НДІ судових експертиз Міністерства юстиції України, судово-медичні та судово-психіатричні установи Міністерства охорони здоров'я України, експертні служби Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України), а також судові експерти, які не є працівниками зазначених установ [10; 12].

Саме така система експертного забезпечення, на думку І.П. Красюка, відповідає розвитку інституту судової експертизи, ефективному впровадженню науково-технічних методів і засобів в експертну діяльність [13, с. 5].

Відповідно до чинного законодавства України процесуально експерта залучають до кримінальної процесуальної діяльності відразу після внесення інформації про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань. До того ж КПК України конкретизує обсяг прав та обов'язків експерта, визначає коло осіб, які можуть бути залучені як експерти, та вимоги до них. Зокрема, у межах досудового розслідування кримінального провадження як експерт може бути залучена вже не будь-яка особа, що має необхідні знання для надання висновку з досліджуваних питань, а лише особа, яка володіє науковими, технічними або іншими спеціальними знаннями та має право відповідно до ЗУ «Про судову експертизу» на проведення експертизи [14].

Слід наголосити, що судові експертизи в межах кримінальних проваджень щодо протиправних діянь проти довкілля можуть призначатися як на початковому, так і на подальших етапах досудового розслідування та судового розгляду залежно від їх необхідності. Проте, вирішуючи питання про призначення експертизи, слідчий має впевнитися в тому, які саме обставини справи чи об'єкти потребують експертного дослідження, чітко визначити його предмет і завдання. Враховуючи це, ми схильні погодитися з тим, що для вирішення цих питань доцільно залучати спеціаліста-еколога [1, с. 25].

Окремо слід вказати і на надану чинним законодавством можливість стороні захисту з власної ініціативи самостійно залучати експертів для проведення дослідження на договірних умовах, що, перш за все, покликано сприяти більш об'єктивному розгляду справи у суді. Отриманий висновок експерта сторона захисту подає до суду, і він має таке саме доказове значення під час його оцінки суддею, як і висновки, отримані за результатами досліджень, призначених іншими сторонами кримінального провадження.

Висновки

На завершення варто зазначити, що, враховуючи значний ступінь суспільної небезпеки екологічних злочинів, високий показник їх латентності та низький рівень розкриття, натепер назріла потреба у підвищенні ефективності використання спеціальних знань у межах розслідування та судового розгляду кримінальних правопорушень проти довкілля у формі залучення відповідних спеціалістів із різних галузей знань до проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, а також проведення комплексних судових експертиз. Не остання роль у цій діяльності має бути відведена судово-екологічній експертизі, теоретичні основи якої натепер, на жаль, не сформувалися в цілісну систему знань, а методична база, необхідна для її проведення, практично відсутня. Окрім цього, складнощі, які виникають під час залучення відповідних спеціалістів для надання допомоги слідчому у проведенні окремих слідчих (розшукових) дій та судово-експертних досліджень, а також неналежний

рівень розробленості відповідних методичних рекомендацій, їх недостатня орієнтованість на сьогоднішні проблеми слідчої та судової практики зумовлюють потребу у проведенні комплексних наукових досліджень у цій галузі з урахуванням умов сьогодення.

Список використаних джерел:

1. Туровець Ю.М., Кравчук О.В. Проблеми використання спеціальних знань при розслідуванні злочинів проти довкілля в умовах дії нового кримінального процесуального законодавства України. Криміналістичний вісник. 2014. № 2 (22). С. 21-27.

2. Соколовский З.М. Понятие специальных знаний. Криминалистика и судебная экспертиза. 1969. № 6. С. 112–202.

3. Россинская Е.Р. Специальные познания и современные проблемы их использования в судопроизводстве. Журнал российского права. 2001. № 5. С. 33–43.

4. Пошюнас П. Применение бухгалтерских познаний при расследовании и предупреждении преступлений. Вильнюс, 1977. 197 с.

5. Шиканов В.И. Проблемы использования специальных знаний и научно-технических новшеств в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Москва, 1980. 31 с.

6. Щербаковский М.Г. Судебные экспертизы: назначение, производство, использование : учебно-практическое пособие. Харьков: Эспада, 2005. 544 с.

7. Бишевець О.В. Історичний генезис застосування криміналістичних знань у адвокатській діяльності. Вісник кримінального судочинства. 2016. № 2. С. 106–112.

8. Туровець Ю.М. Особливості використання спеціальних знань при розслідуванні злочинів проти довкілля. Форум права. 2011. № 3. С. 808-812. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2011_3_136. (дата звернення: 29.11.2018).

9. Махов В.Н. Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений: монография. Москва: Изд-во РУДН, 2000. 296 с.

10. Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень : наказ Міністерства юстиції України від 08 жовтня 1998 року № 53/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 26.12.2012 № 1950/5). Офіційний вісник України. 2013. № 3. С. 297. (дата звернення: 30.11.2018).

11. Бордюгов Л.Г. Поняття і процесуальна природа судово-екологічної експертизи. Форум права. 2009. № 1. С. 70-77. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2009_1_13.pdf.

12. Про судову експертизу: Закон України від 25 лютого 1994 року № 4038-XII станом на 20 січня 2018 року / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12.

13. Красюк І.П. Експертна служба МВС України сьогодні. Криміналістичний вісник. 2004. № 2 (2). С. 5-10.

14. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. Київ: Юстініан, 2012. 1217 с.

15. Ринкова О.В. Необхідність комплексного підходу до використання спеціальних знань та проведення судово-експертних досліджень під час розслідування екологічних злочинів. Криміналістичний вісник. 2010. № 2(14). С. 81-87.

Предложенная вниманию статья посвящена теоретическому анализу проблемных вопросов использования возможностей судебных экспертиз в рамках расследования уголовных преступлений против окружающей среды. Автор на основе выделения процессуальной и непроцессуальной форм использования специальных знаний при расследовании последних определяет особое место судебно-экологической экспертизы. Учитывая то, что данный вид экспертного исследования дает возможность установить важные фактические обстоятельства допущенных правонарушений в сфере экологии, раскрыть причинные связи между экологическими правонарушениями и негативными последствиями, наступившими в результате, предложено дальнейшее его исследование с целью формирования целостной системы знаний и основ организационно-методического обеспечения его проведения.

Ключевые слова: специальные знания, специалист, эксперт, судебная экспертиза, судебно-экологическая экспертиза, экспертное исследование, уголовное преступление, уголовное производство.

The article is devoted to the theoretical analysis of problematic issues of using the possibilities of forensic examinations within the framework of investigation of criminal offenses against the environment. The author, on the basis of the allocation of procedural and non-procedural forms of the use of special knowledge in the investigation of the latter, determines a special place forensic and environmental expertise. Given that this kind of expert research enables to establish the important factual circumstances of perpetrated offenses in the field of ecology, to reveal the causal link between environmental violations and the negative consequences that have resulted as a result, further research has been proposed in order to form a holistic knowledge system and the bases of organizational and methodological support of its holding.

Key words: special knowledge, specialist, expert, forensic examination, forensic ecological examination, expert investigation, criminal offense, criminal proceedings.

УДК 343.98

Тетяна Орлова,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри криміналістики та судової експертології
Харківського національного університету внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ВИБУХАМИ, ЗАГРОЗОЮ ВИБУХІВ АБО ВИЯВЛЕННЯМ ВИБУХОВИХ ПРИСТРОЇВ

Робота присвячена висвітленню особливостей розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із вибухами, загрозою вибухів і виявленням вибухових пристроїв. У роботі розкрито алгоритм дій слідчо-оперативної групи та працівників експертних підрозділів відповідно до типових слідчих ситуацій початкового етапу розслідування злочинів указаної категорії.

Ключові слова: початковий етап розслідування, розслідування кримінальних вибухів, злочини, пов'язані з вибухами, розслідування злочинів, учинених загальнонебезпечним способом, взаємодія на місці виявлення вибухового пристрою.

Постановка проблеми. На жаль, наша держава переживає зараз нелегкі часи. За даними Служби безпеки України, у нелегальному обігу зараз перебуває велика кількість зброї, вибухівки та вибухових пристроїв. Ці засоби все частіше використовуються кримінальними угрупованнями для вбивств, рейдерських захватів, пошкодження важливих об'єктів інфраструктури, залякування політичних опонентів, конкурентів по бізнесу та населення нашої держави. Частими стають випадки помсти працівникам суду, прокуратури й інших посадовців шляхом підриву чи підпалу автомобілів.

На повідомлення про факти вибухів, загрози вибухів або виявлення саморобних вибухових пристроїв одночасно реагують підрозділи Національної поліції, Експертної служби України, Державної служби України з надзвичайних ситуацій, а іноді – інші служби й відомства. Складні умови роботи й така кількість представників різних структур вимагає вироблення єдиного бачення щодо головних завдань початкового етапу розслідування таких злочинів, а також основ взаємодії на місці можливого (імовірного) вибуху чи вибуху, що стався.

Окремі аспекти розслідування злочинів, пов'язаних із використанням вибухових пристроїв і вибухівки, були предметом дослідження таких учених, як Б. Євстигнеєв, Д. Ісхізов, Є. Бакін, І. Альошина, О. Пчеліна, С. Лозова й ін. [1; 2; 3; 4]. Проте автори здебільшого досліджували особливості тактики проведення огляду місця події в провадженнях цієї категорії, інші ж проблеми на цей час розкриті досить фрагментарно. Крім того, із часів проведених досліджень докорінно змінилося кримінальне процесуальне законодавство України, упроваджені нові відомчі нормативно-правові акти, що регламентують порядок дій Національної поліції України, Експертної служби, особливості їх взаємодії у вирішенні завдань із розслідування злочинів [5; 6]. З урахуванням вищевказаного актуальним є дослідження алгоритму дій слідчо-оперативної групи та працівників експертних підрозділів у вирішенні тактичних завдань початкового етапу розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із вибухами, загрозою вибухів і виявленням вибухових пристроїв.

Метою статті є таке: а) виокремлення типових слідчих ситуацій початкового етапу розслідування злочинів указаної категорії; б) представлення алгоритму дій слідчо-оперативної групи та працівників експертних підрозділів у вирішенні тактичних завдань початкового етапу розслідування.

Виклад основного матеріалу. Аналіз практики перевірки заяв і повідомлень про вибухи, загрози вибухів або виявлення вибухових пристроїв дає підстави для виокремлення трьох типових слідчих ситуацій початкового етапу розслідування.

Ситуація 1. Заява чи повідомлення надходить оператору телефонної лінії «102» від свідків-очевидців або на спеціальну лінію від патрульних поліцейських, які виявили

© Т. Орлова, 2018

предмет, схожий на вибуховий пристрій, або речовину, схожу на вибухівку. Ця ситуація є найбільш сприятливою для організації дій щодо перевірки інформації, забезпечення безпеки, попередження вибуху чи мінімізації його наслідків. Так, черговий частини має можливість отримати детальну інформацію щодо точного місцезнаходження небезпечного об'єкта, його зовнішнього вигляду, особливостей місцевості й споруд, особливостей зовнішності особи (осіб), причетної до закладення вибухівки, а також шляхів підходу й відходу правопорушників тощо.

Ситуація 2. Повідомлення про небезпеку вибуху надходить оператору телефонної лінії «102» від особи, яка здійснила мінування певного об'єкта чи місцевості та погрожує приведенням вибухового пристрою в дію. Ця ситуація є вкрай небезпечною, адже невідомим залишається місцезнаходження вибухівки й ступінь її небезпеки. Підрозділам і службам необхідно діяти в умовах обмеженої інформації й стану підвищеної готовності до захисту від наслідків вибуху.

Ситуація 3. Повідомлення про мінування об'єкта надходить електронною поштою на адресу Державної служби України з надзвичайних ситуацій, керівництво якої потім повідомляє (доповідає) про цю подію до відділів національної поліції. Ця ситуація отримала розповсюдження на території міста Харкова та Харківської області, відомі такі інциденти й в інших областях України. Особливість ситуації полягає в тому, що повідомлення, як правило, надходять із території Російської Федерації, є неправдивими й спрямовані на блокування діяльності об'єктів дрібного й середнього бізнесу (фітнес-центрів, торгівельних і розважальних комплексів тощо).

Розглянемо детально порядок дій і особливості взаємодії працівників Національної поліції й Експертної служби України у вказаних ситуаціях реагування на надходження заяв і повідомлень про вибухи, загрози вибухів або виявлення вибухових пристроїв.

Відповідно до Інструкції з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні й розслідуванні, затвердженої Наказом МВС України № 575 від 07.07.2017 р., під час прийому заяв або повідомлень оператором телефонної лінії «102» про вибухи, загрози вибухів або виявлення саморобних вибухових пристроїв *черговий чергової частини повинен:*

1) негайно доповісти про цей факт керівникові органу досудового розслідування;

2) направити на місце події найближчі наряди патрульної поліції, задіяні в системі єдиної дислокації, а також дільничного офіцера поліції;

3) забезпечити своєчасне інформування та виклик на місце спеціалістів-вибухотехніків, кінолога зі службовим собакою з пошуку вибухівки;

4) проінформувати відповідні територіальні підрозділи Державної служби України з надзвичайних ситуацій і заклади охорони здоров'я України [5].

Працівники поліції, які першими прибувають на місце події за повідомленням про загрозу вибуху, повинні негайно почати евакуацію людей, а також забезпечити охорону місця події.

Евакуація людей проводиться на безпечну відстань (на відкритій місцевості – не менше 100 метрів, у будівлі – не менше 50 метрів або на максимально можливу відстань з урахуванням властивостей місцевості) [5]. Навколо небезпечної ділянки (території можливого ураження вибухом) виставляється оточення на безпечній відстані та забезпечується охорона місця події. Місце небезпеки огороджується сигнальною стрічкою та/або іншими контрольними засобами.

Визначає безпечні маршрути евакуації людей і організовує їх виведення із зовнішньої та внутрішньої небезпечних зон *відповідальний по територіальному органу, підрозділу поліції* за рекомендаціями керівника вибухотехнічної групи або спеціаліста-вибухотехніка [6].

Працівникам поліції в місці виявлення вибухового пристрою *категорично забороняється* таке:

– наближатися до вибухового пристрою;

– торкатися вибухового пристрою, намагатися його розібрати, перемістити тощо;

– користуватися мобільним і радіозв'язком;

– гучно розмовляти чи користуватися гучномовцем;

– учиняти інші небезпечні дії, що можуть спровокувати детонацію вибухового пристрою.

Керівник органу досудового розслідування, який отримав інформацію від чергового чергової частини, визначає слідчого, якому доручає невідкладно внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань, і здійснити виїзд у складі слідчо-оперативної групи для перевірки інформації й здійснення досудового розслідування за цим фактом. Керівник органу досудового розслідування також негайно інформує про цю подію керівника органу, підрозділу поліції.

У разі підтвердження інформації про вчинення кримінального правопорушення з використанням вибухівки чи вибухового

пристрою керівник органу, підрозділу поліції (у разі його відсутності – особа, яка виконує його обов'язки) зобов'язаний особисто виїхати на місце події [5].

На місці вибуху чи місці виявлення й вилучення вибухового пристрою, вибухівки (чи їх знешкодження) *керівник органу досудового розслідування особисто повинен*:

1) забезпечити проведення огляду місця події слідчо-оперативною групою;

2) організувати належну взаємодію між працівниками поліції під час проведення першочергових заходів і невідкладних слідчих (розшукових) дій;

3) забезпечити залучення додаткових сил і засобів у разі такої необхідності;

4) виконати інші заходи для забезпечення встановлення події кримінального правопорушення й особи (осіб), причетної (причетних) до його вчинення [5].

До складу слідчо-оперативної групи, яка виїздить на місце події в разі повідомлення про підготовку вибуху, підпалу чи інших дій, які загрожують загибеллю людей, знищенням чи пошкодженням об'єктів власності, іншими тяжкими наслідками, про незаконне поводження зі зброєю, боєприпасами, вибуховими речовинами, входять такі учасники:

– слідчий (старший СОГ);

– працівник оперативного підрозділу;

– інспектор-криміналіст (технік-криміналіст);

– кінолог зі службовим собакою;

– кінолог зі службовим собакою з пошуку вибухівки;

– спеціаліст-вибухотехнік або група спеціалістів-вибухотехніків.

Усі працівники поліції, які задіяні в проведенні огляду місця події, пов'язаного з використанням (можливим використанням) вибухових матеріалів, повинні бути забезпечені засобами індивідуального захисту (бронежилетами й шоломами).

Старшим слідчо-оперативної групи є слідчий, але *розпорядження спеціалістів-вибухотехніків на місці події щодо визначення небезпечних зон для людей, безпечної поведінки та поводження з вибуховими матеріалами є обов'язковими для всіх працівників поліції* [6].

Відповідно до вимог Інструкції про порядок залучення працівників органів досудового розслідування поліції й Експертної служби МВС України як спеціалістів для участі в проведенні огляду місця події, затвердженої Наказом Міністерства внутрішніх справ України від 03.11.2015 р. № 1339, до огляду місця вибуху, загрози вибуху чи виявлення саморобних вибухових пристроїв залучається *спеціалізована пересувна вибухотехнічна лабораторія*. Її залучення відбувається в разі підтвердження ознак складу злочину, для вчинення якого використовувалася вибухівка, у рамках відкритого кримінального провадження. Про необхідність залучення такої лабораторії керівництво НДЕКЦ сповіщає керівник органу досудового розслідування чи особа, яка виконує його обов'язки. Рішення про залучення пересувної лабораторії приймається на підставі письмового (усного з подальшим оформленням у письмову форму) клопотання керівника органу досудового розслідування чи особи, яка виконує його обов'язки [6].

Спеціалізована пересувна вибухотехнічна лабораторія являє собою спеціалізований автомобіль Експертної служби МВС, оснащений необхідним обладнанням, призначений для роботи групи працівників Експертної служби МВС, які володіють спеціальними знаннями та навичками застосування криміналістичних і технічних засобів під час проведення огляду місця події в кримінальних провадженнях про факти використання вибухових пристроїв і вибухівки.

Необхідно зауважити, що безпосереднє обстеження місця події після отримання інформації про підготовку вибуху, про незаконне поводження зі зброєю, боєприпасами, вибуховими речовинами проводять спеціалісти-вибухотехніки за участю кінолога зі спеціальним собакою з пошуку вибухівки. До прибуття спеціалістів-вибухотехніків огляд місця події не проводиться.

Після прибуття на місце події *спеціалісти-вибухотехніки* повинні:

1) доповісти про готовність приступити до виконання завдань керівнику органу, підрозділу поліції, а в разі їх відсутності – відповідальному від керівництва чи слідчому – старшому СОГ;

2) узгодити свої дії зі старшим СОГ із метою недопущення втрати слідів учиненого кримінального правопорушення;

3) здійснити заходи щодо фіксації відомостей щодо обставин учиненого кримінального правопорушення із застосуванням фото- та відеозйомки в установленому Кримінальним процесуальним кодексом України порядку;

4) здійснити пошук і огляд вилучених боєприпасів, вибухових матеріалів, пристроїв, речовин, засобів ініціювання для визначення категорії небезпечності, надання рекомендацій щодо подальшого поводження з ними;

5) прийняти й узгодити зі старшим СОГ рішення про подальше поводження (розряджання, руйнування чи знищення) із виявленими боєприпасами, вибуховими матеріалами, пристроями, речовинами, засобами ініціювання;

6) видати слідчому СОГ на кожний виявлений вибуховий матеріал довідку про рівень його небезпечності;

7) скласти й видати слідчому СОГ у разі знищення (знешкодження) вибухових матеріалів акт про їх знищення (знешкодження);

8) упакувати вибухонебезпечні об'єкти кожний окремо, забезпечуючи надійну їх фіксацію в упаковці;

9) у разі прийняття рішення про можливість вилучення виявлених боєприпасів, вибухових матеріалів, пристроїв, речовин, засобів ініціювання за дорученням слідчого забезпечити транспортування вилучених об'єктів до спеціального приміщення вибухотехнічного підрозділу для зберігання до вирішення питання щодо подальшого проведення експертизи чи знищення вилучених вибухонебезпечних об'єктів [5].

Під час проведення огляду місця події в кримінальних провадженнях про факти використання вибухових пристроїв і вибухівки *слідчий – старший СОГ зобов'язаний:*

1) організувати проведення огляду за місцем можливого знаходження вибухового пристрою, після завершення якого (але не пізніше 24 годин після подання заяви чи повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення) внести відомості до ЄРДР;

2) керувати діями всіх учасників огляду місця події та координувати зусилля всіх на виконанні головних завдань;

3) у разі необхідності інформувати чергового чергової частини про необхідність залучення додаткових сил і засобів для виконання головних завдань розслідування й забезпечення безпеки доповідати про це керівництву територіального органу, підрозділу поліції [5].

Під час проведення огляду місця події в кримінальних провадженнях про факти використання вибухових пристроїв і вибухівки *працівник оперативного підрозділу, який входить до складу СОГ, зобов'язаний:*

1) установити очевидців правопорушення й опитати їх щодо обставин виявлення ними ознак використання вибухових пристроїв і вибухівки, ознак зовнішності осіб, причетних до вчинення, шляхів їх підходу й відходу з місця події, особливостей їх дій та ін.;

2) забезпечити невідкладне встановлення номера телефону абонента, на який здійснене повідомлення про загрозу безпеці громадян, знищення чи пошкодження об'єктів власності, та/або номера телефону абонента, з якого здійснене таке повідомлення;

3) установити наявність камер відеоспостереження на прилеглій до місця події території й об'єктах інфраструктури;

4) про результати вжитих заходів проінформувати слідчого (безпосередньо на місці події – усно, а потім – письмово рапортом) [5].

