7 2018 (269)

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.
Торгашин О.М.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Євгенія Бєльтюкова
Особливості спадкування майнових прав інтелектуальної власності.....5

Ірина Бондар
Охорона нотаріусом особистих немайнових прав фізичних та юридичних осіб у нотаріальних провадженнях, що стосуються спадкових відносин: актуальні питання.....10

Наталія Ключковська
Підстави та порядок надання повної цивільної дієздатності неповнолітній особі.....16

Богдан Колесников
Зловживання цивільними процесуальними правами: новела цивільного процесу.....22

Василь Лютий
Реалізація договору нетінгу: проблеми та перешкоди.....28

Ярослав Мельник
Судова практика щодо масових (групових) та похідних позовів у контексті дії режиму цивільної процесуальної безпеки.....34

Людмила Панова
Деякі питання правової природи договору еквайрингу.....47

Артем Самусь
Проблеми правової охорони доменних імен за законодавством України.....54

Анатолій Сліпченко
Відчуження у цивільному праві.....59

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Євгенія Авер'янова
Ліцензування господарської діяльності у спеціальному порядку: характерні риси та напрями удосконалення.....64

Тетяна Швидка
Визначення складу антиконкурентних узгоджених дій у формі спотворення результатів тендерів як виду конкурентних правопорушень.....70

Ольга Ясиновська
Деякі аспекти відповідальності державних господарських об'єднань
та підприємств-учасників за спільними зобов'язаннями.....75

ТРУДОВЕ ПРАВО

Ірина Василько
До проблеми визначення принципів забезпечення трудових прав
працівників, які працюють у роботодавців – фізичних осіб.....82

Світлана Вишновецька, Тетяна Іваницька
Судова практика та її роль у розвитку трудового законодавства України.....87

Олена Гостюк
Право на працю як суб'єктивне право людини:
теоретико-правовий погляд на проблему.....92

АГРАРНЕ ПРАВО

Тетяна Курман
Правові засади використання біотехнологій
в умовах сталого розвитку сільськогосподарського виробництва.....97

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

Марина Дейнега
Природокористування як правова категорія:
проблеми визначення і співвідношення із суміжними поняттями.....103

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Олена Запотоцька
Генезис виникнення та розвитку публічного адміністрування
безпечності та якості харчової продукції.....108

Владислав Карелін
Адміністративно-режимне провадження
у сфері організації виконання покарань.....114

Дар'я Катрич
Принцип пропорційності правоти поліцейського
та відповідальності за прийняті рішення.....118

Валентина Натарова
Зміст та структура речового забезпечення
працівників Національної поліції України.....122

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Андрій Деркач
Коаліція депутатський фракцій як особливий суб'єкт
конституційно-правових відносин.....127

Володимир Мельник
Соціальний захист осіб з інвалідністю:
засади правового регулювання окремих держав-членів ЄС.....133

Руслан Панчишин
Удосконалення законодавства у сфері призначення та проведення виборів
в об'єднаних територіальних громадах.....139

Катерина Чижмарь
Реалізація міжнародно-правових стандартів
рівноправ'я та охорони жінок у правовій системі України.....144

В'ячеслав Шамрай
Транснаціональний (глобальний) конституціоналізм
як об'єктивне явище сучасної правової дійсності.....150

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Оксана Топчій
Інформаційна безпека неповнолітніх крізь призму компаративного правознавства.....154

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Наталія Попович
Види конституційних законів.....159

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Наталя Максименко
Поняття та правова природа підозри.....164

Валерія Смірнова
Права та обов'язки інших осіб, які залучаються до проведення
негласних слідчих (розшукових) дій.....169

КРИМІНАЛІСТИКА

Анна Боровик
Криміналістична характеристика особи потерпілого у злочинах,
вчинених неповнолітніми та молоддю на грунті расової, національної
та релігійної ворожнечі.....174

Галина Вальчишин
Фіксація результатів слідчого експерименту
під час розслідування дорожньо-транспортних пригод.....179

АДВОКАТУРА

Людмила Слива
Консультування адвокатом як стадійний процес.....184

Лариса Чекмарьова
Актуальні питання виплати страхового відшкодування
за договором страхування професійної відповідальності адвоката.....190