У ході подальшого досудового слідства за дорученням слідчого працівник оперативного підрозділу забезпечує виконання ухвали слідчого судді про тимчасовий доступ до речей і документів у найкоротші строки.

Результат обстеження спеціалістами-вибухотехніками території місця події може зумовити виникнення таких типових ситуацій:

1) здійснено виявлення, вилучення й огляд вибухових речовин, вибухового пристрою чи такого, що його нагадує;

2) здійснено виявлення й знешкодження вибухового пристрою;

3) отримано інформацію про відсутність небезпечних вибухових матеріалів і пристроїв.

Тільки після отримання вказаних даних, за погодженням із керівником органу, підрозділу поліції (відповідальним від керівництва чи старшим СОГ) керівник групи вибухотехніків надає дозвіл на входження до місця події членів СОГ і залучених спеціалістів.

Виявлені в ході огляду боєприпаси, вибухові матеріали, пристрої, речовини, засоби ініціювання вилучаються, описуються й упаковуються спеціалістами-вибухотехніками, про що слідчим вносяться відповідні відомості до протоколу огляду, у якому також зазначається установа, до якої спеціалісти-вибухотехніки надалі доставлятимуть вилучене. Речові докази при цьому зберігаються в спеціальному приміщенні цієї установи в безпечному стані. Під час вилучення вказаних предметів і речовин обов'язково здійснюється фото- чи відеозапис [5].

Надалі в ході досудового розслідування кожен із вилучених речових доказів (вибухова речовина, пристрій, уламки, залишені вибухом, елементи корпусу, вражаючих елементів вибуху, контакти тощо) підлягає окремому детальному огляду. Після цього слідчий повинен визначити й скласти клопотання до слідчого судді про призначення відповідної судової експертизи. Після отримання ухвали слідчого судді на призначення експертизи слідчий надає письмове доручення спеціалістам-вибухотехнікам про транспортування вилучених речовин і боєприпасів до експертної установи (де наявне приміщення для їх зберігання) або до обладнаного приміщення вибухотехнічного підрозділу (де наявне таке приміщення) з подальшим транспортуванням до експертної установи.

Під час і після проведення огляду місця події й інших першочергових дій і заходів керівник органу досудового розслідування повинен:

1) проводити консультації з керівником вибухотехнічної групи щодо вилучення об'єктів і слідів, які мають доказове значення щодо вчиненого правопорушення;

2) перевіряти якість складання протоколу огляду місця події та повноту фіксації обставин учинення кримінального правопорушення, у разі встановлення неповноти проведеного огляду місця події негайно організувати проведення повторного чи додаткового огляду (за участю спеціалістів, працівників експертних установ);

3) організувати своєчасне призначення експертиз щодо вилучених під час досудового розслідування об'єктів.

4) забезпечити виконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів у найкоротші строки;

5) заслухати звіти членів СОГ, надати методичну та практичну допомогу слідчим у розслідуванні кримінальних правопорушень, під час розслідування яких виникали ускладнення [5].

Висновки

Підбиваючи підсумки, хотілося б зазначити, що потреби практики зараз вимагають переосмислення структури методик розслідування злочинів. На наше переконання, представники наук кримінально-правового циклу повинні звернути увагу на проблеми, що безпосередньо постають перед слідчими, їх процесуальними керівниками, працівниками кримінальної поліції під час вирішення завдань розслідування. Науковці повинні відмовлятися від суто теоретичного й філософського підходу у своїх розвідках і концентрувати зусилля на виробленні досліджень, максимально наближених до потреб практики. Представлена робота є одним із кроків у розбудові підходу, основою якого є алгоритмізація дій учасників процесу доказування, виокремлення аналізу практики типових слідчих ситуацій, установлення тактичних завдань і засобів їх вирішення.

Список використаних джерел:

1. Бакин Е., Алешина И. Осмотр места происшествия при преступлениях, совершенных путем взрыва, и некоторые аспекты криминалистических исследований изъятых вещественных доказательств: методическое пособие. М., 2001. 46 с.

2. Евстигнеев Б., Исхизов Д. Особенности технико-криминалистического обеспечения осмотра места происшествия при возможной установке взрывного устройства, Вестник криминалистики. 2002. Вып. 2 (4). С. 63–68.

3. Бульба Т. Пошук саморобних вибухових пристроїв: методичні рекомендації. Право України. 2008. № 3. С. 60–64.

4. Бандурка О., Пчеліна О. Особливості розслідування кримінальних вибухів. Актуальні питання діяльності слідчих підрозділів органів внутрішніх справ України: зб. наук. праць факультету підготовки фахівців для підрозділів слідства та дізнання ХНУВС за 2011 рік / за заг. ред. О. Бандурки. Х.: НікаНова, 2012. С. 32–61.

5. Інструкція з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні й розслідуванні, затверджена Наказом МВС України № 575 від 07.07.2017 р., зареєстрована в Мін'юсті України від 31.07.2017 р. № 937/30805. Офіц. сайт Верховної ради України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0937-17. (дата доступу 29.10.2018).

6. Інструкція про порядок залучення працівників органів досудового розслідування поліції та Експертної служби Міністерства внутрішніх справ України як спеціалістів для участі в проведенні огляду місця події, затверджена Наказом МВС України № 1339 від 03.11.2015 р., зареєстрована в Мін'юсті України 06.11.2015 р. №1392/27837. Офіц. сайт Верховної ради України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1392-15. (дата доступу 29.10.2018).

Представленная работа посвящена особенностям расследования преступлений, связанных со взрывами, угрозой взрывов и выявлением взрывных устройств. В работе раскрыт алгоритм действий следственно-оперативной группы и работников экспертных подразделений согласно типичным следственным ситуациям начального этапа расследования преступлений указанной категории.

Ключевые слова: начальный этап расследования, расследование преступлений, связанных со взрывами, преступления, совершенные общеопасным способом, взаимодействие на месте выявленного взрывного устройства.

The presented work is sanctified to the features of investigation of crimes related to the explosions, threat of explosions and exposure of explosive devices. The algorithm of actions of inquisitional-operative group and workers of expert subdivisions is in-process exposed according to the typical inquisitional situations of the initial stage of investigation of crimes of the indicated category.

Key words: initial stage of investigation, investigation of crimes related to the explosions, crimes are perfect by a generally dangerous method, cooperation in place of the educed explosive device.

УДК 343.97:343.352

Віталій Святченко,
здобувач наукової лабораторії з проблем досудового розслідування Національної академії внутрішніх справ

АНАЛІЗ СУЧАСНОГО СТАНУ ДОСЛІДЖЕНЬ ПРОБЛЕМ ПРОТИДІЇ ПІДКУПУ ОСОБИ, ЯКА НАДАЄ ПУБЛІЧНІ ПОСЛУГИ

У статті вивчено стан наукової розробки проблем протидії злочинам у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Зроблено висновок, що проблематиці протидії підкупу особи, яка надає публічні послуги в Україні приділено недостатньо уваги. На основі результатів опитувань респондентів виокремлено пріоритетну тематику подальших наукових розроблень за різними аспектами цієї проблеми.

Ключові слова: стан, розроблення, підкуп, публічні послуги, протидія, злочини, корупція, удосконалення.

Постановка проблеми. Злочини за своєю суттю є протиправними діяннями. Вони посягають на звичний устрій життєдіяльності громадян і людей, усталений порядок функціонування окремих інституцій. Особливою суспільною небезпекою вирізняються й злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, адже вони характеризуються такими ознаками, як: продуманість і ретельна спланованість, комплексність, вчинення з використанням корумпованих зв'язків і фахівців в окремих галузях функціонування суспільних інститутів [1, с. 628].

Щодо таких злочинів останнім часом все більшої актуальності набуває проблема протидії підкупу особи, яка надає публічні послуги. Відповідно до ст. 368-4 КК України суб'єктом цього злочину є аудитор, нотаріус, оцінювач, експерт, арбітражний керуючий, приватний виконавець, незалежний посередник, член трудового арбітражу, третейський суддя, інша особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг [2].

Про динаміку вчинення злочинів, передбачених ст. 368-4 КК України, свідчить офіційна статистка. Так, за даними Генеральної прокуратури України, упродовж 2014 р. обліковано 17 кримінальних правопорушень, пов'язаних з підкупом особи, яка надає публічні послуги (у 2015 р. – 27). Проте 2016 р. було зареєстровано 17 випадків таких протиправних діянь, у 2017 р. – 55 (69 %). Водночас за шість місяців 2018 р. обліковано 18 фактів підкупу осіб, які надають публічні послуги, що на 33 % більше, ніж за аналогічний період 2017 р. [3]. Утім офіційна статистика далеко не повною мірою відображає стан і динаміку поширення злочинів цієї категорії через високий рівень їх латентності. Зрештою, статистичну інформацію починаючи з 2014 р. наведено без урахування показників щодо тимчасово окупованої території АРК, м. Севастополя й частини Донецької та Луганської областей [4, с. 43].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням теорії та практики розкриття, розслідування злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, та запобігання їм присвячені праці вітчизняних і зарубіжних учених, зокрема П. П. Андрушка, М. І. Ануфрієва, О. Ф. Бантишева, О.М. Бандурки, В.Є. Боднар, Д. А. Бондаренка, А. В. Галахова, О.Ф. Гіди, Є.В. Додіна, О.О. Дудорова, Т.С. Демедюк, А. Ф. Зелінського, В. Ф. Кириченка, М. І. Мельника, С. І. Ніколаюка, М.А. Погорецького, Г. В. Прокоповича, С.О. Павленка, О.І. Ромців, М. М. Семендяя, О. Ю. Хабло, М. І. Хавронюка та інших.

Опубліковані праці склали вихідні науково-теоретичні основи дослідження автором вибраної теми, однак натепер залишаються не досить дослідженими питання протидії підкупу особи, яка надає публічні послуги.

Мета статті – здійснити аналіз стану наукових досліджень, присвячених вивченню оперативно-розшукових, криміналістичних, кримінологічних, кримінально-правових та адміністративних проблем протидії підкупу особи, яка надає публічні послуги.

У цьому контексті С.О. Павленко слушно зазначає [5, с. 107], що головною умовою будь-якого наукового дослідження є ґрунтовний аналіз наукового доробку вітчизняних та іноземних учених різних історичних

© В. Святченко, 2018

періодів. Такий аналіз дасть змогу з'ясувати найвагоміші з-поміж них, що стали теоретичним підґрунтям предмета дослідження, з одного боку, й акцентувати на проблемних аспектах, що залишилися поза межами дослідження попередників, у контексті соціально-економічних, політичних, нормативно-правових, криміногенних та інших чинників – з іншого [5, с. 107].

Виклад основного матеріалу. Передусім розглянемо комплексні монографічні дослідження, присвячені окремим аспектам розкриття та розслідування підкупу особи, яка надає публічні послуги. Вагомий внесок у дослідження цієї проблеми зробили: С.О. Павленко («Документування оперативними підрозділами одержання неправомірної вигоди службовими особами, які займають відповідальне становище» (2014), Ю.П. Заблоцький («Виявлення та розслідування одержання службовою особою неправомірної вигоди» (2015), Д.А. Бондаренко («Розслідування зловживань владою або службовим становищем та перевищень влади або службових повноважень (криміналістична характеристика та початковий етап розслідування)» (2008) [6].

Особливої уваги заслуговує дослідження О.І. Ромціва на тему «Особливості подолання протидії під час розслідування злочинів у сфері службової діяльності» (2016), в якому автором напрацьовано низку пропозицій щодо змін і доповнень до чинних нормативно-правових актів, спрямованих на підвищення ефективності процесу подолання протидії під час розслідування злочинів у сфері службової діяльності. Удосконалено пропозиції щодо поліпшення правового забезпечення подолання протидії під час розслідування злочинів у сфері службової діяльності шляхом внесення змін і доповнень до КПК України, Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [7].

Важливим також є дисертаційне дослідження О.В. Пчеліної на тему «Теоретичні засади формування та реалізації методики розслідування злочинів у сфері службової діяльності» (2017 р.). У роботі з позицій криміналістичної доктрини виокремлено ознаки службової діяльності та обґрунтовано доцільність її розгляду як своєрідної сфери реалізації службовими особами відповідно до норм правового регулювання своїх повноважень з метою забезпечення правильного функціонування державного апарату й апарату органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань, підприємств, установ або організацій незалежно від форм власності. Також запропоновано криміналістичну класифікацію злочинів у сфері службової діяльності залежно від сфери виникнення відносин, на які посягають злочини; галузевої специфіки; суб'єкта, на інтереси якого посягають конкретні злочинні діяння; різновиду служби; форми вини; предмета посягання; злочинної мети; характеристики особи злочинця; способів реалізації злочинного задуму; масштабу злочинної діяльності; розкрито зміст елементів криміналістичної характеристики злочинів у сфері службової діяльності, зокрема особи злочинця, способів і злочинних технологій у сфері службової діяльності, предмета посягання, обстановки вчинення злочинів, типових слідів [8].

Розглянемо дослідження, присвячені окремим кримінально-правовим та криміналістичним аспектам підкупу особи, яка надає публічні послуги.

Значний інтерес для висвітлення досліджуваної проблеми становить дисертація О.В. Шемякіна на тему «Протидія і запобігання корупційним злочинам у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» (2013) [9]. Дисертація присвячена комплексному кримінологічному дослідженню корупційних злочинів у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, у ній наводиться кримінологічна характеристика злочинів і осіб, які їх скоїли, аналізуються фактори, що їх детермінують, запропоновано шляхи вдосконалення протидії та запобігання.

На особливу увагу заслуговує дисертаційне дослідження В.Я. Цитряка «Підкуп у сфері публічної службової діяльності: кримінологічне дослідження» (2014). Дисертація є першим в українській кримінологічній науці монографічним дослідженням, у якому розкривається кримінологічна сутність підкупу як інституціолізованої форми корупційних практик в умовах сучасної трансформації сфери службової діяльності та реформування антикорупційного законодавства. Науковою новизною відзначаються такі положення:

уперше:

– обґрунтовано концепцію підкупу у сфері публічної службової діяльності як інституціолізованої форми корупційних відносин, що становить складну самовідтворюючу систему, функціонування якої забезпечується за рахунок структурних, тривалих та розгалужених зв'язків, які опосередковують незаконну купівлю/продаж послуг службових осіб публічної сфери;

– досліджено соціально-психологічні основи та кримінологічне значення взаємодії учасників підкупу у сфері публічної службової діяльності, заснованої на готовності до корупційної поведінки та різнопорядкових, але корелюючих мотивах;

– виявлено й проаналізовано активну роль вигодонадавача в механізмі підкупу у сфері публічної службової діяльності, що проявляється в ініціюванні створення корупційних ситуацій та забезпеченні стійкого розвитку корупційних відносин;

– сформульовано визначення та охарактеризовано інфраструктуру підкупу у сфері публічної службової діяльності, що являє собою систему «кадрових», організаційно-допоміжних та ідеологічних ресурсів, які опосередковують незаконну купівлю/продаж послуг службових осіб публічної сфери, забезпечують функціональність та сприяють інституціалізації підкупу;

– запропоновано впровадження моніторингу корупційних ризиків на державному рівні, які поряд із факторами підкупу у сфері публічної службової діяльності мають самостійне детермінуюче значення і несуть у собі змістовне навантаження потенційної (стимулюючої) реалізації відносин підкупу;

– обґрунтовано необхідність доповнення Кримінального кодексу України статтею 375-1, яка передбачала б самостійну відповідальність за активний підкуп судді (суддів) [10].

Важливим теоретичним доробком вважається робота М.В. Саламатової на тему «Кримінологічна характеристика та запобігання злочинам у сфері нотаріальної діяльності» (2015 р.). Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що дисертація є самостійним комплексним дослідженням, у якому на монографічному рівні здійснено кримінологічну характеристику злочинності у сфері нотаріальної діяльності та запропоновано заходи запобігання їй. За результатами дослідження висунуто низку нових у концептуальному плані та важливих для практики положень, які винесені на захист, а саме вперше:

– розглянуто злочинність у сфері нотаріальної діяльності як окремий самостійний об'єкт кримінологічного дослідження, що характеризується власною природою, показниками та тенденціями, причинами й умовами, особистістю злочинця та потребує власних заходів запобігання злочинам у цій сфері;

– охарактеризовано стан злочинності у сфері нотаріальної діяльності в Україні, визначено її рівень, динаміку та структуру; констатовано, що більша частина злочинності цього виду є абсолютно прихованою внаслідок дії факторів, що цьому сприяють (наявність інституту нотаріальної таємниці, «клановість» та «закритість» у нотаріальному середовищі, відсутність дієвих механізмів державного та громадського контролю за нотаріальною діяльністю);

– виокремлено особливості особистісних рис представників нотаріальної професії, які вдаються до протиправних дій, та надано кримінологічний портрет такого нотаріуса [11].

Доцільно проаналізувати дисертаційне дослідження М.В. Рябченко на тему «Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» (2016 р.). У контексті нашого дослідження варті уваги такі положення роботи:

– розглянуто професійний статус осіб, які надають публічні послуги, крізь призму їхньої компетенції, що передбачає встановлення моменту її початку та припинення. Протягом цього часу особа наділена певним колом повноважень відповідно до законодавства України, що забезпечують її здатність вступати у правовідносини з метою реалізації покладених на неї завдань та функцій, наповнювати конкретним змістом повноваження з надання публічних послуг. Виникнення та припинення компетенції особи, яка здійснює професійну діяльність із надання публічних послуг, необхідно пов'язувати з певними юридичними фактами, які породжують виникнення або припинення її повноважень;

– визначено необхідність передбачити кримінальну відповідальність за «активний» та «пасивний» підкуп особи, яка здійснює професійну діяльність із надання публічних послуг, в окремих статтях Особливої частини КК України (ст. 368-4 «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної переваги особою, яка надає публічні послуги» та ст. 369-4 «Підкуп особи, яка надає публічні послуги»); сформульовано редакцію цих статей;

– запропоновано передбачити у Розділі XVII Особливої частини КК України кримінальну відповідальність за підроблення документів особою, яка здійснює професійну діяльність із надання публічних послуг, оскільки таке діяння посягає на порядок суспільних відносин, що охороняється нормами цього розділу;

Також автором розроблено Пояснювальну записку до проекту Закону України «Про внесення змін до законодавчих актів щодо відповідальності службових осіб та осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг». Метою прийняття Закону є вдосконалення кримінального законодавства України в частині кримінальної відповідальності службових осіб та осіб, які здійснюють професійну діяльність із надання публічних послуг [12].

Важливим також є дисертаційне дослідження І.М. Ясінь на тему «Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачен-

ня за законодавством України» (2017 р.), у якому обґрунтовується низка концептуальних у теоретичному й практичному плані та важливих для теорії й практики понять, положень і висновків, одержаних особисто автором. Зокрема, з'ясовано стан розробки проблеми кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, в тому числі кримінально-правової кваліфікації цього злочину; проаналізовано підстави встановлення та існування в Україні кримінальної відповідальності за незаконне збагачення як ключової передумови для вирішення питань кримінально-правової кваліфікації саме цього злочину; здійснено аналіз об'єктивних і суб'єктивних ознак складу злочину «Незаконне збагачення» як юридичної підстави кримінально-правової кваліфікації відповідного злочину та виведено формулювання законодавчої моделі кримінально караного незаконного збагачення, оптимальне з точки зору її придатності для правильної кримінально-правової кваліфікації [13].

Також заслуговує на увагу праця О.С. Бондаренко на тему «Предмет злочинів у сфері службової діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» (2016 р.), у якій автором розкрито методологічні засади дослідження предмета злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг; вивчено історико-теоретичні засади дослідження предмета злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг; розроблено класифікацію предмета злочинів, відповідальність за вчинення яких передбачена розділом XVII Особливої частини КК України; досліджено зарубіжний досвід правового регулювання предмета злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг; охарактеризовано юридичний зміст неправомірної вигоди як предмета злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг; розроблено пропозиції, спрямовані на вдосконалення предмета злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, тощо [14].

Дисертація М.Б. Желік на тему «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди: кримінально-правова характеристика» (2018 р.) присвячена кримінально-правовій характеристиці прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди. У результаті виконаної роботи отримано певні науково-теоретичні результати, які мають значення не лише для науки, а і для діяльності правозастосовних органів, а також для вдосконалення відповідних положень чинного кримінального законодавства України [15].

Розглянемо дослідження, присвячені адміністративно-правовим аспектам підкупу особи, яка надає публічні послуги.

У зв'язку з цим доцільно проаналізувати монографічне дослідження Д.В. Гудкова на тему «Адміністративно-правові засоби запобігання і протидії корупції» (2018) [16], в якому вченим ґрунтовно досліджено проблеми практичного застосування адміністративно-правових засобів запобігання корупції, неузгодженості між нормами чинного законодавства, що створюють правові колізії у сфері запобігання корупції; розглянуто механізм притягнення до адміністративної відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією, та визначено проблеми виявлення, фіксації таких правопорушень, а також притягнення до відповідальності винних осіб.

Крім того, звернемо увагу на дисертаційне дослідження С.О. Конєва «Звільнення з публічної служби як захід запобігання корупції» (2018) [17]. Дисертація є одним із перших комплексних наукових досліджень, присвячених визначенню сутності звільнення з публічної служби як заходу запобігання корупції.

Становить цінність для нашої роботи і дослідження Т.С. Курило на тему «Адміністративно-правові засади протидії корупції у сфері здійснення нотаріальної діяльності в Україні» (2017 р.). Наукова новизна отриманих результатів полягає в тому, що за своїм характером і змістом дисертація є першим у вітчизняній адміністративно-правовій науці комплексним монографічним дослідженням, у якому з урахуванням положень чинного законодавства та правозастосовної практики здійснено системний аналіз адміністративно-правових засад протидії корупції у сфері здійснення нотаріальної діяльності в Україні, визначено їх недоліки, а також обґрунтовано шляхи їх усунення. Безпосередній внесок у наукову розробку адміністративно-правового механізму протидії корупції в нотаріаті полягає в обґрунтуванні концептуальних положень, висновків та пропозицій, що характеризуються науковою новизною і мають важливе теоретичне та практичне значення [18].

Значний інтерес для висвітлення досліджуваної проблеми становить дисертація О.П. Мусієнка на тему «Адміністративно-правові заходи запобігання та протидії корупції в органах виконавчої влади і місцевого самоврядування в Україні» (2017 р.).

Дисертація присвячена комплексному дослідженню питань адміністративно-правових заходів запобігання і протидії корупції в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування на сучасному етапі розбудови Української держави, окреслено проблеми, що виникають у цій сфері, та сформульовано відповідні наукові положення і рекомендації для їх вирішення. Зокрема, обґрунтовано необхідність надати право профільним громадським організаціям, до статутної діяльності яких віднесені питання запобігання і протидії корупції, делегувати представників до складу громадських рад при Національному агентстві з питань запобігання корупції в Україні та Національному антикорупційному бюро України; доведено доцільність виокремлення в структурі Національного антикорупційного бюро України (його управліннях на місцях) підрозділів (груп фахівців) з функціями перевірки інформації, що подається викривачами, забезпечення захисту їх конфіденційності і (за певних умов) анонімності; аргументовано положення щодо надання детективам Національного антикорупційного бюро України права приймати рішення про застосування заходів безпеки до викривачів та інших осіб, які потребують захисту у зв'язку з антикорупційними розслідуваннями [19].

У науковій праці Т.М. Міщенко «Адміністративно-правове забезпечення організації боротьби з організованою злочинністю, що супроводжується корупційними зв'язками» (2017 р.) визначено сучасний стан адміністративно-правового забезпечення організації боротьби з організованою злочинністю, що супроводжується корупційними зв'язками; встановленні особливості її адміністративно-правової характеристики, коло суб'єктів та адміністративно-правових заходів боротьби з організованою злочинністю, що супроводжується корупційними зв'язками; обґрунтовано шляхи удосконалення адміністративно-правового забезпечення організації боротьби з організованою злочинністю, що супроводжується корупційними зв'язками [20].

Також варто згадати низку наукових статей фахівців у галузі криміналістики, оперативно-розшукової діяльності, кримінального права, кримінології та юридичної психології, які стосуються проблематики нашого дослідження. Наприклад, це розробки О.В. Шемякін «Деякі питання притягнення до кримінальної відповідальності за підкуп особи, яка надає публічні послуги» (2012) [21], С.О. Павленка «Деякі особливості протидії хабарництву, вчиненому службовими особами, які займають відповідальне становище» (2012) [22], В.Г. Севрука «Світовий досвід запобігання та протидії корупції: інтеграція України до ЄС» (2014) [23], А.В. Шевчишена «Стан наукових досліджень проблем доказування у кримінальних провадженнях про корупційні злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» (2015) [24], Ю. Чернеги «Підкуп як родове поняття у кримінальному праві України» (2016) [25], О.П. Горпинюк «Деякі шляхи вдосконалення кримінально-правових норм про корупційні злочини та інші посягання, пов'язані зі службовим зловживанням» (2016) [26], Д.Г. Михайленко «Загальні властивості злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» (2017) [27], О.О. Дудоров «Кримінально-правові аспекти незаконного збагачення (погляд теоретика в очікуванні судової практики)» (2017) [28], І.С. Ковальова «Об'єкт як елемент складу злочину підкупу працівника підприємства, установи чи організації» (2018) [29], О.С. Перешивко «Неправомірна вигода як предмет підкупу особи, яка надає публічні послуги» (2018) [30], Р.О. Ніколаєнко «Надання публічних послуг як системоутворюючий елемент конструкції ст. 365-2 Кримінального кодексу України» [31].

Ґрунтовною є публікація В.Г. Севрука «Корупційний аспект діяльності організованих груп і злочинних організацій, сформованих на етнічній основі» (2010). У цій статті вченим зроблено висновок, що сучасні організовані злочинні угрупування тісно пов'язані корупційними зв'язками з особами у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Саме корупція забезпечує імунітет цих груп від соціального та правового контролю та створює сприятливі умови для їхньої злочинної діяльності шляхом підкупу, одержання неправомірної вигоди, а також протидії цілеспрямованій діяльності правоохоронних органів і контррозвідувальним заходам у власному середовищі [32, с. 323].

Серед іноземних досліджень заслуговують на увагу такі: М. Хванг та К. Лім «Корупція в арбітражі – закон і реальність» (2011) [33], Д. Хол «Корупція та публічні послуги» (2012) [34], Л. Йоганнсен, К. Хільмер Педерсен, М. Ваді, Е. Рейно, М. Шод «Корупція в приватному секторі» (2016) [35].

Окремої уваги заслуговує дослідження Ф. Гууєв та В. Руджеро «Корупція і організована злочинність у Європі: нелегальні партнери» (2012) [36], у якому розглядаються окремі проблемні питання запобігання підкупу осіб, які надають публічні послуги. Осо-

бливо наголошується на підкупі нотаріусів організованою злочинністю з метою вчинення шахрайських схем у сфері нерухомості.

Висновки

Узагальнюючи науковий доробок вітчизняних вчених, які комплексно досліджували різні аспекти протидії злочинам у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, слід констатувати, що проблемі протидії підкупу особи, яка надає публічні послуги, в Україні приділено замало уваги.

Як слушно зазначає з цього приводу В.Я. Цитряк [10, с. 2], «наукова актуальність та практична значимість дослідження підкупу у сфері публічної службової діяльності набуває особливої гостроти у світлі сучасної антикорупційної політики та необхідності реформування й гармонізації законодавства з міжнародними стандартами криміналізації корупції». Є нагальна потреба в узагальненні практичного досвіду протидії зазначеному явищу державними органами та громадськими інститутами, аналізі результатів використання зарубіжного законодавства та відповідних міжнародно-правових актів [10, с. 2].

За результатами опитування респондентів виокремлено пріоритетну тематику подальших наукових розвідок у досліджуваній сфері. Зокрема, першочергового наукового опрацювання потребує вивчення міжнародно-правових засад та зарубіжного досвіду підкупу особи, яка надає публічні послуги (83 %), розроблення алгоритмів (програм дій) оперативних працівників з виявлення інформації (ознак) щодо підкупу особи, яка надає публічні послуги (76), розроблення пропозицій та рекомендацій щодо вдосконалення тактики проведення негласних слідчих (розшукових) дій під час розслідування злочинів щодо підкупу особи, яка надає публічні послуги (73 %).

Список використаних джерел:

1. Пчеліна О.В. Протидія розслідуванню злочинів у сфері службової діяльності та шляхи її подолання. Молодий вчений. 2016. № 4 (3). С. 628–632.

2. Кримінальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2001. № 25–26. Ст. 131.

3. Генеральна прокуратура України / офіційний сайт. URL: https://www.gp.gov.ua/

4. Павленко С. О. Тактика протидії торгівлі людьми органами Національної поліції України: вітчизняний та зарубіжний досвід. Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». Серія «Юридичні науки». 2018. № 5(10). С. 41–55. URL: https://doi.org/10.25313/2520-2308-2018-5-4020.

5. Павленко С. О. Аналіз сучасного стану наукових досліджень проблем оперативно-розшукової тактики. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2018. № 2 (107). С. 105–122. URL: http://ojs.naiau.kiev.ua/index.php/scientbul/article/view/856/864.

6. Бондаренко Д. А. Розслідування зловживань владою або службовим становищем та перевищень влади або службових повноважень (криміналістична характеристика та початковий етап розслідування) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Запоріжжя, 2008. 18 с.

7. Ромців О.І. Особливості подолання протидії під час розслідування злочинів у сфері службової діяльності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Львів, 2016. 20 с.

8. Пчеліна О.В. Теоретичні засади формування та реалізації методики розслідування злочинів у сфері службової діяльності: автореф. дис. ... док. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2017. 44 с.

9. Шемякін О.В. Протидія і запобігання корупційним злочинам у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. К., 2013. 44 с.

10. Цитряк В.Я. Підкуп у сфері публічної службової діяльності: кримінологічне дослідження: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. Одеса, 2014. 22 с.

11. Саламатова М.В. Кримінологічна характеристика та запобігання злочинам у сфері нотаріальної діяльності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Запоріжжя, 2015. 20 с.

12. Рябченко М.В. Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. К., 2016. 20 с.

13. Ясінь І.М. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення за законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2017. 20 с.

14. Бондаренко О.С. Предмет злочинів у сфері службової діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. К., 2016. 20 с.

15. Желік М.Б. «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди: кримінально-правова характеристика»: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2018. 20 с.

16. Гудков Д.В. Адміністративно-правові засоби запобігання і протидії корупції: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2018. 20 с.

17. Конєва С.О. Звільнення з публічної служби як захід запобігання корупції: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя., 2018. 20 с.

18. Курило Т.С. Адміністративно-правові засади протидії корупції в сфері здійснення нотаріальної діяльності в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2017. 20 с.

19. Мусієнко О.П. Адміністративно-правові заходи запобігання та протидії корупції в органах виконавчої влади і місцевого самоврядування в

Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2017. 20 с.

20. Міщенко Т.М. Адміністративно-правове забезпечення організації боротьби з організованою злочинністю, що супроводжується корупційними зв'язками : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Суми, 2017. 20 с.

21. Шемякін О.В. Деякі питання притягнення до кримінальної відповідальності за підкуп особи, яка надає публічні послуги. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2012. № 2. С. 268–275.

22. Павленко С. О. Деякі особливості протидії хабарництву, вчиненому службовими особами, які займають відповідальне становище. Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика) : наук.-практ. журн. 2013. № 2 (30). С. 279–288.

23. Севрук В. Г. Світовий досвід запобігання та протидії корупції: інтеграція України до ЄС. Використання спеціальних знань під час розслідування корупційних правопорушень : матеріали круглого столу (Київ, 20 листопада 2014 р.). Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2014. С. 84–88.

24. Шевчишен А.В. Стан наукових досліджень проблем доказування у кримінальних провадженнях про корупційні злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Вісник кримінального судочинства. 2015. № 4. С. 108–114.

25. Чернега Ю. Підкуп як родове поняття у кримінальному праві України. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 8. С. 144–149.

26. Горпинюк О.П. Деякі шляхи вдосконалення кримінально-правових норм про корупційні злочини та інші посягання, пов'язані зі службовим зловживанням. Науковий вісник. 2016. № 2. С. 275–282.

27. Михайленко Д. Г. Загальні властивості злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Сучасне кримінальне право України: наукові нариси : монографія / за ред. Н. А. Мирошниченко, Є. Л. Стрельцова; передмова С. В. Ківалова. Одеса: Юридична література, 2017. С. 378–400.

28. Дудоров О.О. Кримінально-правові аспекти незаконного збагачення (погляд теоретика в очікуванні судової практики). Юридичний науковий електронний журнал. 2017. № 1. С. 129–142.

29. Ковальов І.С. Об'єкт як елемент складу злочину підкупу працівника підприємства, установи чи організації. Юридичний науковий електронний журнал. 2018. № 1. С. 173–176.

30. Перешивко О.С. Неправомірна вигода як предмет підкупу особи, яка надає публічні послуги. Юридичний науковий електронний журнал. 2018. № 1. С. 184–187.

31. Ніколаєнко Р.О. Неправомірна вигода як предмет підкупу особи, яка надає публічні послуги. Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія «Юридичні науки». 2018. № 5. Том. 29 (68). С. 99–101.

32. Севрук В.Г. Корупційний аспект діяльності організованих груп і злочинних організацій, сформованих на етнічній основі. Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі: матеріали II Міжнар. наук.– практ. конф. (Київ, 8 грудня 2017 р.) / редкол.: В. В. Чернєй, С. Д. Гусарєв, С. С. Чернявський та ін. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2017. С. 321–324.

33. Hwang, M& Lim, K. 2011. Corruption in Arbitration – Law and Reality. Paper presented at the Singapore Management University. Singapore, 2011. URL: http://www.arbitrationcca.org/media/0/13261720320840/corruption_in_arbitration_paper_draft_2 48.pdf.

34. Corruption and public services. D. Hall. November 2012 Public Services International Research Unit (PSIRU). URL: www.psiru.org.

35. Private-to-Private Corruption. A survey on Danish and Estonian business environment (2016) L. Johannsen, K. Hilmer Pedersen, M. Vadi, A. Reino M. Sööt. URL: https://www.korruptsioon.ee/sites/www.korruptsioon.ee/files/elfinder/dokumendid/private-to-private_corruption_final_report_2.pdf.

36. Corruption and Organized Crime in Europe: Illegal Partnerships. P. Gounev and V. Ruggiero. URL: https://books.google.com.ua/books?isbn=0415693624.

В статье изучено состояние научной разработки проблем противодействия преступлениям в сфере служебной деятельности и профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг. Сделан вывод о том, что проблематике противодействия подкупа лица, которое предоставляет публичные услуги, в Украине уделено недостаточно внимания. На основе результатов опросов респондентов выделена приоритетная тематика дальнейших научных разработок по различным аспектам этой проблемы.

Ключевые слова: состояние, разработки, подкуп, публичные услуги, противодействие, преступления, коррупция, совершенствование.

The article examines the state of scientific development of the problems of countering crimes in the sphere of professional activity and professional activities related to the provision of public services. It is concluded that the issue of countering bribery of a person who provides public services in Ukraine is not paid enough attention. Based on the results of surveys, respondents identified priority topics for further scientific research on various aspects of this problem.

Key words: state, development, bribery, public services, counteraction, crimes, corruption, improvement.

УДК 347.412

Вікторія Левківська,
студентка юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

КРИТЕРІЇ ОЦІНКИ ДОКАЗІВ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

У статті розкривається сутність процесу оцінки доказів. Досліджуються критерії оцінки як окремих доказів, так і їх сукупності. Робиться теоретико-методологічний аналіз допустимості та достовірності доказів. Установлюються основні аспекти належності як критерію оцінки доказів. Визначаються проблеми інституту доказування, пов'язані з підходом до оцінки доказів.

Ключові слова: докази, доказування, критерій оцінки доказів, належність доказів, достовірність доказів.

Постановка проблеми. Об'єктивний, усебічний і справедливий розгляд будь-якої справи в судовому порядку можливий виключно за умови всебічного дослідження та вивчення судом обставин, що спричинили правовий конфлікт, способу його протікання та доказів і аргументів сторін у справі. Докази та власне сам процес доказування використовуються сторонами з метою доведення власної правової позиції та правоти, а тому від якості та повноти доказів, їх взаємопов'язаності залежить здатність суду скласти коректне враження про реальне вирішення правового конфлікту.

Об'єктивація самого процесу доказування розкривається через попередню відчуженість, неупередженість і необізнаність судді в деталях правового конфлікту, що виник між сторонами. Для судді в такому конфлікті важливим є пошук істини та встановлення правового порядку в реалізації відносин у подальшому. Цей процес сам по собі складний, особливо коли цивільно-правові спори виникають за обставин неоднозначності законодавчого врегулювання. Отже, саме на доказову базу сторони покладають свої сподівання в питанні доведення суду власної правоти. Суд, оцінюючи логіку доведення та комплекс наданих доказів, повинен винести рішення. Отже, саме від результатів оцінки доказів залежить якість і коректність системного бачення судом обставин і характеру спору, а також шляху його вирішення.

За таких умов питання критеріїв оцінки доказів залишається актуальним, оскільки його теоретичне дослідження покликане спростити практичну діяльність суду з їх оцінки та створити певний методологічний базис коректного сприйняття правової дійсності. Нині є достатня кількість праць, однак в умовах функціонування нового цивільно-процесуального законодавства тема критеріїв оцінки доказів потребує нового погляду.

Оцінка доказів і критерії їх оцінки є чи не найбільш актуальним і досліджуваним питанням цивільного судочинства. Найбільш фундаментально ґрунтовними та системними є праці таких учених, як М.І. Балюк [1], О.Ю. Гусєв [2], Е.С. Зеленяк [3], Т.В. Кучер [4], Д.Д. Луспеник [1], Р.В. Тертишніков [6], С.Я. Фурса, Т.В. Цюра [7] й ін. Але нині майже відсутні роботи, які б розширювали можливість застосування інших, ніж уже визначені цивільно-процесуальним законодавством, критеріїв оцінки доказів у цивільному судочинстві.

Метою статті є аналіз критеріїв оцінки доказів у цивільному судочинстві й критичний погляд на можливості розширення переліку цих критеріїв. Передбачається розкрити сутність критеріїв, які застосовуються для оцінки кожного доказу окремо, і критеріїв для оцінки сукупності доказів.

Виклад основного матеріалу. Оцінка доказів у цивільному судочинстві є важливим процесуальним елементом інституту доказування в цілому. Вона є самостійним цілісним видом пізнавальної діяльності суду, яка повинна ґрунтуватися на певних методологічних засадах для забезпечення уніфікації й однакового підходу до процесу розв'язання правового конфлікту. І хоча сам термін «оцінка» за своїм семантичним значенням стосується переважно висновку щодо можливості та доцільності використання того чи іншого доказу в цивільному процесі, однак саме від умовиводу, який зробить суд у процесі дослідження доказів у такий спосіб, залежить формування кінцевої позиції щодо вирішення спору.

Оцінка як самостійний елемент дослідження доказів є новелою цивільного процесуального законодавства, але не є новим елементом процесу доказування. Насправді й у новій, і в старій редакції ЦПК України

© В. Левківська, 2018

передбачалося, що будь-які фактичні дані, на підставі яких суд може й повинен ухвалити обґрунтоване рішення у справі, підлягають певному дослідженню на етапі первинного відбору для цілей судочинства в конкретній справі. Іншими словами, оцінка доказів передбачалася як певний фільтр для фактичних обставин, що дало б змогу залишити лише ті, які демонструють реальний стан речей у конкретній справі, а також відкинути ті, які використовуються сторонами з метою формування хибного (переважно на їхню користь) уявлення суду щодо обставин справи.

Процес оцінки доказів у цивільному судочинстві відбувається не лише в судах першої інстанції, через що законодавець доводить одразу три тези стосовно важливості доказування:

– оцінка доказів є ключовим елементом для формування уявлення про реальні обставини справи, які суд позбавлений можливості визначити на момент її розгляду в силу того, що час їх фактичного прояву вже минув;

– оцінка доказів відбувається під тиском і впливом сторін, кожна з яких намагається довести свою правоту, тому навіть за умови повної неупередженості є ризики неправильного сприйняття суддями обставин правової реальності;

– методологія й алгоритм оцінки повинні бути уніфікованими та єдиними.

Останнє підтверджується тезами Е.С. Зеленяка, який, спираючись на праці С.М. Михайлова, зазначає, що «цивільному процесуальному праву властивий єдиний спосіб оцінки доказів, який виключає застосування під час перегляду справи якого-небудь особливого, перевірочного методу оцінки. Навіть ураховуючи ту обставину, що свобода внутрішнього переконання суддів – це правило, яке має значення для оцінки доказів судами всіх інстанцій, слід зауважити, що така оцінка, зроблена судами першої інстанції, потребує перевірки правильності» [3, с. 38]. Така позиція пояснюється тим, що якщо є апеляційне провадження, тобто сторона не погоджується з позицією суду в конкретній справі, то причиною хибного чи помилкового рішення суду першої інстанції може бути якраз помилкове судження щодо оцінки доказів, а оскільки така ситуація об'єктивно можлива, то для того, щоб намагатися мінімізувати хибність результатів оцінки доказів, законодавець суттєво розширив критерії такої оцінки.

Відповідно до ст. 89 ЦПК України «суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів. Жодні докази не мають для суду заздалегідь установленої сили. Суд оцінює належність, допустимість, достовірність кожного доказу окремо, а також достатність і взаємний зв'язок доказів у їх сукупності. Суд надає оцінку як зібраним у справі доказам у цілому, так і кожному доказу (групі однотипних доказів), який міститься у справі, мотивує відхилення чи врахування кожного доказу (групи доказів)» [8]. Наведена норма не містить чіткого визначення оцінки доказів як окремої процедури, а лише висуває низку умов її здійснення та критеріїв прийнятності доказів. Через це виникає перше запитання, яке вимагає теоретико-методологічного вирішення: у чому саме проявляється зміст процедури оцінки доказів – у їх прийнятності для подальшого дослідження справи й відхиленні тих, що не будуть братися до уваги судом, чи в наданні кінцевого умовиводу щодо фактичних обставин справи, на якому суддя ґрунтуватиметься під час винесення рішення у справі.