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Олена Калашнікова
Міжнародні договори України в системі
нормативно-правового регулювання використання
інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі.....196

Ігор Троцько
Особливості договору про нерозповсюдження
ядерної зброї від 1968 року.....201

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

Уляна Шупка
Особливості співвідношення дефініцій понять тероризму та біологічного тероризму в міжнародному кримінальному праві……206

РЕЦЕНЗІЇ

Борис Розовський
Рецензія на монографію А. В. Кулька «Міжнародно-правове регулювання використання й охорони транскордонних прісних вод»…… 211

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 № 7 від 25.07.2018 р.)
Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 31.07.2018. Формат 70х108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 24,88. Обл.-вид. арк. 22,85
Тираж – 255. Замовлення № 0818/94
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 347.233+347.65+347.77

Євгенія Бєльтюкова,
здобувач кафедри права інтелектуальної власності і корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
приватний нотаріус
Одеського міського нотаріального округу

ОСОБЛИВОСТІ СПАДКУВАННЯ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

У статті досліджується процедура наступництва майнових прав інтелектуальної власності в процесі спадкування та її особливості.

Проаналізовано чинне законодавство України, цивільно-правова доктрина в частині спадкування майнових прав на об'єкт інтелектуальної власності. На базі проведеного дослідження визначається, що особливості майнового наступництва майнових прав інтелектуальної власності в порядку спадкування пов'язані з тим, що за загальним правилом спадкоємці отримують тільки майнові права щодо інтелектуальної власності. Разом із тим деякі немайнові права в усіченому вигляді також можуть переходи у спадок, проте їх обсяг та природа залишається до цього часу дискусійними в науці.

Ключові слова: наступництво, майнові права інтелектуальної власності, авторські права, спадкування.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Об'єкти інтелектуальної власності є особливими об'єктами цивільного обороту зі спеціальним правовим режимом. При цьому значна частка таких об'єктів пов'язана з авторськими та суміжними правами. Якщо спори, які виникають під час спадкування таких об'єктів, як нерухомість, автомобілі тощо, мають напрацьовану практику їх вирішення, яка, в свою чергу, базується на відповідній теоретичній базі, то вирішення спорів щодо спадкування майнових прав щодо об'єктів інтелектуальної власності викликає труднощі на практиці. Особливості об'єктів права інтелектуальної власності, зокрема тісний зв'язок між майновими та немайновими правами творця/винахідника, неоднорідна судова практика зумовлюють доцільність звернення до дослідження особливостей їх спадкування, оскільки вказаний процес притаманний в силу природи всім процесам, пов'язаним із фізичними особами.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми. Особливості спадкування, його сутність були предметами численних наукових розвідок. Серед науковців, які займались його дослідженням, слід назвати М. Ю. Барщевського, К. П. Победоносцева, В. І. Серебровського, Г. Ф. Шершенєвіча, Е. Б. Ейдінову. При цьому безпосередньо до проблематики наступності майнових авторських прав звертались О. В. Басай, В. І. Сергєєв, А. С. Марданшин, В. І. Сердюк, А. В. Гончаров, О. Є. Кухарєв, Г. В. Чурпіта, Р. О. Стефанчук, О. О. Кулініч, О. І. Харитонова, Є. О. Харитонов, Р. Б. Шишка, Н. Е. Яркіна та інші.

Зауважимо, що законодавець чітко не визначає перелік прав інтелектуальної власності, які можуть переходити спадкоємцям. Можливо, саме тому в науці немає єдності поглядів із цього приводу, а тому доцільним та практично необхідним є звернення до дослідження деяких аспектів спадкування прав інтелектуальної власності, які раніше автором не досліджувались і щодо наступництва яких дискусії в доктрині тривають до цього часу.

Метою статті є визначення особливостей спадкування майнових прав інтелектуальної власності в процесі їх спадкового наступництва.

Виклад основного матеріалу дослідження. Згідно зі ст. 1218 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті.