Досліджуючи положення глави 5 ЦПК України «Докази та доказування» й § 1 «Основні положення про докази», можна зробити висновок, що оцінці доказів як окремій процесуальній дії передують такі дії, як збирання доказів, подання їх сторонами, огляд і вивчення доказів судом. Останньою дією є оцінка доказів. Натомість процес дослідження доказів як окрема процесуальна дія суддів пов'язується з особливістю кожного окремого виду доказів, а тому механізми та методологічні критерії його здійснення включаються законодавцем у параграфи 2–7 глави 5 ЦПК України. Таким чином, докази оцінюються лише на предмет того, чи може та чи інша річ або ті чи інші фактичні дані виступати в якості доказів. Критерії оцінки доказів містяться в ст. 89 ЦПК України, аналіз змісту якої дає змогу виокремити критерії оцінювання кожного доказу окремо та їх сукупності в цілому [8]. Так, для кожного окремо взятого доказу законодавець установлює такі критерії, як належність, допустимість, достовірність. Для сукупності доказів, тобто для всієї доказової бази у справі, законодавець установлює такі критерії, як достатність і взаємний зв'язок доказів у їх сукупності. Останнє означає, що докази не повинні суперечити один одному чи створювати ситуацію, за якої можливе неоднозначне розуміння суддею суті правового конфлікту, що розв'язується в судовому порядку.

Зміст наведених критеріїв розкривається в ст. ст. 77–80 ЦПК України, окрім такого критерію, як взаємопов'язаність доказів [8]. Той факт, що законодавець не приділяє на-

лежної уваги цьому критерію, засвідчує його загальновідомість або загальне розуміння суддями, хоча, на нашу думку, взаємозв'язок доказів може бути встановлений логічним шляхом, у процесі пізнання істини у справі та вивчення обставин виникнення цивільно-правового конфлікту. Навіть ті докази, які за своєю природою чи характером на перший погляд можуть здаватися суперечливими, у процесі доказування можуть бути визначені як невід'ємні та логічні обставини справи.

Такий підхід дає можливість говорити про те, що збирання доказів і їх подальше вивчення, дослідження й використання в інтересах розв'язання цивільно-правового спору в суді передбачає наявність двох етапів оцінки: під час збирання або вивчення судом наданих доказів окремо та під час оцінки сукупності доказів, тобто дослідження так званої бази доказування. Важливість оцінки доказів демонструється ще й тим, що, розуміючи це, законодавець суттєво розширив перелік критеріїв її здійснення. Так, ЦПК України в попередній редакції у якості критеріїв містив лише допустимість і належність. Новий же ЦПК України суттєво розширений критеріями достовірності та достатності.

На нашу думку, процесний підхід до оцінки доказів як окремої дії суддів під час здійснення судочинства демонструє необхідність урахування ще одного критерію – неупередженості. Принцип неупередженості стосується всього цивільного процесу та діяльності системи судоустрою в Україні, однак щодо процесу доказування та безпосередньо оцінки доказів неупередженість розуміється не щодо сторін справи, а щодо способу її вирішення чи кінцевого результату, який бачить суддя після отримання позовної заяви.

Модель суспільних відносин, у якій проявився спір між сторонами, унаслідок досвіду та кваліфікації суддів завжди викликає певне ставлення, особливо коли справа може вирішуватися за аналогією чи коли самі обставини справи, на перший погляд, свідчать про можливі порушення встановленого законом способу реалізації своїх прав і обов'язків сторонами конфлікту. Власне, передбачаючи це, законодавець і дає певний час для збору доказів та їх дослідження й використання сторонами в якості засобів доказування власної позиції. Але для того, щоб суддя зміг у повній мірі об'єктивно підійти до розв'язання цивільно-правового конфлікту, необхідним є максимальне дотримання неупередженості як критерію процесу оцінювання доказів. Проте процедурно така неупередженість досягається досить складно, оскільки завжди може мати місце досвід і певне професійне сприйняття дійсності з боку судді.

Повертаючись до аналізу критеріїв оцінки доказів, закріплених безпосередньо в ЦПК України, слід звернути увагу насамперед на критерій належності. Для цілей розуміння сутності цього критерію необхідно звернутися до погляду Т.В. Кучер стосовно того, що «доказ сам по собі, об'єктивно існуючи в пасивному стані, ще не набуває гарантії ефективного судового захисту. Для цього важлива активна участь усіх учасників процесу (як осіб, що беруть участь у справі (сторін, третіх осіб, їх представників), так і інших учасників процесу, головною метою участі яких є допомога у встановленні фактичних обставин справи й позицій тієї чи іншої сторони). Право на судовий захист і докази існують паралельно відносно один одного, доки не виникне факт або усвідомленість порушення, невизнання чи оскарження прав, свобод, інтересів, саме в цей момент вони стають залежними одне від одного, адже підтвердженням прав (обставин) є докази» [4, с. 82]. У цьому розкривається належність доказів, тобто їх фактичне співвідношення з предметом спору.

Так, відповідно до ст. 77 ЦПК України, «належними є докази, які містять інформацію щодо предмета доказування. Предметом доказування є обставини, що підтверджують заявлені вимоги чи заперечення або мають інше значення для розгляду справи й підлягають установленню під час ухвалення судового рішення. Сторони мають право обґрунтовувати належність конкретного доказу для підтвердження їхніх вимог або заперечень. Суд не бере до розгляду докази, що не стосуються предмета доказування» [8]. Останнє засвідчує те, що належність доказу випливає навіть не стільки із самого спору, скільки з предмета доказування. Теоретико-методологічний аналіз співвідношення самого цивільно-правового конфлікту та предмета доказування свідчить про те, що їхній взаємозв'язок розкривається як ціле й окреме. Це означає, що предметів доказування у справі може бути декілька, а тому докази належні тоді, коли вони співвідносні з конкретним предметом доказування.

С.Я. Фурса, розкриваючи зміст критерію належності доказів, ототожнює належність і значимість доказів. На думку дослідниці, за «допомогою доказів повинні бути підтверджені взаємопов'язані з ними істотні обставини, які відповідно до норми матеріального права створюють фактичну основу спірних правовідносин, а допустимими можуть вважатися тоді, коли не порушено процесуальний порядок отримання цього доказу та правильно здійснено оцінку змісту та форми цього доказу» [7, с. 133–134]. Правильність

оцінки досягається, на думку М.І. Балюк і Д.Д. Луспеника, за рахунок того, що належність у якості критерію оцінювання розкриває «сутність доказу, у той час як допустимість – його форму» [1, с. 140].

Але якщо виходити зі змісту ст. 78 ЦПК України, то вбачається, що з твердженням М.І. Балюк і Д.Д. Луспеника слід погодитися за тих обставин, що допустимість як критерій оцінювання стосується доказу як речової форми втілення обставини справи, а не лише способу його отримання. Так, ч. 1 ст. 78 ЦПК України прямо передбачає неможливість прийняття до уваги судом доказів, отриманих із порушенням закону. При цьому ч. 2 цієї ж статті закріплює, що «обставини справи, які за законом мають бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватися іншими засобами доказування» [8]. Отже, законодавець ототожнює критерій допустимості як критерій оцінки доказу з допустимістю як способом отримання доказу в розумінні законності. На нашу думку, ч. 1 ст. 78 ЦПК України доцільно перенести в ч. 3 ст. 76 ЦПК України. Тоді допустимість доказу трактуватиметься однозначно й означатиме лише форму матеріалізації чи форму прояву обставини у справі, яка підлягає доказуванню. Такий погляд підтверджується й результатами дослідження О.Ю. Гусєва, який зазначає, що «вимога допустимості висувається лише до засобу доказування як елемента судового доказу, а не до всього поняття доказу. Обставини цивільної справи в суді мають підтверджуватися засобами доказування. Проте зрозуміло, що факти й обставини можуть підтверджуватися лише інформацією про їхню істинність, зафіксованою в певних формах (засобах доказування), але не самими формами» [2, с. 117–118], тобто допустимість як критерій оцінки доказів стосується все ж таки форми не самого доказу, а засобів доказування тієї чи іншої обставини у справі.

Важливим критерієм оцінки доказів є достовірність. Законодавець у ст. 79 ЦПК України визначає, що «достовірними є докази, на підставі яких можна встановити дійсні обставини справи» [8]. Виходячи з наявності позиції двох сторін (які частіше за все відрізняються), саме достовірність є тим критерієм, який прямо впливає на логіку розгляду справи та вирішення її по суті. Дійсність обставин справи дає уявлення судді про те, у який спосіб, за яких умов, яким чином і з яких мотивів була здійснена певна дія чи відбулася певна подія, унаслідок чого й виник цивільно-правовий спір.

У цьому контексті цікавою є позиція Р.В. Тертишнікова, який зауважує, що «оскільки доказова діяльність є логіко-практичною правовою діяльністю, із боку норм процесуального права вона структурується, тобто з боку правових норм визначається певне взаєморозташування і зв'язок її складових частин, якими є стадії, тобто певні ступені, етапи, фази її розвитку, які є елементами структури доказової діяльності. Однак слід застерегти, що виокремлення певних стадій доказової діяльності є доволі умовним» [5, с. 235–237]. Але в той же час дослідник указує, що «доказування вибудовується на результаті оцінки доказу, що має своє логічне продовження в умовиводі, зробленому суддею. Логіка такого процесу завжди залежить від доказів» [6, с. 77–79]. Фактично він акцентує увагу на тому, що саме достовірність доказу і є вихідним елементом побудови логіки позиції суду під час розв'язання справи (не під час установлення обставин її здійснення, а саме під час вирішення). Це означає, що достовірність як критерій оцінки доказів дає змогу встановити таку модель існування обставин у справі, яка є єдино можливою та логічно обґрунтованою в умовах, викладених сторонами та з'ясованих судом.

Таким чином, ми приходимо до висновку, що такі критерії, як належність, допустимість і достовірність у своїй сукупності й формують критерій достатності. Отже, оцінивши кожен окремий доказ, суд, переходячи до вирішення справи по суті, фактично визначається з тим, що надані чи отримані докази у своїй сукупності є достатніми для вирішення справи. Такий умовивід судді на етапі оцінки доказів, на нашу думку, є досить передчасним, оскільки, не переходячи до дослідження природи конфлікту, суддя визначається лише з тими обставинами, які його спричинили чи в яких обставинах такий конфлікт протікав.

Якщо ж звернутися до положень ЦПК України, то відповідно до ст. 80 «достатніми є докази, які у своїй сукупності дають змогу дійти висновку про наявність або відсутність обставин справи, які входять до предмета доказування. Питання про достатність доказів для встановлення обставин, що мають значення для справи, суд вирішує відповідно до свого внутрішнього переконання» [8]. Сам зміст указаної норми демонструє умовність застосування цього критерію, оскільки суд вирішує питання достатності відповідно до свого внутрішнього переконання, а це може означати те, що суд склав враження про обставини справи та про суть конфлікту вже на етапі оцінки доказів, що в подальшому може трактуватися як упередженість. І хоча така упередженість не буде створювати за своєю природою особливе ставлення до якоїсь зі

сторін спору, однак вона буде впливати на подальший процес вирішення справи.

Висновки

Підбиваючи підсумки проведеного аналізу, слід наголосити на деяких найбільш ключових аспектах проблеми оцінки доказів у цивільному судочинстві. По-перше, установлено, що критерієм доказу є сукупність вимог, що визначають можливість віднесення будь-яких даних до категорії «доказ» і використання доказу як такого в цивільному судочинстві. Критеріями оцінки є стандарти, правила й процедури, за якими відбувається вирішення питання щодо можливості застосовувати той чи інший юридичний факт у якості доказу в цивільному судочинстві.

По-друге, установлено, що новий ЦПК України суттєво розширює критерії оцінки доказів, додаючи до належності та допустимості ще й критерії достовірності, достатності, взаємопов'язаності. Так, критерій належності означає, що певні дані містять у собі інформацію щодо предмета доказування та можуть у такий спосіб сформувати інформаційну картину для вирішення спору по суті. Натомість критерій достовірності означає, що такі дані, які визнані належними, мають бути правдивими. Допустимість доказу – це характеристика ознаки способу отримання фактичних даних, які розкривають предмет доказування чи мають до нього відношення й отримані в законний спосіб. Критерій достатності доказів стосується їх сукупності, оскільки означає здатність доказів сприяти суду можливості дійти висновку щодо предмета доказування, зробивши висновок стосовно наявності чи відсутності в такій сукупності даних підтверджень чи спростувань обставин справи. По-третє, зазначається, що ЦПК України містить певний поділ критеріїв оцінки доказів. Так, для оцінки кожного доказу законодавець установлює критерії належності, допустимості, достовірності; для сукупності доказів – критерії достатності й взаємопов'язаності. По-четверте, робиться спроба теоретико-методологічного уточнення критерію допустимості шляхом віднесення вимоги законності отримання доказів до загальних підстав доказування.

Список використаних джерел:

1. Балюк М.І., Луспеник Д.Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях): коментарі, рекомендації, пропозиції. Харків, 2008. 708 с.

2. Гусєв О.Ю. Співвідношення понять доказів і засобів доказування. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2016. Вип. 37(1). С. 116–120.

3. Зеленяк Е.С. Оцінка доказів у цивільному процесі судами вищестоящих інстанцій. Адвокат. 2013. № 2(149). С. 38–43.

4. Кучер Т.В. Належність та допустимість як критерії оцінки доказів. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. 2012. Вип. 91. С. 80–83.

5. Тертишніков Р.В. Деякі теоретичні та практичні проблеми доказового права в Україні. Державне будівництво та місцеве самоврядування. 2013. Вип. 25. С. 233–245.

6. Тертишніков Р.В. Доказування і докази в цивільному судочинстві України: наук.-практ. посіб. Харків: ФІНН, 2009. 88 с.

7. Фурса С.Я., Цюра Т.В. Докази і доказування у цивільному процесі. Київ: Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2005. 256 с.

8. Цивільний процесуальний кодекс України: Кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#n6586 (дата звернення: 19.11.2018 р.).

В статье раскрывается сущность процесса оценки доказательств. Исследуются критерии оценки как отдельных доказательств, так и их совокупности. Делается теоретико-методологический анализ допустимости и достоверности доказательств. Устанавливаются основные аспекты принадлежности как критерия оценки доказательств. Определяются проблемы института доказывания, связанные с подходом к оценке доказательств.

Ключевые слова: доказательства, доказывание, критерий оценки доказательств, принадлежность доказательств, достоверность доказательств.

The thesis are reveal to the essence of the process of assessing evidence. There were discovered the criteria for evaluating both individual evidence and their totality. It was also done the theoretical-methodological analysis of the admissibility and reliability of evidence. The main aspects of belonging as a criterion for evaluating evidence were established. There were disclosed the problems of the institution of evidence which are connected with the approach to the evaluation of evidence.

Key words: evidence, proof, criterion for assessing evidence, belonging to evidence, reliability of evidence.

УДК 341.9(07)

Оксана Волощук,
канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри міжнародного та митного права
Чернівецького юридичного інституту
Національного університету «Одеська юридична академія».

Максим Гетманцев,
канд. юрид. наук, старший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

ВІДВІД АРБІТРА В МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

У статті досліджуються підстави та процедура відводу арбітра Міжнародного комерційного арбітражу. Зокрема, на підставі аналізу зарубіжного досвіду пропонуються зміни і доповнення до вітчизняного законодавства про арбітраж.

Ключові слова: арбітр, відвід, міжнародний комерційний арбітраж, арбітражний процес, арбітражне рішення.

Постановка проблеми. Ріст і прискорення міжнародного товарообміну спричиняє посилення ролі міжнародного комерційного арбітражу, оскільки ця форма розгляду комерційних спорів зовнішньоекономічного характеру має низку переваг порівняно з вирішенням конфліктів державними судами. Серед них – те, що сторони мають можливість обирати компетентний склад арбітрів чи арбітра для вирішення спору. Тому власне фігура арбітра є надзвичайно важливою і до неї пред'являються інколи підвищені вимоги, ніж це відбувається під час відбору кандидатів до суддівського корпусу.

Тому, як правило, арбітри є висококваліфікованими фахівцями з багатим практичним досвідом та бездоганною репутацією. Разом із тим ці особи залишаються людьми, і їм теж притаманні почуття, емоції чи певна поведінка, яка може викликати сумніви щодо їхньої незалежності, неупередженості чи навіть компетентності чи досвідченості. З огляду на це, інколи сторона процесу може сумніватися в тому, чи насправді буде винесено справедливе рішення. І хоча з кожним роком національне законодавство, регламенти інституційних арбітражних центрів та міжнародно-правові акти щодо процедури розгляду спорів у рамках арбітражу стають більш досконалими, це не виключає наявність у них певних захисних механізмів щодо таких ситуацій, які мають місце в арбітражній практиці. До одного із таких захисних механізмів прийнято відносити процедуру відводу арбітра.

Метою цієї статті є дослідження підстав та порядку відводу арбітра в Міжнародному комерційному арбітражі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Нині процедура відводу арбітра є неодмінною частиною внутрішнього національного законодавства про арбітраж у більшості країн світу. Дослідження актуальних проблем, пов'язаних із процедурою відводу арбітра та правовим статусом арбітра, були предметом дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних учених, таких як: Е.В. Брунцева, Ю.В. Білоусов, В.М. Коссак, В.В. Комаров, В.Н. Погорецький, С.В. Николюкин, С.Н. Лебедєв, Ю.Д. Притика, В.І. Нагнибіда, В.М. Конащук, М.Г. Розенберг, М.В. Селіванов, О.В. Сіткарьова, І.О. Хлестова, Г.А. Ціра та інші.

Зважаючи на те, що міжнародний комерційний арбітраж – ефективний засіб вирішення спорів без звернення до судових органів, участь арбітрів у процесі вимагає, щоб їхня аргументація та оцінка доказів були бездоганними.

Водночас сторона процесу може вважати, що арбітр упереджений, залежить від іншої сторони або не досить компетентний, щоб ухвалити справедливе рішення. Незважаючи на велику кількість арбітражних правил, більшість із них мають положення стосовно спеціальної процедури, передбаченої для таких випадків. Ідеться про **відвід арбітрів**: якщо аргументи сторони визнають обґрунтованими, арбітра усувають від процесу. Дане правило дозволяє стороні уникнути неви-

© О. Волощук, М. Гетманцев, 2018

гідного становища або отримати тактичну перевагу над опонентом (наприклад, заяву про відвід арбітра можуть подавати для того, щоб виграти час). Хоча згідно з більшістю арбітражних правил заперечення щодо порушення прав сторони не приймається, якщо його не заявили вчасно [1].

Більшість інституційних арбітражних правил і національних законів про міжнародний комерційний арбітраж, у тому числі Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України, містять положення щодо відводу арбітрів. Текст українського Закону відповідає тексту Типового закону про міжнародний комерційний арбітраж, затвердженого Комісією ООН з міжнародного торговельного права (ЮНСІТРАЛ, UNCITRAL), згідно з яким відвід арбітру можливий, якщо є обґрунтовані сумніви в неупередженості або незалежності особи арбітра. Аналогічні положення містяться у законодавстві Німеччини, Нідерландів, Бельгії, а також інших країн, які поклали Типовий закон в основу національного закону про міжнародний комерційний арбітраж. У Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами й іноземними особами від 18 травня 1965 р. (Вашингтонській конвенції) прописано, що сторона арбітражного процесу може пропонувати дискваліфікацію арбітра, зокрема, через відсутність у нього компетенції, необхідної для винесення того чи іншого рішення. Крім цього, процедура відводу може бути встановлена за домовленістю сторін в угоді. А у разі відсутності такої домовленості за законодавством країни – місця проведення арбітражу – міжнародним регламентом або ж регламентом конкретного постійно діючого міжнародного комерційного арбітражу, до якого звернулися сторони [2, с. 75].

Здебільшого відвід заявляється арбітрам, призначеним іншою стороною. Спроби відводу голови або одноособового арбітра трапляються набагато рідше й зазвичай мають місце у разі виявлення яких-небудь минулих його зв'язків з однією зі сторін. Сторона, що призначила арбітра, може заявити йому відвід тільки з причин, які стали їй відомі після зробленого призначення. Більшість національних арбітражних законів й арбітражних регламентів не містить вичерпного переліку ситуацій, за яких арбітрові може бути заявлений відвід. Так, наприклад, Суд МТП може задовольнити клопотання про відвід з будь-яких підстав, які він буде вважати достатніми.

Загалом можна сказати, що підставами для відводу арбітрів, відповідно до більшості арбітражних регламентів, служать обставини, які «свідчать про недостатню незалежність» (МТП), «зухвалі обґрунтовані сумніви стосовно їх незалежності й неупередженості» (ААА, ЛМАС, Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ), «викликають обґрунтовані сумніви в їхній неупередженості або незалежності, зокрема, коли можна припустити, що вони особисто, прямо або опосередковано зацікавлені у результаті справи..., а також у разі, якщо арбітр не має кваліфікацію, обумовлену угодою сторін» (МКАС) [3, с. 136– 137].

С.В. Ніколюкін виділяє такі підстави для відводу арбітрів: а) фінансова залежність, підпорядкованість і інші професійні відносини арбітра з однією зі сторін; б) одна і та ж національність у арбітра і однієї зі сторін; в) упередженість або раніше висловлена думка; г) судові прецеденти [4, с. 184]. При цьому він акцентує увагу на тому, що у більшості країн встановлений дуже короткий термін для заяви відводу для того, щоб цей крок не викликав істотної затримки арбітражного процесу. Згідно з Регламентом МКАС відвід арбітру може бути заявлено протягом 15 днів після того, як стороні стало відомо про сформування складу арбітражу або про обставини, які можуть служити підставами для відводу (§ 18). Такий же термін встановлений в ЛМАС, Арбітражному регламенті ЮНСІТРАЛ, Міжнародному арбітражному регламенті ААА і ряді інших. МТП і Арбітражний інститут Стокгольмської торгової палати передбачають 30-денний термін, а ICSID наказує заявити відвід «негайно і в будь-якому разі до того, як процес буде оголошений закритим» (правило 9 Правил арбітражного розгляду спорів ICSID).

Пропонуємо більш детально проаналізувати вказані підстави відводу арбітрів.

1. *Фінансова залежність, підпорядкованість та інші професійні відносини арбітра з однією зі сторін.*

Випадки, коли компанії призначають арбітрами своїх співробітників, трапляються рідко. Питання частіше постає щодо роботи арбітра в компанії, пов'язаної зі стороною в спорі. Так, посадову особу холдингу, що контролює компанію – сторону в спорі, навряд чи можна вважати незацікавленою у результаті справи, і тому є всі підстави для заявлення їй відводу.

Юрист, що регулярно консультує одну зі сторін, не може бути арбітром без згоди обох сторін. Ця обставина є підставою для його відводу. Однак, якщо відносини між юристом і стороною спору були незначні або нетривалі, у відводі може бути відмовлено. Інша ситуація, коли юрист є партнером у великій юридичній фірмі. Навіть якщо

він особисто не мав і не має ніяких зв'язків зі сторонами, його можуть відвести, якщо один із членів фірми консультував сторону, що призначила даного арбітра, навіть щодо питань, що не стосуються предмета спору. Теоретично можливий конфлікт інтересів: юридична фірма, у якій арбітр працює й має прямий фінансовий інтерес, отримує прибуток від триваючих відносин зі стороною спору, й рішення арбітражу не на її користь може зашкодити цим відносинам. Навпаки, в арбітражі за участю держави арбітр навряд чи буде відведений тільки на тій підставі, що він державний службовець, крім тих випадків, коли організація, де працює арбітр, прямо підлегла державному органу або підприємству, що є стороною в спорі.

Якщо фінансові або трудові відносини припинені, можна не побоюватися, що арбітр піддасться тиску з боку одного з учасників процесу.

Однак якщо зв'язок арбітра зі стороною був тривалим, то це все-таки може вплинути на його позицію. Проте відводи з причини минулих фінансових або професійних відносин трапляються не часто.

У справі по спору між *«Юніверсал Пікчерс»* й *«Інекс Філмс енд Інтер-Експорт»* американська сторона призначила своїм арбітром американського юриста, що практикує в Лондоні. У резюме, що було передано іншій стороні, він указав, що п'ять років тому був корпоративним юрист-консультом материнської компанії позивача (у якої була інша назва). Заперечень із боку відповідача не було. У ході арбітражного процесу рішення було винесено на користь позивача. Відповідач звернувся у французький суд із клопотанням про скасування рішення у тому числі й на цій підставі. Суд у задоволенні клопотання відмовив, відзначивши, що відповідач знав про минулі зв'язки позивача з арбітром і не заперечував проти його призначення, що немає ніяких відомостей про упереджене відношення арбітра до однієї зі сторін. Нарешті, того факту, що арбітр п'ять років тому працював на материнську компанію позивача, не досить для обвинувачення його в залежності від нього, насамперед тому, що відсутні які-небудь відомості про його зв'язок із цією корпоративною групою після виходу із неї [5, с. 161].

2. Однакова національність арбітра й однієї зі сторін.

На цій підставі може бути відведений тільки одноособовий арбітр або арбітр-голова, але не призначені сторонами арбітри. Сторони вправі (у разі відсутності угоди про інше) призначити арбітром будь-яку особу, у тому числі громадянина своєї власної країни. Що стосується голови, то він найчастіше походить із третьої, нейтральної країни. У деяких випадках сторони намагаються відвести голову на тій підставі, що він проживає в державі, громадянином якого є представник однієї зі сторін, або ж має соціальні, культурні або сімейні зв'язки з громадянами цієї держави. Зазвичай спроби відводу з таких обставин не вдаються. Проте в одній справі МТП виявилося, що голова-італієць має друге громадянство – США, звідки походила одна зі сторін спору. Відвід, заявлений на цій підставі, був задоволений. Трохи складніше відбувається справа з «національністю» компаній. Уважається, що компанія походить із тієї країни, де вона зареєстрована. Наявність у неї відділення в країні, звідки обраний голова, не є підставою для його відводу.

3. Упередженість або раніше висловлена думка.

Безсумнівною підставою для відводу арбітра є раніше висловлена ним думка по справі. У цій ситуації вважається, що арбітр не може підходити до розгляду спору неупереджено, оскільки має по ньому вже сформовану свою позицію.

Ряд арбітражних центрів, зокрема МТП, уникає призначення як голів складів арбітражів осіб, які привселюдно висловлювали погляди щодо яких-небудь політичних/економічних питань, що стосуються арбітражу (наприклад, із приводу націоналізації в якій-небудь країні). Висловлення ж наукової думки в академічній публікації може й не бути підставою для відводу.

Іноді робляться спроби відводу арбітра на тій підставі, що цей арбітр уже виконує або раніше виконував аналогічні функції в іншій справі за участю тієї ж сторони (вже згадуване рішення від 9 червня 2010 р. у справі № Т 156-09 за позовом компанії «Korsnäs Aktiebolag» проти «AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad»[6]). Сама по собі діяльність як арбітра в іншій справі не може слугувати причиною для відводу, проте така обставина повинна бути неодмінно розкрита самим арбітром якомога раніше.

4. Судові прецеденти.

Сторони, намагаючись відвести арбітра, часто посилаються на національні судові прецеденти стосовно відводу суддів у цивільних справах. Справді, роль судді й арбітра схожі, як і, в принципі, подібні й підстави для їх відводу. Оскільки головне в арбітражі – це виконуваність арбітражного рішення, то, як правило, до заяв про відвід, мотивованих судовими прецедентами, ставляться з увагою [5].

Процедура відводу арбітрів у різних країнах й у різних арбітражних центрах може бути різна. Вона регулюється національним

арбітражним законодавством, арбітражним регламентом, про застосування якого домовилися сторони, або угодою сторін. Відвід може бути заявлений як до початку арбітражного процесу, так й у ході його. У більшості країн установлений дуже короткий строк для заяви відводу для того, щоб цей крок не викликав істотної затримки арбітражного процесу. Відповідно до регламенту МКАС, відвід арбітрові може бути заявлений протягом 15 днів після того, як стороні стало відомо про формування складу арбітражу або про обставини, які можуть служити підставами для відводу (ч. 2 п. 1 § 24). Такий же строк установлений у ЛМАС, Арбітражному регламенті ЮНСІТРАЛ, Міжнародному арбітражному регламенті ААА і ряді інших. МТП й Арбітражний інститут Стокгольмської торговельної палати передбачають 30-денний строк, а ICSID пропонує заявити відвід «негайно й у кожному разі до того, як процес буде оголошене закритим» (правило 9 Правил арбітражного розгляду споровши ICSID).

Практика виробила два основних способи вирішення питання про відвід арбітра: самим складом арбітражу й третьою особою (арбітражною установою, компетентним органом або судом). Третій, нетиповий, підхід, що поєднує елементи перших двох, передбачений Вашингтонською конвенцією й практикується в режимі ICSID.

Представником першого підходу може бути Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації. Відвід арбітра провадиться тут у такий спосіб: протягом 15 днів після формування складу арбітражу або після того, як стороні стали відомі обставини, що служать підставою для відводу, вона надсилає складу арбітражу заяву про відвід арбітра із вказівкою мотивів. Якщо арбітр не бере самовідвід, питання вирішується іншими членами складу арбітражу. Якщо між ними не буде досягнуто згоди або якщо відвід заявлений проти двох арбітрів або проти одноособового арбітра, рішення приймається Президією МКАС.

Другий підхід реалізують Міжнародна торговельна палата, Американська арбітражна асоціація, Лондонський міжнародний арбітражний суд, Арбітражний інститут Стокгольмської торговельної палати й Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ.

Розглянемо процес відводу арбітра на прикладі МТП. Сторона, що бажає відвести арбітра, може зробити це протягом 30 днів після повідомлення про призначення арбітра або ж протягом 30 днів після того, як їй стало відомо про обставини, що є підставами для відводу [7]. У заяві, що направляється Генеральному секретареві Суду МТП, повинні бути зазначені ці факти й обставини. У строки, встановлені Судом, арбітр вправі надати свої пояснення, окрім того, інші арбітри також можуть висловити свою думку. Рішення з приводу відводу приймається на пленарному засіданні Суду МТП. Після доповіді одного з членів відбувається обговорення справи. Рішення Суду є остаточним й оскарженню не підлягає, а підстави його сторонам не повідомляються.

Відвід арбітра в ICSID, як ми вже відзначали, має свої особливості. Сторона, що бажає дискваліфікувати арбітра (саме цей термін уживається в офіційному англійському тексті Вашингтонської конвенції), направляє мотивовану пропозицію Генеральному секретареві ICSID. Ця пропозиція передається потім всім членам складу арбітражу й іншій стороні в спорі, а якщо вона стосується одноособового арбітра або більшості арбітрів, то й Голові Адміністративної ради ICSID. Арбітр, якому заявлений відвід, може «без затримки» представити свої пояснення. Рішення із приводу відводу, заявленого одному з членів складу арбітражу, приймається іншими двома арбітрами за його відсутності. Якщо голоси арбітрів розділилися, рішення приймається Головою Адміністративної ради ICSID. Він же вирішує питання у разі заяви відводу одноособовому арбітрові або більшості складу арбітражу [8].

Справа у спорі корпорації «АМКО Азія» з Республікою Індонезія» демонструє прийнятий у міжнародному комерційному арбітражі зважений підхід у вирішенні питання про відвід арбітра. У цій справі відповідач (Індонезія) зробив спробу відвести призначеного позивачами арбітра на тій підставі, що в останнього були сталі зв'язки з представниками позивачів. Арбітр ще до свого призначення розкрив усі обставини цих зв'язків, і два інших арбітри, що розглядали питання про відвід, дійшли висновку, що вони є незначними й не можуть «похитнути довіру» до арбітра, і тому в задоволенні заяви про відвід відмовили.

Арбітр, якому заявлений відвід, може не чекати рішення по ньому й узяти самовідвід, причому деякі національні арбітражні закони й регламенти арбітражних центрів особливо підкреслюють, що такий крок арбітра не свідчить про обґрунтованість відводу. Водночас самовідвід арбітра за нічим не підтвердженими обвинуваченнями може лише наштовхнути сторону на продовження дій, що перешкоджають проведенню арбітражу. Тому в тому разі, коли відвід заявлений без достатніх на те підстав, арбітрові краще чека-

ти винесення рішення з питання про відвід. Водночас, якщо обидві сторони процесу погодилися, що арбітр повинен взяти самовідвід, він не може заперечувати проти такого рішення.

Чи припиняє заява про відвід арбітра арбітражний процес? Питання це вирішується по-різному в різних країнах. У багатьох із них, поки заява про відвід арбітра очікує свого вирішення – будь-то рішення третьої особи або ж самого складу арбітражу, арбітри можуть продовжувати слухання справи й навіть винести рішення (див., наприклад, ст. 13 російського Закону; аналогічне правило діє в Австрії й Швеції). В інших державах законодавство передбачає призупинення арбітражного процесу, але при цьому встановлює дуже короткі строки для заяви відводу (наприклад, 10 днів на звернення до суду в Бельгії; якщо сторона пропускає цей строк, арбітражний процес відновлюється). Таке ж правило передбачене в ICSID, де процес припиняється у разі заяви відводу, однак при цьому питання про відвід повинно бути розглянуто двома членами складу арбітражу «негайно», а Голові Адміністративної ради для ухвалення рішення дається 30 днів [3, с. 138].

Судове втручання у вирішення питань про відвід у більшості країн із розвиненим арбітражним законодавством має місце досить рідко. Зазвичай судовий контроль здійснюється тільки після винесення арбітражного рішення, оскільки більш раннє втручання судів перешкоджає досягненню головної мети арбітражу – швидкому й остаточному вирішенню спорів.

Так, наприклад, у Франції суди вправі вирішувати тільки питання про анулювання арбітражного рішення у справі. Паризький апеляційний суд виробив чітку позицію: рішення про відмову у відводі арбітра по суті своїй не є арбітражним або судовим рішенням і тому не вимагає обґрунтування. Тому якщо до цього суду все-таки потрапляє скарга незадоволеної сторони, то функції суду обмежуються тільки перевіркою дотримання у вирішенні питання про відвід Регламенту МТП.

Водночас треба відзначити, що в низці країн саме суди вповноважені вирішувати питання про відвід арбітрів. Як приклад можна назвати Бельгію, Італію й Нідерланди. Швейцарський Закон про міжнародне приватне право 1987 р. передбачає, що у випадку спору й за відсутності угоди сторін про порядок відводу арбітрів (яким може служити вказівка на застосування регламенту певної арбітражної установи або іншого арбітражного регламенту, наприклад ЮНСІТРАЛ) рішення про відвід приймається судом за місцем проведення арбітражу. До прийняття цього закону в 1987 р. тільки суди були вправі вирішувати питання відводу арбітрів, що призводило до значного подовження арбітражного процесу. Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж також покладає кінцеве рішення питання про відвід арбітра на суд у тому разі, якщо, коли закон упроваджується в дію у певній державі, не буде передбачений інший орган (яким, наприклад, у Росії є Голова ТПП Російської Федерації).

На практиці найчастіше спроби відводу застосовуються не внаслідок реальних сумнівів у незалежності або неупередженості арбітра, а із суто тактичних міркувань – **прагнення затягти арбітражний процес.** Вони рідко вдаються, оскільки довести висунуті проти арбітра обвинувачення буває не легко. Такі спроби досягають мети в іншому сенсі: на вирішення питання про відвід може піти тривалий час.

Водночас не можна констатувати, що всі або більшість заявлених відводів не мають під собою іншої підстави, ніж **прагнення одержати процесуальні переваги й ускладнити арбітраж для іншої сторони**. До будь-якої заяви про відвід варто підходити з максимальною увагою для того, щоб, з одного боку, не залишити без уваги обґрунтовані сумніви сторони в можливості певної особи служити в якості незалежного й безстороннього арбітра, а з іншого боку, щоб необґрунтовані обвинувачення зацікавленої сторони не привели до відсторонення від участі в справі в усьому гідного фахівця.

Як видається, вирішуючи питання про заяву відводу арбітрові, сторона повинна зважити всі наслідки такого кроку. Невдала спроба відводу, розпочата у вигляді процесуального маневру, призведе до того, що сторона, швидше за все, одержить у складі арбітражу щонайменше одну недоброзичливо налаштовану до неї особу. З іншого боку, обґрунтований відвід арбітра, прямо або опосередковано зацікавленого у результаті справи, може запобігти винесенню неправосудного рішення, виконанню якого згодом буде досить складно перешкодити.

І нарешті, слід зазначити, що Правила арбітражу Міжнародної торгової палати (ICC), Правила арбітражу Міжнародної асоціації повітряного транспорту (IATA), Типовий закон ЮНСІТРАЛ, Правила арбітражу Комісії з міжнародного торговельного права, Всесвітньої організації інтелектуальної власності, Лондонського міжнародного арбітражного суду, Арбітражного інституту Стокгольмської торгової палати, а також Ки-

тайської комісії міжнародного економічного та торговельного арбітражу покладають на особу, яку пропонують призначити арбітром, *обов'язок повідомити про будь-які обставини, які можуть викликати обґрунтовані сумніви в її неупередженості або незалежності*. З моменту призначення і протягом усього арбітражного розгляду арбітр також повинен без зволікання повідомляти сторони про такі обставини. Аналогічну норму містять і Правила арбітражу Міжнародної торгової палати, але вони визнають підставою для відводу лише залежність арбітра. Водночас Правила арбітражу Міжнародної асоціації повітряного транспорту не містять положень щодо обов'язку повідомляти про обставини, які можуть викликати обґрунтовані сумніви в неупередженості або незалежності майбутнього чи дійсного арбітра [9].

Незалежність і неупередженість згадуються в багатьох правилах міжнародного комерційного арбітражу. Що ж означають ці поняття? Зв'язок з однією зі сторін процесу, безперечно, робить мотивацію арбітра суперечливою та перешкоджає його обов'язку винести справедливе рішення. Незалежність арбітра слід встановлювати шляхом аналізу об'єктивних зв'язків між ним і стороною – фінансових, особистих, професійних тощо, як прямих, так і опосередкованих. Вочевидь, такий зв'язок є тоді, коли між стороною (або свідком) та арбітром мала місце домовленість про майбутнє працевлаштування, арбітр консультував одну зі сторін – учасниць процесу, є власником акцій її афілійованих осіб або декілька разів поспіль призначався нею під час обрання арбітражу.

Як зазначають автори Керівних принципів Міжнародної асоціації юристів, розвиток міжнародного бізнесу ускладнює визначення конфлікту інтересів у міжнародному арбітражі (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration) [10]. Участь у ньому потребує спеціальних знань у тій чи іншій галузі, і цілком імовірно, що арбітр матиме певні зв'язки зі стороною через його активну професійну діяльність (справа AT & T Corp. v Saudi Cable Co.). У цьому разі навіть трудові зв'язки з кредитором однієї зі сторін можуть бути підставою для того, щоб говорити про залежність арбітра (справа Forges et Ateliers de Commentry Oissel v Hydrocarbon Engineering). Але через глобалізацію бізнесу віддалені професійні зв'язки часто неминучі. Наприклад, участь в одних і тих самих професійних асоціаціях є надуманою підставою для відводу арбітра (справа Hunt v Mobil Oil Corp.), адже відвід через наявність далеких зв'язків зі сторонами позбавить їх права формувати трибунал із професіоналів, найобізнаніших у певній вузькій галузі. Соціальні та родинні зв'язки також можуть перешкоджати незалежності арбітра. Наприклад, арбітр, дружина якого працювала помічником радника однієї зі сторін, не був визнаний незалежним (справа Centrozap v Orbis).

Щоб запобігти конфліктам інтересів, Правила етики арбітрів Міжнародної організації юристів (IBA Rules of Ethics for International Arbitrators) встановлюють, що протягом арбітражного процесу арбітр має уникати будь-якого одностороннього спілкування зі сторонами або їхніми представниками, а якщо воно мало місце – повідомити про зміст спілкування іншу сторону. У свою чергу, неупередженість арбітра передбачає суб'єктивний чинник, а саме, що світосприйняття та кваліфікація арбітра дозволяють йому виносити справедливі рішення. Упередженість виникає, коли арбітр виявляє прихильність до однієї зі сторін до закінчення процесу і винесення рішення у справі. Як приклад можна навести ситуацію, коли арбітр до завершення процесу висловив особисту думку щодо спору в науковому виданні та безпосередньо під час арбітражного засідання (справа Catalina v Norma, King's Bench Division), що, поза сумнівом, свідчить про його упередженість. Громадянство або національна приналежність арбітра не можуть бути підставами для відводу. Хоча деякі арбітражні правила, наприклад Правила ЛМАС або Вашингтонська конвенція, щоб запобігти упередженості арбітрів, встановлюють додаткові обмеження щодо їх призначення за національною ознакою. Якщо ж призначення відбулося без порушення правил, відвід арбітра можливий лише тоді, коли його фактична поведінка під час процесу свідчить про упередженість, незважаючи на його громадянство чи національну приналежність.

Узагальнюючи все вищенаведене, зазначимо, що вітчизняне законодавство про міжнародний комерційний арбітраж потребує змін та доповнень.

По-перше, слід було б визнати, що розгляд справи в порядку арбітражного судочинства не може здійснюватися складом арбітражу, до якого входять особи, що перебувають у родинних стосунках. Інакше неминуче виникає питання про самостійність арбітрів, про те, чи неупереджений суд, який повинен бути заснований на повній незалежності осіб, що до нього входять. Це пов'язано з тим, що всі арбітри беруть участь у голосуванні під час прийняття рішення і, природно, родинні відносини можуть самим безпосереднім чином позначитися на результатах такого голосування.

По-друге, у Законі про арбітраж не встановлено, в якій формі особа повинна заявити про наявність обставин, які є підставою для відводу від виконання обов'язків арбітра.

По-третє, також у Законі не встановлено, в якій формі відбувається прийняття рішення про відведення арбітра. Видається, що заява про відвід може бути зроблена зацікавленою особою як у письмовій, так і в усній формі. Що стосується судового акта, яким оформляється прийняття рішення про результати розгляду такої заяви, то таким актом найлогічніше має бути ухвала про задоволення заяви про відвід чи про відмову у задоволенні заяви про відвід.

По-четверте, зафіксувати положення про те, що право заявлення відводу обраному арбітру належить стороні тільки в тому разі, якщо ті обставини, які наводяться нею як підстави для відводу, стали відомі цій стороні після обрання нею відведеного арбітра. Якщо такі обставини були відомі стороні до обрання відведеного арбітра, то сторона має право заявляти відвід арбітру. У цій нормі, так би мовити, була би вже закладена певна санкція, яка б наставала, якщо особа, яка бере участь в арбітражному розгляді, недобросовісно поводила б себе в процесі. Зумовлено це тим, що якщо сторона обирає арбітра, знаючи про наявність перешкод, то на такий стороні і лежить ризик скасування компетентним державним судом винесеного на її користь рішення за такою підставою, як незаконність складу арбітражу, який прийняв рішення по справі.

Інститут відводу арбітра повинен бути гарантією неупередженого розгляду спору, переданого на вирішення міжнародного комерційного арбітражу, а тому сприйняття запропонованих змін і доповнень, з нашого погляду, могло б частково цьому сприяти.

Список використаних джерел:

1. Відвід арбітрів у міжнародному комерційному арбітражі: упередженість і залежність від сторін. URL: http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=121658 (дата звернення 20.11.2018)
2. Комаров В. В., Погорецкий В. Н. Международный коммерческий арбитраж. Харьков: Право, 2009. 164 с.
3. Волощук О. Т. Міжнародний комерційний арбітраж: навч. посіб. Чернів. нац. Ун-т ім. Ю. Федьковича. Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2011. 260 с.
4. Николюкин С. В. Международный коммерческий арбитраж. М.: Юстицинформ, 2009. 270 с.
5. Брунцева Е. В. Международный коммерческий арбитраж: учебное пособие для юридических вузов. М., 2001. 368 с.
6. Верховний суд Швеції розглянув питання про відвід арбітра на підставі його кількаразових призначень однією зі сторін. URL: http://vkp.ua/ua/publications/articles/vidvid_suddi_noviy_mekhanizm_zatyaguvannya/ (дата звернення: 22.11.2018)
7. Арбітражний регламент МТП. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_059 (дата звернення 01.11.2018)
8. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами від 18 травня 1965 р.: ратифікована Законом України № 1547-III (1547-14) від 16.03.2000. Відомості Верховної Ради України. 2000. № 21. Ст. 161.
9. Руководящие принципы Международной Ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже: одобрены 22 мая 2004 г. Советом Международной ассоциации юристов. URL: https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=601BFA34-F5E6-4CD8-A4C1-D1C0BDF4CEBE.

В статье анализируются такие новеллы гражданского процессуального, хозяйственного процессуального и административного процессуального права, как привлечение в судебное производство эксперта в отрасли права и его заключение по результатам произведенного исследования.

Ключевые слова: эксперт в отрасли права, заключение эксперта в отрасли права, судебная экспертиза, процессуальное право.

The article analyzes such novels of civil procedural, economic procedural and administrative procedural law as bringing in an expert in the field of law to court proceedings and his conclusion on the results of the research carried out.

Key words: expert in the field of law, expert opinion in the field of law, judicial examination, procedural law.

УДК 341.341

Мальвіна Грушко,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри міжнародного та європейського права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА ТА ВНУТРІШНЬОДЕРЖАВНОГО ПРАВА

Стаття присвячена джерелам міжнародного гуманітарного права, визначенню їх особливостей та встановлення залежності від них їх місця в національному законодавстві. Розкривається питання забезпечення виконання норм міжнародного гуманітарного права державами та важливості вжиття відповідних заходів.

Ключові слова: міжнародне гуманітарне право, джерела міжнародного гуманітарного права, міжнародний договір, міжнародний звичай.

Постановка проблеми. Проблема забезпечення й захисту прав людини під час збройних конфліктів має багатовікову історію. Завданням міжнародного гуманітарного права (далі – МГП) є захист та полегшення долі жертв війни, до яких належать як комбатанти, так і мирне населення. А тому питання забезпечення виконання норм МГП державами є важливим. Співвідношення джерел міжнародного гуманітарного права та внутрішньодержавного права має важливе як практичне, так і теоретичне значення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зміни, які відбулися у міжнародному співтоваристві з 1945 р., привели до фундаментальних дискусій про систему джерел міжнародного права загалом, і необхідно визнати, що питання співвідношення джерел міжнародного та національного права стало предметом значної теоретичної полеміки серед учених, зокрема М.Ю. Черкеса, А.С. Гавердовського, Ю.Ю. Сокових, Д.Я. Гараджаєва, В.Х. Ярмакі, В.Ю. Калугіна, В.П. Поповича, К. Джевецького, П. Апраскіна, Д. Флека, В. М. Репецького, М. М. Гнатовського та ін.

Метою статті є вирішення питання про те, чи виступають джерела міжнародного гуманітарного права одночасно джерелами внутрішньодержавного права, і у разі позитивної відповіді з'ясувати, яке місце вони посідають серед джерел національного права.

Виклад основного матеріалу. Загальновизнаний перелік джерел міжнародного права міститься в ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН, яку вважають відправною точкою вивчення джерел міжнародного права. Основними джерелами МГП можна назвати такі:

– міжнародні конвенції, як загальні, так і спеціальні;

– міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як правова норма;

– судові рішення.

У будь-якій правовій системі є критерії, за якими судять про існування правових норм, що відомі як «джерела права». Важлива роль у системі міжнародного права, як і МГП, належить міжнародним договорам і угодам: зокрема, це два традиційні джерела, які нині досить часто складно розмежувати в МГП. Конституції різних держав, зокрема ті, які були прийняті у другій половині XX ст., містять положення, що регулюють питання співвідношення міжнародних та національних норм. Як свідчать конституції таких держав, як Україна, Білорусь, Франція, Росія, Іспанія, Литва, США, міжнародні договори визнаються складовими частинами національного права. Конституційні положення цих країн стосовно міжнародних договорів як частини національного права держави викладені у дусі загальновідомого припису інкорпорації (міжнародне право є частиною права країни). Тут виникає питання: як розуміти вираз «є частиною національного законодавства» і в яких випадках можна розглядати міжнародний договір джерелом внутрішньодержавного права?

Як відомо, не всі належним чином ратифіковані та оприлюднені міжнародні договори можуть безпосередньо застосовуватися на території держави з метою регулювання внутрішньодержавних відносин. Щодо цього міжнародні договори поділяються на самовиконавчі і несамовиконавчі. Порівняно з самовиконавчими несамовиконавчі договори потребують додаткових заходів з доповнення або зміни національного законодавства. Проте договірні та звичаєві джерела МГП передбачають, що більшість його норм починають безпосередньо застосовуватися з початком

© М. Грушко, 2018

збройного конфлікту. Але ситуація збройного конфлікту, на застосування сторонами якого й розраховано МГП, змушує встановити обов'язки держав завчасно забезпечити поширення знань про МГП та включити його положення до внутрішньодержавного права. Тому будь-яка держава ще в мирний час повинна вживати низку заходів з імплементації в національне законодавство норм МГП щодо захисту прав людини під час збройних конфліктів.

Україна не стала винятком та прийняла на себе ряд міжнародних зобов'язань з метою забезпечення реалізації положень МГП, виконання зобов'язань з яких на загальному рівні закріплено у Конституції України: «чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства й застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства» (ст. 9 Конституції України). Стаття 19 Закону України «Про міжнародні договори України» [1] повторює положення вищезгаданої норми. Крім того, якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору. Пункт 3 ст. 2 Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» [2] визначає засади зовнішньої політики, які виражаються в сумлінному виконанні взятих на себе міжнародних зобов'язань.

Як зазначається в довідковому Керівництві-посібнику, підготовленому Міжнародним Комітетом Червоного Хреста, «обов'язок виконувати МГП передусім лежить на державах. Держави повинні вжити цілий ряд юридичних і практичних заходів – як у мирний час, так і в ситуаціях збройного конфлікту, – спрямованих на забезпечення дотримання міжнародного гуманітарного права в повному обсязі» [3]. На думку К. Держевецького, в МГП загальні зобов'язання щодо дотримання Конвенції посилюються зобов'язанням ст. 1 Женевських конвенцій 1949 р., яка містить положення про те, що «Високі Договірні Сторони зобов'язуються дотримуватися й забезпечувати дотримання цієї Конвенції за всіх обставин» [4, p. 110-111]. Таке положення підкріплюється ст. 1 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (I ДП.), та було посилене й розширене ст. 80 I ДП.

Вивчення доктрини міжнародного права дозволяє стверджувати, що більшість принципів та норм МГП мають пряму дію (самовиконувані норми) і не потребують додаткових нормотворчих заходів на національному рівні [5, с. 122–128]. Незважаючи на деякі розбіжності у формулюваннях, використаних різними авторами для позначення самовиконуваних та несамовиконуваних норм міжнародних договорів, в описі їхніх особливостей використовується саме такий критерій, який вперше був сформульований ще в 1829 р. Верховним Судом США: міжнародний договір є самовиконуваним «кожного разу, коли він дійсний сам по собі без звернення до законодавчих заходів» [6, p. 161].

Звичай як форма права також відіграє величезну роль у МГП. Насамперед це пояснюється історичними та політичними умовами виникнення і розвитку даної галузі міжнародного права. Звичай є додатковою можливістю для застосування базових міжнародних вимог, які набули розвитку на початку XX ст. у сфері захисту жертв війни, і регулювання засобів та методів ведення збройних конфліктів. Відповідно, договір може кодифікувати звичай або привести до виникнення нового звичаю. И. Арцибасов, говорячи про співвідношення звичаєвих і договірних норм, підкреслює, що, «як правило, договірні норми, зокрема в галузі законів і звичаїв війни, засновуються на міжнародних звичаях, які є їх кодифікацією» [7, с. 65]. Вважаємо, для МГП характерне народження звичаїв на основі міжнародних договорів.

Визначаючи значення звичаєвої норми для регулювання питань МГП, можна говорити про деякий «недолік» конвенційних норм МГП, маючи на увазі ту обставину, що ці норми, в принципі, діють лише між державами-учасниками конвенцій. Хоче деякі вчені мають іншу думку: зокрема, німецький юрист Г. Арке писав, що норми саме гуманітарних конвенцій «дійсні й для тих держав, які не є їх учасниками» [8, s. 50]. Тобто вбачається певна «неповноцінність» конвенційних норм права. Інша справа – звичаєва норма. Якщо вона отримала загальне визнання, як це сталося з нормами МГП, наприклад із Женевськими конвенціями про захист жертв війни 1949 р., то вона є обов'язковою і для держав, що не є членами тих або інших угод. Норми звичаєвого права стають у нагоді, коли виникає потреба визначити правила, прийнятні стосовно збройних сил, що діють під егідою організації, яка формально не є учасником договорів з МГП, наприклад ООН. Вчені висловлювали з цього приводу найрізноманітніші, досить часто протилежні точки зору. Винні в злочинах часто посилаються на застереження *«si omnes»*, щоб виправдати свої порушення норм МГП, аргументуючи це формальною неучастю супротивника у відповідних міжнародних договорах [9, с. 154], що регулюють захист певної категорії осіб. Проте існування звичаєвих норм зводить нанівець подібні спроби.

На первинному етапі МГП майже повністю ґрунтувалося на звичаєвих нормах. З ча-

сом ці норми закріплювалися в національних нормативно-правових актах та міжнародних договорах. У період 1996-2005 рр. МКЧХ провів роботу з вивчення практики держав у сфері МГП з метою виявлення тих норм, які набули характеру звичаєвих. Дослідження звичаєвого МГП стало великою подією для кодифікації та прогресивного розвитку норм міжнародного права, що застосовується в період збройних конфліктів. Принагідно зазначимо, що дослідження теоретично ґрунтувалося на методології визначення змісту загального звичаєвого міжнародного права, запропонованій, зокрема, «Лондонськими принципами, що стосуються формування загального звичаєвого міжнародного права», схваленими Асоціацією міжнародного права у 2000 р. [10]

Натепер роль звичаю у регулюванні питань захисту жертв війни як форми МГП насправді значна. Багато в чому це зумовлено тим, що, незважаючи на величезну кількість і чималий досвід складання, укладення та виконання різноманітних міжнародних договорів з питань захисту окремих категорій, застосування закріплених у них норм викликає певні труднощі. Дослідники знаходять для цього ряд причин: зокрема, зазначені труднощі пов'язані з тим, що відповідні конвенції були ратифіковані не всіма державами або були підписані з рядом застережень. Наприклад, у разі не підписання Женевських конвенцій 1949 р. воюючою державою положення Конвенцій мають бути дотриманні як стороною, яка офіційно взяла на себе договірні зобов'язання, так і державою, що не є учасницею договору (загальна ст. 2 ЖК). Таким чином, з'являється, умовно кажучи, «друга опора», або, іншими словами, альтернативний напрям юридичної аргументації обов'язковості положень МГП.

На практиці така необхідність виникає, зокрема, коли сторона збройного конфлікту не є учасником відповідних міжнародних договорів та взагалі не має визначеного міжнародно-правового статусу, наприклад «недержавні актори» в якості бенефіціарів МГП. Недержавні актори залишаються «невидимими» для теорії міжнародного права, хоча їхній *de jure* статус не відповідає статусу *de fakto* в міжнародному праві.

Спостерігається суттєва різниця у договірній регламентації збройних конфліктів міжнародного і неміжнародного характеру, причому для збройного конфлікту неміжнародного характеру в міжнародному праві існує набагато менше договірних норм. У подібних випадках нерідко міжнародне звичаєве право відіграє роль єдиного можливого засобу міжнародно-правового захисту.

Зрозуміло, що видання МКЧХ «Звичаєве міжнародне гуманітарне право» не є офіційним документом, який містить точний і повний перелік звичаєво-правових норм МГП. Тим не менше воно активно використовується на практиці, оскільки містить не тільки звичаєво-правові норми, а й докази, що обґрунтовують існування звичаю як форми міжнародного права в кожному конкретному випадку. Варто визнати величезну цінність даного дослідження.

Звичай по своїй суті є надзвичайно ефективним регулятором взаємовідносин різних суб'єктів даної галузі міжнародного права. Його значення також підкріплюється історичними та політичними чинниками розвитку міжнародно-правових відносин. Потрібно, втім, зазначити, що питання консолідації звичаєвих норм МГП нині не розв'язано, у рамках світового співтовариства триває процес кодифікації звичаєвих норм. Це зумовлено, зокрема, розвитком озброєнь, що застосовуються у ході збройних конфліктів, а також сучасних методів їх проведення; тому звичаєві норми натепер залишаються важливим джерелом захисту у випадках, не передбачених договорами, або коли сторони конфлікту не є учасниками договору.

Закони ведення війни можна виявити не лише в договорах, у звичаях, але й у практиці держав. Так, Статут Нюрнберзького трибуналу 1945 р. став «вираженням міжнародного права, яке вже існувало до моменту його створення, і в цьому сенсі сам Статут є внеском у міжнародне право» [11, с. 363]; зокрема, в рішеннях йшлося про звичаєвість положень Гаазьких конвенцій 1907 р. У Статуті й вироках Трибуналу були сформульовані принципи кримінальної відповідальності фізичних осіб за порушення норм МГП. Згодом вони були визнані Резолюцією ГА ООН від 11 грудня 1946 р. принципами міжнародного права й закріплені в Женевських конвенціях 1949 р. та Додатковому протоколі I 1977 р. [12].

У рішенні по справі Нікарагуа проти США (1986 р.) Міжнародний Суд ООН проголосив Женевські конвенції такими, що кодифікували звичаєве право [13, с. 91]. Суд послався на окремі положення Гаазької конвенції 1907 р. та ст. 3, спільну для усіх чотирьох Женевських конвенцій 1949 р., як на «конкретне вираження» «загальних принципів гуманітарного права [14, с. 59]. Суд навів такі аргументи: «якщо дві норми, засновані на двох джерелах міжнародного права, здаються ідентичними за змістом і якщо відповідні держави пов'язані цими нормами як на рівні договірного, так і звичаєвого права, такі норми зберігають окреме існування» [15, с. 62]. Судом був встановлений звичаєво-правовий статус принципу розрізнення між цивільними особами та комбатантами, що є одним із загальногалузевих принципів МГП.

Цікаву думку висловив Р. Голдстоун, прокурор у справі Тадича в МКТЮ, який зазначав, що результати, яких МКЧХ досяг у процесі практичної діяльності, повинні бути розцінені як частина міжнародної практики, яка у свою чергу помітно сприяє появі нових або розвитку існуючих звичаєвих норм» [16]. Таким чином, державна практика та звичаєве МГП від самого початку до сьогодні заповнюють важливі прогалини в договірному праві.

Висновки

Підсумовуючи, варто наголосити, що перегляд кожною країною сучасного стану законодавчого регулювання питань МГП та перспектив імплементації його норм у законодавство держав є досить важливим питанням. Не всі міжнародні договори можуть безпосередньо виступати як джерела національного права. Саме тому формулювання «є частиною права країни» видається найбільш вдалим. Враховуючи ці обставини, самовиконавчі договори виступають безпосередньо джерелами внутрішньодержавного права в широкому, матеріальному розумінні, тобто головним чином вони є обов'язковими для реалізації органами державної влади.

Список використаних джерел:

1. Про міжнародні договори України: Закон України від 29.06.2004 № 1906-IV. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 50. Ст. 540.

2. Про засади внутрішньої і зовнішньої політики: Закон України від 01.07.2010 № 2411- VI. Відомості Верховної Ради України. 2010. № 40. Ст. 527.

3. Имплементация международного гуманитарного права на национальном уровне: руководство: справочное пособие. URL: http://www.icrc.org/rus/assets/files/publications/ domesticimplementation ihl.pdf

4. Drzewicki K. National legislation as a Measure for implementation of International Humanitarian Law. Implementation of international humanitarian law: research papers by participants in the 1986 session of the Centre for Studies and Research in International Law and International Relations of the Hague Academy of International Law / Ed. F. Kalshoven, I. Sandoz. 1989. 230 p.

5. Грушко М. В. Особливості «несамовиконуваних» та «самовиконуваних» норм щодо захисту військовополонених. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2013. № 5. С. 122–128.

6. Цит. з: Waelbroeck M. Trait s internationaux et juridictions internationales dans les pays du March Commun. Bruxelles, 1969. 220 p.

7. Арцибасов И.Н., Єгоров С.А. Вооруженный конфликт: право, политика и дипломатия. М., 1989. 230 с.

8. Arx H. J. Atombombenversuche und Vqlkerrecht. Basel ; Stuttgart : Helbing & Lichtenhahn, 1974. 201 s.

9. Нюрнбергский процесс: право против войны и фашизма / под ред. И. Я. Ледях, И. И. Лукашука. М. : Инс-т государства и права РАН, 1995. 263 с.

10. U.N. Doc. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law : Resolution 16/2000 Final Report of the Committee on the Formation of Customary(General) International Law. with commentary. URL: http://untreaty.un.org/ilc/reports/ 2011/ english/ annex.pdf

11. Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками. Сборник материалов : в 3-х т. / под общей ред. Р. А. Руденко. М. : Изд. «Юридическая литература», 1966. Т. 1, Т. 2. 798 с.

12. Подтверждение принципов международного права, признанных Статутом Нюрнбергского трибунала : Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 11 декабря 1946 г. URL: http://www.un.org/ru/documents/ods.asp?m=A/RES/95%28I%29

13. Шетай В. Вклад Международного суда ООН в международное гуманитарное право. Международный журнал Красного Креста. 2003. № 850. С. 89–128/

14. Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов: Курс лекций, прочитанных на юридическом факультете Открытого Брюссельского университета. М. : МККК, 2011. 1144 с.

15. Даниленко Г. В. Обычай в современном международном праве. М. : Наука, 1988. 192 с.

16. Prosecutop v Tadic, Case (IT-94-1) (ICTY) Appeals Chamber, Oct 2, 1995. URL: http://www.icty.org/x/cases/ tadic/ acdec/en/51002.htm

Статья посвящена источникам международного гуманитарного права, определению их особенностей и в зависимости от них установлению их места в национальном законодательстве. Раскрывается вопрос обеспечения выполнения норм международного гуманитарного права государствами и важность принятия соответствующих мер.

Ключевые слова: международное гуманитарное право, источники международного гуманитарного права, международный договор, международный обычай.

The article is devoted to the sources of international humanitarian law, determination of their peculiarities, and depending on their determination of their place in national legislation, the issue of ensuring compliance with international humanitarian law by states is revealed, and the importance of taking such measures.

Key words: international humanitarian law, sources of international humanitarian law, international treaty, international custom.

УДК 341.1/.8

Кристина Кончина,
студентка міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ФРАГМЕНТАЦІЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ: ПРОБЛЕМА ЧИ НЕМИНУЧІСТЬ?

Стаття присвячена дослідженню явища фрагментації в міжнародному публічному праві. У роботі було розглянуто загальні тенденції розвитку фрагментації, основні підходи до розуміння визначеного поняття, а також зазначені основні варіанти вирішення проблеми, яка існує об'єктивно й має контролюватися суб'єктами міжнародного публічного права.

Ключові слова: фрагментація, міжнародне право, міжнародне публічне право, суб'єкти міжнародного права, стандартизація, уніфікація законодавства, всесвітня глобалізація.

Постановка проблеми. Швидкий розвиток суспільних відносин, розширення сфер правового регулювання, які мають місце сьогодні, сприяють поширенню таких явищ, як глобалізація та фрагментація. Цей процес існує незалежно від волі людини і є неминучим. Здійснення контролю за визначеними феноменами в міжнародному публічному праві є одним із першочергових завдань. Крім цього, необхідним є дослідження методів боротьби з негативними наслідками, які виникають.

Нині здійснюється досить велика кількість наукових досліджень, присвячених темі фрагментації в міжнародному публічному праві. Низка робіт спрямована на вирішення проблем, виникнення яких пов'язане з існуванням цього феномена. Серед великої кількості праць науковців, які займаються цією тематикою, помітно виділяються роботи Ю. Чайковського, О. Плотнікова, М. Гнатовського. Суттєвий вклад було зроблено також роботою «Narratives on fragmentation: international law between unity and multiplicity» Д. Пулковського.

Метою статті є привернення уваги до нагальних проблем, які виникають у міжнародному публічному праві й прямо чи опосередковано пов'язані з явищем фрагментації, а також розроблення й визначення основних способів і прийомів боротьби з негативними наслідками, які пов'язані з існуванням глобалізації й фрагментації.

Виклад основного матеріалу. Наразі все більше уваги приділяється змінам, які відбуваються в міжнародному публічному праві й об'єктивно супроводжують його розвиток. Ці зміни викликані досить швидким розвитком суспільних відносин, усе більшим розширенням кола суб'єктів міжнародного права, поширенням таких явищ, як всесвітня глобалізація, уніфікація, регіоналізація тощо.

Міжнародною спільнотою глобалізаційний процес досліджується досить детально, з'являється низка заходів, які допомагають стримати незворотні зміни й запобігти можливим негативним наслідкам, схованим за картинкою загальної інтеграції й співробітництва, а також виявити лише найкращі тенденції цього явища. На противагу досить добре вивченій глобалізації виникають і процеси фрагментації. Ця категорія є відносно новою для сучасної доктрини й практики міжнародного права. Водночас, об'єктивуючись у множинних сферах, на різних рівнях і в численних традиційних і нових для практики міждержавних відносин формах взаємодії соціальних акторів, явище фрагментації суттєво впливає на всі міжнародні процеси.

Нині існування фрагментації є безспірним і не викликає жодних сумнівів. Серед наукових догм найбільш поширеним поглядом є той, котрий зазначає, що фрагментація виникає й існує об'єктивно як процес, протилежний процесам глобалізації внаслідок швидкого розвитку держав і суспільних відносин.

Останнім часом гостро постало питання фрагментації в міжнародному публічному праві. Перш ніж дати загальне визначення цьому феномену, варто відзначити, що термін «фрагментація» був запозичений правознавцями із соціології й соціальної філософії. Переважна більшість учених характеризує це явище як негативне, таке, що руйнує усталену систему, розбиває ціле на частинки, сіє хаос, розпалює конфлікти й протиріччя [1, с. 172]. При цьому варто відзначити, що фрагментація не є результатом цілеспрямованого впливу на міжнародне право, а тому в кожному конкретному випадку необхідним є дослідження всіх особливостей.

© К. Кончина, 2018

У 2000-х роках з'являється термін «фрагментація міжнародного права». Безспірним є той факт, що процеси розшарування й поділу цілого на частинки існували завжди, проте назва їм була дана вже значно пізніше.

Рушійною силою в дослідженні фрагментації стала доповідь Герхарда Хафнера, спеціального доповідача Комісії міжнародного права ООН «Ризики фрагментації міжнародного права». Г. Хафнер переконаний, що внаслідок відсутності єдиного нормотворчого органу, розширення кількості норм, які регулюють відносини міжнародного співробітництва, збільшення кількості суб'єктів міжнародного публічного права, а також поширення предметного охоплення міжнародного права посилюються процеси фрагментації [2]. Комісія міжнародного права Організації Об'єднаних Націй у 2002 році створила робочу групу для дослідження цієї теми, тим самим визнавши наявність проблеми.

Саме із цього моменту починають з'являтися фундаментальні наукові дослідження цього феномена. Варто відзначити первісну тенденцію до негативного сприйняття фрагментації дослідниками. Складність виникала у зв'язку з тим, що явище, яке досліджувалося, було новим і майже не було притаманне на той момент національним правовим системам. Зміна ставлення до загального розуміння міжнародного права зумовила й зміну розуміння фрагментації [3, с. 96].

Виникнення фрагментації пов'язане з комплексом причин (так званих факторів фрагментації). Теорії, пов'язані з вивченням таких факторів, дивують своїм різноманіттям і багатоаспектністю. На думку Ю. Сайфуліної, такі фактори можна поділити на природні, соціальні, політичні, економічні. У О. Бастрикіної основоположними є предмет і метод правового регулювання [4, с. 49]. Деякі науковці зупиняються на тому, що ідеологічні настанови є вирішальними. За загальновизнаною доктриною фактори фрагментації можна поділити на об'єктивні (не залежать від поведінки й волі суб'єктів) і суб'єктивні (такі, що виникають, змінюються залежно від діяльності й волі людини); зовнішні й внутрішні (досить номінальна класифікація).

Фрагментація виникає через низку особливостей саме міжнародного права як окремого правового феномена. За своєю природою міжнародне публічне право більше схоже на національне приватне право, ніж на національне публічне. Відсутність єдиної влади, єдиного законодавчого органу, а також єдиного центру управління зумовлює як особливу природу міжнародних відносин (необхідність домовлятися і взаємодіяти), так і унікальність норм міжнародного права.

Крім цього, велике значення має особливе коло суб'єктів, серед яких досить помітно виділяються держави як носії суверенітету й представники волі народу. У міжнародних відносинах держави, хоча і є «юридично рівними», усе ж таки бажають здобути краще місце на міжнародній арені, фактично маючи більше прав і менше обов'язків. Ураховуючи природу суспільних відносин і природу самих держав, бути незалежними й неупередженими в зовнішніх зносинах видається утопією, бо це неможливо на практиці. Більше того, велика кількість міжнародних організацій, бажання незалежності в зовнішній політиці окремих недержавних утворень, різноманітність і диференційованість сфер правового регулювання, поява великої кількості норм міжнародного права – усе це викликає процеси суперечності, неузгодженості, колізійності як у деяких сферах міжнародного приватного, так і у сфері міжнародного публічного права. Більш переконливою видається думка, що фрагментація виникає через надмірну кількість міжнародно-правових норм, а не через їх недостатність. Унаслідок значної кількості нормативно-правових актів виникають суперечності, які слід урегульовувати мирним шляхом, застосовуючи загальні принципи права.

Оскільки міжнародне право за своєю суттю є досить динамічним і нестабільним, то й підходи до розуміння явищ і процесів, що його супроводжують, також є категоріями динамічними. Наразі немає чіткого визначення, яке б повністю охоплювало всі ознаки, притаманні фрагментації. Д. Пулковський запропонував чотири основні підходи до характеристики й дослідження фрагментації.

У межах першого, онтологічного підходу розглядається питання про існування міжнародного правопорядку та його структури, в якій відбувається фрагментація. Це одні з перших теорій, які розглядають усі наявні суспільні відносини як такі, що утворюють єдину сферу взаємодії й урегульовуються за допомогою різних правових інститутів і норм.

Відповідно до нормативного підходу міжнародне право розглядається як система норм, між якими виникають суперечності. Цим самим і зумовлюється явище фрагментації. Цей підхід є дещо вужчим за попередній, оскільки розглядає міжнародне право лише як систему правових норм.

Третій підхід фактично є варіацією першого. Відповідно до нього міжнародне право слід розглядати в рамках категорії міжнародного правопорядку, а фрагментація зумовлена зовнішніми впливами.

Четверний підхід вважається комплексним, оскільки досліджує не тільки різноманітні правові режими, а і їхній зв'язок між собою.

Більше того, четвертий підхід характеризується наявністю великої кількості наукових робіт щодо дослідження фрагментації й можливих шляхів розв'язання тих проблем, які можуть виникнути у зв'язку з її поширенням, тому називається доктринальним [5].

Нині пропонується низка заходів, які б допомогли сповільнити процес фрагментації, а також зменшити негативний вплив, нею зумовлений. По-перше, це визнання фрагментації як об'єктивної дійсності, а не як дивовижного феномена. По-друге, вважається, що поява певних органів контролю допоможе уніфікувати практику застування міжнародних правових норм. Більше того, цьому сприятиме й кодифікація комплексу норм, що врегульовує ту чи іншу сферу міжнародних відносин. Виникає необхідність оптимізувати механізми подолання прогалин і колізій, які спричинені диференціацією органів нормотворчості й правозастосування.

Підсумовуючи все вищезазначене, ми можемо дійти висновку, що уникнути фрагментації не вдасться [6, с. 320]. Оскільки ці процеси існують незалежно від нашої волі, то вони є незворотними. Як би ми не бажали збереження цілісності міжнародного права, ускладнення й розширення сфери його регулювання і впливу призводить до створення окремих автономних утворень, незалежних правових інститутів і субінститутів, а також до розростання кількості правових норм, самодостатності певних правових режимів.

Проте явище фрагментації не може зменшити значення системності міжнародного права. Варто пам'ятати, що системне розуміння міжнародного права є необхідним елементом його універсальності та єдності [1, с. 176]. Важливим є зв'язок основоположних принципів і норм загального права, а також стійкість системи джерел права й джерел правових зобов'язань. Отже, необхідно наголосити на тому, що розвиток явища фрагментації потребує певного контролю й дій, необхідних для стримування негативних наслідків, які можуть бути спричинені цією неминучістю.

Висновки

Дослідивши природу явища фрагментації, можна дійти висновку, що розуміння його як руйнівного, такого, що поділяє ціле на дрібні частинки й знищує єдність міжнародного права, є досить однобоким. Варто відзначити, що поряд із негативними змінами з'являються й позитивні моменти. Крім цього, ми змогли визначити, що існування фрагментації є об'єктивно зумовленим і пов'язане з розвитком різноманітних сфер життєдіяльності суспільства, тому й зникнення її є неможливим. Низка наукових досліджень доводить важливість цієї проблеми й необхідність звернення на неї уваги міжнародної спільноти. Безспірним є те, що розвиток явища фрагментації потребує певного контролю й заходів, які допоможуть стримати негативні наслідки, викликані її природою.

Список використаних джерел:

1. Чайковський Ю. На захист цілісності сучасного міжнародного права. Юридичний вісник, 2013/2. 2013. С. 172–177.

2. Hafner G. Pros and cons ensuing from fragmentation of international law. URL: http://students. law.umich.edu/mjil/article-pdfs/v25n4-hafner.pdf.

3. Плотніков О. Доктринальне розуміння та оцінка явища фрагментації публічного права. Актуальні проблеми політики. 2013. № 50. С. 94–103.

4. Плотніков О. Вплив міжнародних судових органів на фрагментацію міжнародного права: дис. канд. юр. наук. Одеса, 2010. 211 с.

5. Pulkowski D. Narratives on fragmentation: international law between unity and multiplicity. European Association of International Law. 2006. URL: www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Pulkowski_670.pdf.

6. Гнатовський М., Поєдинок О. Фрагментація міжнародного права: проблема та можливі шляхи її вирішення. Актуальні проблеми політики: зб. наук. пр. Одеса, 2008. Вип. 34. С. 314–323.

Статья посвящена исследованию явления фрагментации в международном публичном праве. В работе были рассмотрены общие тенденции развития фрагментации, основные подходы к пониманию определенного понятия, а также указаны основные варианты решения проблемы, которая существует объективно и требует контроля со стороны субъектов международного публичного права.

Ключевые слова: фрагментация, международное право, международное публичное право, субъекты международного права, стандартизация, унификация законодательства, всемирная глобализация.

The article is devoted to the study of the phenomenon of fragmentation in international public law. There are the general trends of fragmentation development, the main approaches to the understanding of the defined concept, and also the main variants of the solution of the problem, which exists objectively and in need of control by subjects of international public law in this article.

Key words: fragmentation, international law, international public law, subjects of international law, standardization, unification of legislation, global globalization.

УДК 341.01

Аліна Лебедєва,
студентка
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОКРЕМІ ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ МІЖНАРОДНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ ЗА ПОРУШЕННЯ МІЖНАРОДНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Стаття присвячена висвітленню проблеми відповідальності міжнародних організацій за порушення міжнародних зобов'язань. Зокрема, підкреслюється актуальність досліджуваного питання крізь призму глобалізаційних процесів. Розкривається сутність правосуб'єктності міжнародних організацій та її вплив на обсяг відповідальності міжнародних організацій. Звертається увага на той факт, що шкода не є обов'язковою умовою настання відповідальності міжнародних організацій, оскільки для цього досить вчинення діяння, що не відповідає зобов'язанням міжнародної організації. Зроблені висновки стосовно необхідності здійснення кодифікації норм про відповідальність міжнародних організацій. Зосереджується увага на тому, що підґрунтям цього виступає той факт, що саме кодифікація норм міжнародно-правової відповідальності відображає багатогранність та комплексність міжнародного співтовариства.

Ключові слова: міжнародно-правова відповідальність, міжнародна організація, міжнародно-правове зобов'язання, держава, протиправність.

Постановка проблеми. Нині проблема відповідальності міжнародних організацій є однією з найактуальніших у світі. Однак вона не належним чином відображена в міжнародно-правовій літературі і поки що залишається не регламентованою у чинних міжнародно-правових актах. До того ж установчі акти самих міжнародних організацій не містять загальних норм, які б регулювали питання відповідальності міжнародних організацій загалом. На підставі цього ми спробуємо виділити найхарактерніші особливості відповідальності міжнародних організацій за порушення міжнародних зобов'язань і довести необхідність запровадження кодифікації норм про відповідальність міжнародних організацій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, присвячені вивченню особливостей відповідальності міжнародних організацій, а також кодифікації норм про відповідальність міжнародних організацій, аналізували безліч як зарубіжних, так і вітчизняних вчених. Зокрема, це: Д.Ф. Амерасінх, М.А. Арсаніан, В.Г. Батлер, В.Г. Буткевич, Я.М. Вільчак, Ю.Ю. Блажевич, В.Ю. Замятін, С.О. Коваленко, Ю.М. Колосов, П.М. Куріс, Д.Б. Левін, І.І. Лукашук, В.А. Мазов, М.В. Митрофанов, Г.І. Тункін, І.А. Ушаков, О'Конелл, Х. Оппенгейм, А. Фердросс та інші. Крім цього, відповідальність міжнародних організацій передбачена у низці договорів, а саме в Договорі про принципи діяльності держав із дослідження і використання космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла, 1967 р., Конвенції про міжнародну відповідальність за шкоду, заподіяну космічними об'єктами, 1972 р., Конвенції з морського права 1982 р. та ін. Також дана проблема досліджувалася Генеральною Асамблеєю ООН, яка 12 грудня 2001 року прийняла Резолюцію, у додатку до якої міститься документ «Відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння». У 2002 р. на своїй п'ятдесят четвертій сесії Комісія міжнародного права постановила включити досліджувану тему в свою програму роботи та призначити Джорджо Гая Спеціальним доповідачем і заснувати Робочу групу. На шістдесят третій сесії в 2011 р. Комісії була представлена восьма доповідь Спеціального доповідача, яка містила огляд зауважень держав і міжнародних організацій з приводу проекту статей про відповідальність міжнародних організацій, які були прийняті в першому читанні Комісією міжнародного права на її шістдесят першій сесії.

Мета статті (постановка завдання). Головною метою цієї роботи є аналіз окремих правових аспектів відповідальності міжнародних організацій за порушення міжнародних зобов'язань шляхом дослідження міжнародних актів, які регламентують дане питання. Крім цього, стаття спрямована на внесення пропозиції запровадити кодифікований нормативно-правовий акт, який би на законодавчому рівні закріплював процес реалізації відповідальності міжнародних організацій за порушення міжнародних зобов'язань.

© А. Лебедєва, 2018

Виклад основного матеріалу. У сучасному світі зростання процесів глобалізації досить помітно супроводжується зростанням впливу міжнародних організацій на діяльність та існування міжнародної системи в цілому, і, як наслідок, набуває особливої важливості та актуальності питання про їхню відповідальність. Міжнародний суд ООН у справі про відшкодування шкоди, заподіяної під час служби в ООН, визнав на прикладі ООН факт наявності у міжнародних організацій міжнародної правосуб'єктності [1, с. 179]. Обсяг міжнародної правосуб'єктності міжнародної організації визначається її установчим актом, а обсяг відповідальності міжнародної організації визначається обсягом її правосуб'єктності. Оскільки обсяг правосуб'єктності міжнародних організацій різний, то обсяг міжнародної відповідальності також відрізняється [2, с. 134].

На думку В. А. Мазова, міжнародно-правова відповідальність – сукупність міжнародно-правових відносин, що виникають у сучасному міжнародному праві у зв'язку з правопорушеннями, що їх здійснюють будь-які суб'єкти міжнародного права [3, с. 10]. Тобто вона являє собою певні негативні наслідки, які настають для суб'єкта міжнародного права в результаті вчинення ним міжнародного правопорушення. Проблема правової природи міжнародної відповідальності натепер не досить висвітлена у міжнародно-правовій літературі та поки що залишається не регламентованою чинними міжнародними актами.

Взагалі дискусія навколо відповідальності міжнародних організацій була розпочата Комісією міжнародного права ще у 1963 р. у першій доповіді спецдоповідача А. Ель-Еріана з питання щодо відносин між державами і міжурядовими організаціями [4, с. 186]. А. Ель-Еріан зазначив, що «постійне розширення сфери охоплення діяльності міжнародних організацій швидше за все додасть нові виміри проблемі відповідальності міжнародних організацій» [5, с. 532]. У тому ж році Підкомітет з відповідальності держав, який обговорив сферу охоплення майбутнього дослідження, дійшов висновку про те, що «питання про відповідальність інших суб'єктів міжнародного права, таких як міжнародні організації, слід відкласти вбік» [6, с. 228].

Міжнародні організації є суб'єктами міжнародного права ще з 1986 року, коли було прийнято Конвенцію про право договорів між міжнародними організаціями. Саме ця обставина лягла в основу запровадження нагальної кодифікації норм про їхню відповідальність, оскільки подібне було зроблено з нормами про відповідальність держав. Так, у 2008 році Комісія Міжнародного права ООН представила текст проектів статей про відповідальність міжнародних організацій, а в 2009 році цей проект був прийнятий у першому читанні.

Відповідно до Проекту статей «міжнародна організація» –організація, створена на основі міжнародного чи іншого договору, що регулюється міжнародним правом і має власну міжнародну правосуб'єктність (ст. 2). «Міжнародно-протиправне діяння міжнародної організації має місце, коли будь-яка поведінка, що полягає у дії чи бездіяльності, являє собою порушення міжнародно-правових зобов'язань цієї міжнародної організації» (ст. 3). Згідно з нормами Проекту підстави виникнення міжнародно-протиправного діяння поділяють на два види: прямі підстави, установлені статтями 5-7, які пов'язані з діяннями самої міжнародної організації, та непрямі підстави, пов'язані з діянням іншого суб'єкта, установлені статтями 12-14.

Глава 5 Проекту, а саме статті 17-22, закріплюють підстави, які виключають протиправність діяння, до яких належать: згода держави чи міжнародної організації на здійснення певного діяння щодо них, контрзаходи, самооборона, форс-мажор, стихійне лихо та стан необхідності.

Що стосується згоди держави чи міжнародної організації на здійснення певного діяння щодо них, то така згода виключає протиправність цього діяння тією мірою, якою це діяння залишається в рамках вищевказаної згоди.

Відповідно до ст. 30 Проекту контрзаходи визначаються як дії однієї держави, викликані міжнародно-правовими діянням іншої держави. Такі заходи можуть порушувати міжнародні зобов'язання, але саме їхній відповідний характер виключає відповідальність за них.

Самооборона як обставина звільнення від міжнародної відповідальності передбачена у ст. 51 Статуту ООН. Основною умовою правомірності та законності застосування самооборони є наявність агресії.

Протиправність міжнародного діяння виключається, якщо діяння зумовлене дією непереборної сили чи непередбачуваною подією, що не піддаються контролю організації і зробили за даних обставин виконання зобов'язань матеріально неможливими, тобто за умов форс-мажору (ст. 20). Йдеться, наприклад, про природні явища (землетруси, повені) та непередбачувану діяльність людей (катастрофа на атомній електростанції).

Стихійне лихо – ситуація, в ході якої відсутня свобода вибору поведінки на тій підста-

ві, що іншого способу врятувати своє життя чи інших осіб, не порушуючи міжнародного зобов'язання, немає. Проте протиправність діяння не виключається, якщо ситуація лиха зумовлена поведінкою організації, що на неї посилається, або це діяння створить ще більшу чи таку саму небезпеку (ст. 21).

Згідно зі ст. 25 Проекту міжнародна організація не може посилатися на стан необхідності як на основу для виключення протиправності діяння, за винятком тих випадків, коли воно є єдиним для організації засобом захисту від великої і неминучої небезпеки для істотного інтересу міжнародного співтовариства, який дана міжнародна організація згідно з нормами міжнародного права у своїх функціях зобов'язана захищати; не завдає суттєвої шкоди істотному інтересу держави чи держав, щодо яких існує дане зобов'язання, чи міжнародного співтовариства загалом.

Відповідно до статті 33 Проекту міжнародна організація, що вчинила міжнародну протиправну дію, зобов'язана: 1) припинити цю дію чи бездіяльність; 2) надати відповідні запевнення і гарантії не повторення діяння, якщо цього вимагають обставини.

Варто звернути увагу на ту обставину, що Проект статей щодо відповідальності міжнародних організацій не є просто копіюванням статей щодо відповідальності держав. Так, МВФ не вважає за можливе спиратися на норми, що стосуються відповідальності держав, аналізуючи міжнародну відповідальність міжнародних організацій: «Як визнав Міжнародний Суд, міжнародні організації, на відміну від держав, не володіють загальною компетенцією. Міжнародна організація створюється за згодою між її членами з конкретною метою, закріпленою в її установчому акті. Тоді як держави з організаційної та функціональної точок зору однакові, повноваження і функції міжнародних організацій відрізняються залежно від положень їхніх статутів. Ці відмінності повинні враховуватися в оцінці міжнародної відповідальності, пов'язаної з діями різних організацій» [7, с. 107].

Важливе місце серед особливостей відповідальності міжнародних організацій посідає той факт, що зі сфери дії Проекту статей виключається цивільна відповідальність міжнародних організацій, яка пов'язана з порушенням контрактів, укладених із приватними особами, відповідальність за шкоду, завдану діями, не забороненими нормами міжнародного права.

Повне відшкодування шкоди, завданої міжнародною організацією, здійснюється у формі реституції, компенсації і сатисфакції окремо чи разом, що закріплено главою 2 частини другої Проекту.

Міжнародна організація зобов'язана здійснити реституцію, тобто відновити становище, яке існувало до вчинення протиправного діяння, якщо це матеріально можливо і не тягне за собою наслідків, непропорційних вигоді від отримання реституції замість компенсації.

Стаття 39 Проекту містить положення, яке зобов'язує міжнародну організацію компенсувати шкоду, не відшкодовану реституцією. Компенсація охоплює будь-яку шкоду, в тому числі упущену вигоду.

Сатисфакція являє собою задоволення нематеріальних благ і надається в тому обсязі, в якому шкоду не можна було відшкодувати за допомогою реституції та компенсації. Сатисфакція може полягати у визнанні порушення, висловлюванні жалю, офіційному вибаченні тощо. Вона має бути пропорційною шкоді і не повинна мати принизливу для міжнародної організації форму.

Також для забезпечення повного відшкодування шкоди на основну суму можуть нараховуватися відсотки. Це відбувається з тієї дати, коли мала бути виплачена основна сума, і по дату виконання платіжного зобов'язання (ст. 41).

У разі невиконання міжнародних зобов'язань міжнародна організація не може посилатися на свої правила для виправдання свої дій, за винятком випадків відповідальності організації перед державою чи організацією, що входять до її складу (ст. 35). Варто зауважити, що цей принцип чимось схожий із принципом, який не дозволяє державам посилатися на внутрішнє законодавство як виправдання невиконання своїх зобов'язань.

З приводу відносин міжнародної організації і держави, яка не є її членом, то правила міжнародної організації не зачіпають її зобов'язань, що виникли внаслідок протиправного діяння. Однак що стосується відносин між організаціями і її членами, то в цьому разі правила міжнародної організації передбачають застосування певних принципів і правил. Наприклад, можуть змінити правила щодо форми відшкодування.

Держава, яка допомагає, сприяє, керує чи примушує міжнародну організацію до вчинення міжнародно-протиправного діяння, несе за це відповідальність у тому разі, якщо знає про його обставини. Діяння члена міжнародної організації, що вчиняється відповідно до її правил, не тягне за собою міжнародної відповідальності. Також держава несе відповідальність, якщо обходить свої міжнародні зобов'язання, спонукаючи міжнародну організацію до вчинення діяння, яке було би порушенням зобов'язань дер-

жави, якби вчинялося нею самою (ст. 61). Безумовно держава несе відповідальність за міжнародно-протиправне діяння міжнародної організації і в тому разі, коли вона дала на це згоду постраждалій стороні чи дала привід постраждалій стороні покладатися на її відповідальність. З урахуванням усього вищенаведеного треба пам'ятати про те, що будь-яка відповідальність держави в даному випадку є субсидіарною (ст. 62).

Однак є випадки, коли вимоги Проекту не підлягають застосуванню. Йдеться про той випадок, коли ситуація, що виникла, регулюється спеціальними нормами міжнародного права. Такі норми можуть міститися в правилах міжнародної організації. Коли питання не регулюється положеннями даного Проекту, застосовуються норми міжнародного права. Також положення Проекту не зачіпають питання індивідуальної відповідальності будь-якої особи, уповноваженої діяти від імені міжнародної організації чи держави.

Оскільки міжнародні організації наділені специфічною правосуб'єктністю, то, відповідно, і їхня відповідальність не є звичайною. Загальновідомим є факт, що Комісія міжнародного права приділяє велику увагу питанням кодифікації норм про відповідальність міжнародних організацій. Цьому передує не тільки та обставина, що пов'язана зі складністю цього процесу, а й те, що відповідальність має велике політичне значення. Тому запровадження та вдосконалення міжнародної відповідальності міжнародних організацій є необхідним фактором підвищення рівня ефективності міжнародного права загалом та як результат рівня впорядкованості міжнародної системи.

Однією з основних проблем у здійсненні кодифікації норм про відповідальність міжнародних організацій виступає визначення остаточної форми Проекту статей про відповідальність міжнародних організацій. Беручи до уваги досвід роботи над Проектом статей про відповідальність держав, а також ту обставину, що робота над новим проектом ускладнена специфікою правосуб'єктності міжнародних організацій, можна припустити, що розробка даного проекту затягнеться на досить довгий час. Однак, незважаючи на це, робота Комісії над Проектом статей про відповідальність міжурядових організацій є великим досягненням у розвитку системи міжнародного права.

Таким чином, сучасний розвиток галузі міжнародно-правової відповідальності свідчить про намагання міжнародного права в цілому відповідати тенденціям та еволюції міжнародних правовідносин, бути всеохоплюючим та дотримуватися правил моралі та етики [8, с. 454].

Висновки

Отже, проаналізувавши усе розглянуте вище, можна зробити висновок, що: 1) головною проблемою інституту відповідальності міжнародних організацій є малий обсяг практики з цього питання, оскільки установчі акти міжнародних організацій практично не містять норм щодо їхньої відповідальності за порушення міжнародних зобов'язань, і єдиним джерелом слугує Проект статей щодо відповідальності міжнародних організацій, який розробляється Комісією міжнародного права; 2) шкода не є обов'язковою умовою настання відповідальності міжнародних організацій. Для цього досить лише вчинення діяння, що не відповідає зобов'язанням міжнародної організації; 3) кодифікація норм про відповідальність міжнародних організацій, перш за все, необхідна для встановлення балансу міжнародних відносин та ефективного функціонування міжнародного права загалом. Безумовно, це буде крок вперед, тому що зі зростанням впливу міжнародних організацій на міжнародні відносини вони зобов'язані нести відповідальність за вчинені дії на рівні з іншими суб'єктами міжнародного права.

Список використаних джерел:

1. Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations: Advisory Opinion of 11 April 1949 // I. C. J. Reports. 1949. P. 174–220.
2. Мазов В. А. Ответственность в международном праве. М.: Юрид. лит., 1979. С. 134.
3. Мазов В. А. Ответственность в международном праве. М.: Юрид. лит., 1979. С. 10.
4. First report on Relations between States and Inter-governmental Organizations/ By Mr. Abdullah El-Erian, Special Rapporteur: UN Doc. A/CN.4/161 and Add. 1. Yearbook of the International Law Commission. Vol. II, 1963. P. 186.
5. First Report on Responsibility of International Organizations, UK Doc. A/CN.4/ P. 532.
6. Report of the Subcommittee on State responsibility: UN Doc: A/5509. Annex I. Yearbook of the international law commission. 1963.Vol. II. P. 227-256.
7. Ответственность международных организаций: Комментарии и замечания, полученные от международных организаций. A/CN.4/582 : Доклад Комиссии международного права. 59-я сессия. Женева, 7 мая, 8–12 июня и 9 июля – 10 августа 2007 г. A/62/10//, I.C.J. Reports, 1996, p. 78, para. 25.
8. Yee S. The Responsibility of States Members of an International Organization for Its Conduct as a Result of Membership or Their Normal Conduct Associated with Membership / S. Yee // International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter / ed. Ragazzi M. Leiden : Koninklijke Brill NV, 2005. P. 435–454.

Статья посвящена освещению проблемы ответственности международных организаций за нарушение международных обязательств. В частности, подчеркивается актуальность изучаемого вопроса сквозь призму глобализационных процессов. Раскрывается сущность правосубъектности международных организаций и ее влияние на объем ответственности международных организаций. Обращается внимание на тот факт, что вред не является обязательным условием наступления ответственности международных организаций, поскольку для этого достаточно совершения деяния, которое не соответствует обязательствам международной организации. Сделаны выводы о необходимости осуществления кодификации норм об ответственности международных организаций. Сосредотачивается внимание на том, что основой этого выступает тот факт, что именно кодификация норм международно-правовой ответственности отражает многогранность и комплексность международного сообщества.

Ключевые слова: международно-правовая ответственность, международная организация, международно-правовое обязательство, государство, противоправность.

The article is devoted to the issue of accountability of international organizations for violating international obligations. The relevance of the issue under consideration is emphasized through the prism of globalization processes. The essence of legal personality of international organizations and its influence on the volume of responsibility of international organizations is revealed. In accordance with this document, the responsibility of international organizations comes for any internationally wrongful act. Attention is drawn to the fact that harm is not a prerequisite for the responsibility of international organizations. Since this is enough to commit an act that does not meet the obligations of an international organization. Conclusions are made regarding the necessity of codification of norms on the responsibility of international organizations. It is based on the fact that the codification of the rules of international legal responsibility reflects the complexity and complexity of international co-operation.

Key words: international legal responsibility, international organization, international legal obligation, state, wrongfulness.

УДК 341.1/8

Владислав Чігер,
студент міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

СУЧАСНІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ АРКТИЧНОГО РЕГІОНУ

На основі міжнародно-правових і національно-законодавчих документів аналізується сформований правовий режим Арктики в умовах лідируючої ролі приарктичних держав. Особливу увагу приділено проблемі секторального поділу на національному та міжнародному рівнях приарктичними державами.

Ключові слова: геополітика, арктичний регіон, міжнародні відносини, арктичні держави, режим, Арктика, міжнародне право.

Постановка проблеми. У зв'язку зі зростанням ролі та значення Арктики останніми роками перед міжнародним співтовариством постала низка надважливих проблем, пов'язаних із визначенням змісту й перспектив розвитку основних напрямів співробітництва арктичних держав між собою, а також з іншими суб'єктами, зацікавленими в цій співпраці. Зважаючи на процес глибокої трансформації Арктичного регіону, головними завданнями є визначення найбільш оптимальних параметрів багатостороннього управління Арктикою та вдосконалення ефективності його реалізації на практиці, вивчення основних причин поточних змін і вироблення орієнтирів, які є необхідними для подальшого збалансованого розвитку Арктичного регіону.

На початку століття арктична проблема набула особливої актуальності в економічних, політичних, міжнародно-правових дослідженнях. На наш погляд, значне зростання пізнавального інтересу до Полярного регіону з боку арктичних і неарктичних держав, регіональних організацій, сучасних дослідників, у тому числі і юристів-міжнародників, зумовлено сукупністю таких факторів та аргументів:

- загострення між арктичними державами конкурентної боротьби за перспективні джерела мінеральних ресурсів на континентальному шельфі;
- посилення транспортного й економічного потенціалу Арктики в умовах глобального потепління й танення арктичних льодів;
- посилення протиріч між арктичними країнами, наявність неврегульованих міжнародно-правових проблем, пов'язаних із подальшим формуванням і розвитком правового режиму Арктики та всіх його складників.

Окремі міжнародно-правові проблеми Арктики на рівні теоретичних і фактичних узагальнень, а також фрагментарного, епізодичного аналізу висвітлено на сторінках наукових робіт таких вітчизняних і зарубіжних юристів-міжнародників, як, Л. Тимченко, Я. Павко, О. Єлєазаров, Н. Яшна, М. Замікула, О. Філонов, І. Жудко, К. Джойнер, Л. Хейнінен та інші.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі міжнародно-правових і національних законодавчих документів, новітніх публікацій вітчизняних і зарубіжних дослідників здійснити об'єктивний, коректний аналіз актуальних, гострих, дискусійних проблем правового регулювання взаємовідносин держав в Арктичному регіоні.

Виклад основного матеріалу. На початку XXI століття стратегічна важливість Півночі зростає й виходить на перший план у геополітиці та економіці як арктичних держав, так і провідних держав, розташованих за межами регіону. На думку Л. Хейнінена, «сьогодні в Арктиці відбувається інтенсивне зростання співробітництва в тому числі між корінними народами та регіональною владою. Частково воно корениться в традиціях соціальних і торговельних зв'язків між північними народами й може бути витлумачений як ренесанс панарктичної співпраці» [1, с. 192].

Правовий статус Арктики формувався протягом довгого часу, тепер активізувався процес його реформування. Нині правовий режим Арктики базується насамперед на нормах сучасного міжнародного права й національного законодавства арктичних держав (Данії, Ісландії, Канади, Норвегії, Росії, США, Фінляндії, Швеції), але лише п'ять із перерахованих держав свого часу запропонували та закріпили в національному законодавстві концепцію так званих арктичних секторів. Це – Канада, Сполучені Штати, Данія, Норвегія й Росія.

© В. Чігер, 2018

Як відомо, уперше ідея розподілу Арктики на сектори оформлена в законодавстві Канади в 1904 р. Зазначена концепція виходить із того, що арктичні простори більший час року покриті льодом, а тому можуть розглядатися не як морські простори, а як своєрідна частина державної території. Найбільш значними арктичними територіями володіють Канада й Росія [6, с. 158].

Варто зазначити, що правовий режим Арктики регулюється положеннями Конвенції ООН з морського права 1982 р. На підставі цієї Конвенції визначаються кордони суверенних прибережних держав, права й відповідальність неарктичних держав, вирішуються питання розширення меж континентального шельфу прибережних держав за межами 200-мильних виняткових зон.

У Конвенції 1982 р. відсутні конкретні положення, які б стосувалися Арктики. Серед статей, що мали хоча б якийсь натяк на арктичні простори, можна вказати ст. 234 «Покриті кригою райони», що встановлює право прибережних держав приймати закони й правила та забезпечувати дотримання недискримінаційних законів і правил із запобігання забрудненню, скорочення і збереження під контролем забруднення морського середовища із суден у вкритих кригою районах у межах виключної економічної зони, де особливо суворі кліматичні умови та є крига, що покриває такі райони протягом більшої частини року, створює перешкоду або підвищену небезпеку для судноплавства, а забруднення морського середовища могло б завдати шкоди екологічному балансу або незворотньо порушити його [5, с. 169].

США, Норвегія й Данія, на відміну від Канади та Росії, не приймали спеціальних актів щодо арктичних районів, прилеглих до них територій. Однак законодавство цих країн про континентальний шельф, економічні та рибальські зони поширюється й на арктичні райони.

Сформульований у документах Канади і СРСР принцип обліку особливих прав та інтересів приарктичних держав у прилеглих до їхнього узбережжя арктичних просторах відображено в так званій секторальній теорії. Ця теорія застосована в практиці окремих держав Арктики. Зокрема, цієї теорії дотримується Канада, яка в різний час висувала її як міжнародно-правове обґрунтування своїх домагань на використання арктичних вод.

Згідно з концепцією арктичних секторів, держава, яка володіє арктичним узбережжям, має особливі права у своєму секторі. Сектор являє собою трикутник, основою якого є побережжя відповідної держави, а сторонами – відповідні лінії, що проходять по меридіанах до Північного полюса. Інші арктичні держави не пішли цим шляхом. Відповідні питання регулюються їхніми законами про континентальний шельф, економічну зону тощо. Зазначимо, що встановлені Канадою та Росією полярні сектори означають, що землі й острови, які належать до них, як відкриті, так і невідкриті, підпадають під юрисдикцію цих держав [4, с. 128].

Характеризуючи зазначений підхід, варто наголосити, що уряд країни дотримується варіанта «секторного» розділу – кордони проходять від країв національних територій прямо по меридіанах до самого полюса. Арктика за такого розподілу кордонів ділиться, немов маківка сфери, на нерівні частини. При цьому Росія отримує найбільшу частину (близько 5,8 млн. км2), далі йде Канада, потім Данія, Норвегія й на останньому місці США [2, с. 111].

США не підтримують і, як наслідок, відкидають секторальний принцип поділу Арктичного регіону. Американський уряд, керуючись власними військово-стратегічними та іншими практичними інтересами, аргументує свою позицію тим, що дотримання й подальша реалізація секторального принципу арктичними державами може призвести до обмеження можливості використання потенціалу військово-морських сил в Арктиці. Офіційні представники американської влади зазначають, що до водного простору арктичних морів, за винятком 12-мильних територіальних вод, цілком можливо застосувати тільки правові норми, які регулюють режим відкритого моря. Крім того, США, здійснюючи постійний тиск, сприяють тому, щоб Канада змінила підхід до вищезазначеної теорії, що, у свою чергу, дасть можливість Сполученим Штатам уникнути певної правової залежності від Канади в канадському арктичному секторі. Варто зазначити, що під час вирішення проблемних питань, які виникають у зв'язку з розмежуванням морських кордонів з іншими приарктичними державами, Канада докладає всіх зусиль, щоб розв'язувати їх без абсолютизації секторального принципу [4, с. 128].

Питання мореплавання, безпеки судноплавства та збереження морського середовища від забруднення із суден є предметом правового регулювання як міжнародних конвенцій, так і національних арктичних країн у межах 200-мильних зон. Питання рибальства за межами виняткових економічних зон регулюються положеннями Конвенції з морського права й Угоди «Про збереження транспортних рибних запасів далеко мігруючих риб та управління ними» 1995 р. Практично ж питання регулювання рибальства вирішують й угоди, учасниками яких є не тільки прибережні держави.

Розмежування морських просторів у Північному Льодовитому океані дасть змогу кожній державі цього регіону чітко усвідомлювати,

де починаються й де закінчуються межі її полярних володінь, що може бути запорукою безпеки держав Арктики.

Незважаючи на розбіжність національних інтересів приарктичних країн з низки питань, співпраця в Арктиці сьогодні характеризується низькою конфліктністю й широким консенсусом, чимало завдяки діяльності Арктичної ради, який дає змогу виявити загальні інтереси країн-учасниць та організувати їхні зусилля по таких напрямах, де є взаємна зацікавленість. Загальну заклопотаність викликають загрози, пов'язані зі зміною клімату, станом природного середовища, слабким розвитком інфраструктури, відсутністю енергетичної безпеки, можливістю техногенних катастроф тощо.

Висновки

Отже, сучасний міжнародно-правовий режим просторів Арктики базується на загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права, на формування яких істотний вплив чинили доктрина міжнародного права і практика держав. Загалом міжнародно-правовий режим морських просторів Арктики являє собою сукупність загальновизнаних принципів і норм, закріплених у Женевських конвенціях з морського права 1958 р. і Конвенції 1982 р. доктринальних концепцій у сфері міжнародного права, звичаєвих і договірних норм, рішень Міжнародного Суду ООН, законодавства приарктичних держав, яке регулює правовий режим морських просторів Арктики.

Узагальнюючи вищенаведене, можна стверджувати, що морські простори Арктики можуть залишатися в юрисдикції й під повним державним суверенітетом п'яти прибережних країн, що не регулюється Конвенцією ООН з морського права 1982 р. Використання секторального принципу делімітації Північного Льодовитого океану має особливу значимість насамперед для Росії, яка має найдовше морське узбережжя й, відповідно, найбільш великий полярний сектор, що містить значні запаси вуглеводнів та інших природних ресурсів, характеризується відносно більшим ступенем заселеності й освоєності арктичних районів порівняно з аналогічними районами інших країн.

В основі регулювання всіх видів діяльності в Арктиці повинна лежати не інтернаціоналізація або поширення на арктичний простір повною мірою правового режиму, встановленого щодо інших районів Світового океану, а саме угода приарктичних держав у силу їхніх особливих інтересів і солідарної відповідальності за Арктику, до яких належать Росія, Данія, Канада, Норвегія, США.

Список використаних джерел:

1. Береговий А.І. Основні геополітичні гравці арктичного регіону та національні інтереси Канади в Арктиці. Вісник Дніпропетровського університету. Серія «Філософія. Соціологія. Політологія». 2015. № 4. С. 191–199. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vdufsp_2015_4_28.

2. Гарькавченко К.Г. Територіально-політичний поділ світу в 90-х рр. XX – початку XXI століття: боротьба за Арктику: дис. ... канд. іст. наук: спец. 07.00.02 «Всесвітня історія» / наук. кер. О.В. Набока; ДЗ «Луганський національний університет імені Тараса Шевченка». Старобільськ, 2017. 196 с. URL: http://hdl.handle.net/123456789/2302.

3. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_057.

4. Павко Я.А. Міжнародно-правовий режим Арктики та основні тенденції його вдосконалення. Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. 2014. № 2. С. 124–132. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzizvru_2014_2_26.

5. Павко Я.А. Договірний механізм міжнародно-правового регулювання співробітництва держав в арктичному регіоні. Вісник Національної академії правових наук України. 2017. № 2. С. 166–176. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapny_2017_2_17.

6. Філонов О.В. Історико-правові аспекти регулювання статусу арктичних територій. Вісник Маріупольського державного університету. Серія «Право». 2015. Вип. 9–10. С. 157–160. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vmdu_pr_2015_9-10_20.

На основе международно-правовых и национально-законодательных документов анализируется сформированный правовой режим Арктики в условиях лидирующей роли приарктических государств. Особое внимание уделено проблеме секторального деления на национальном и международном уровнях приарктическими государствами.

Ключевые слова: геополитика, арктический регион, международные отношения, арктические государства, режим, Арктика, международное право.

On the basis of international legal and national-legislative documents, the legal regime of the Arctic is being analyzed in the conditions of the leading role of the pre-Arctic states. Particular attention is paid to the problem of sectoral division at the national and international levels by the Arctic states.

Key words: geopolitics, Arctic region, international relations, Arctic states, regime, Arctic, international law.

Увага!

Триває передплата на журнал «Підприємництво, господарство і право», яку можна оформити в будь-якому відділенні поштового зв'язку ПАТ «Укрпошта».

Наш передплатний індекс – 74576.