До майнових прав інтелектуальної власності належать: 1) право на використання об'єкта права інтелектуальної власності; 2) виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені

© Є. Бєльтюкова, 2018

законом (ст. 424 ЦК України). При цьому варто звернути увагу на те, що треба розрізняти об'єкти права інтелектуальної власності та інтелектуальну власність як об'єкт спадкування, оскільки до спадкоємця переходять сукупність прав на об'єкт, а не сам об'єкт. Відповідно до ст. 423 ЦК України, особистими немайновими правами інтелектуальної власності є: 1) право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності; 2) право перешкоджати будь-якому посяганню на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця об'єкта права інтелектуальної власності; 3) інші особисті немайнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Особисті немайнові права інтелектуальної власності належать творцеві об'єкта права інтелектуальної власності. У випадках, передбачених законом, особисті немайнові права інтелектуальної власності можуть належати іншим особам. Особисті немайнові права інтелектуальної власності не залежать від майнових прав інтелектуальної власності. Особисті немайнові права інтелектуальної власності не можуть відчужуватися (передаватися), окрім винятків, встановлених законом. Отже, законодавець чітко розподілив майнові та немайнові права, визначив їх види, що має юридичне значення для об'єктів цивільного обігу, які в тому числі можуть ставати об'єктами спадкування.

Особливості спадкування окремих майнових прав інтелектуальної власності встановлені в деяких нормативно-правових актах. Так, у ч. 5 ст. 44 Закону України «Про авторське право і суміжні права» визначено, що до спадкоємців виконавців і правонаступників виробників фонограм і відеограм та організацій мовлення переходить право дозволяти чи забороняти використання виконань, фонограм, відеограм, публічні сповіщення, а також право на одержання винагороди у межах установленого цією статтею строку. Аналогічне положення містить і ЦК України, відповідно до ч. 2 ст. 448 якого право автора на частку від продажу оригіналу твору переходить до спадкоємців автора твору та спадкоємців цих спадкоємців і діє до спливу строку чинності майнових прав інтелектуальної власності на твір, установленого статтею 446 цього Кодексу [1, с. 297-298].

Як роз'яснив Пленум Верховного Суду України в постанові «Про судову практику у справах про спадкування», до складу спадщини входять усі майнові права інтелектуальної власності, чинні на час відкриття спадщини (право на отримання винагороди за використання твору, право на відтворення, опублікування і розповсюдження авторських творів, право на оформлення винаходу, корисної моделі тощо).

Зауважимо, що ситуація з обсягом прав інтелектуальної власності, що входять до спадкової маси, яка визначається законодавцем, залежить також від такого. У світовій практиці склалися дві основні системи (моделі) спадкування, які ґрунтуються на різному розумінні правової природи спадкового наступництва. Перша правова модель спадкування базується на принципі універсального правонаступництва, який означає, що майно особи, яка померла, переходить до інших осіб у незмінному вигляді як єдине ціле і в один і той же момент. В особі спадкоємця вбачається юридичне продовження особи спадкодавця [2, с. 17]. Інша модель передбачає часткове правонаступництво, тобто у спадок переходе залишок майна спадкодавця, який залишається після ліквідації майна спадкодавця – збору боргів, які йому належали, оплати його власних боргів, погашення його податкових і інших зобов'язань.

Наприклад, Закон Великобританії про авторське право, промислові зразки і патенти 1988 року в ст. 90 передбачає передачу авторського права у спадок заповідальним розпорядженням або згідно із законом як особистої або рухомої власності [3, с. 211]. Якщо говорити про уступку або іншу передачу авторського права, то вона розглядається як часткова, тобто обмежена для застосування.

У цивільному праві Канади на додаток до авторського права інші форми захисту інтелектуальної власності включають патенти, товарні знаки і так далі. Усі вони спадкуються як майнові права [4].

Закон про авторське право США 1976 року залишається основним документом в цій області права з декількома значимими поправками, внесеними пізніше. Досить цікаво, що в цьому Законі США допускається повна уступка авторського права [5, с. 75]. Так, відповідно до статті 102 Закону, захист авторських прав поширюється на «оригінальні авторські роботи, зафіксовані на будь-яких матеріальних носіях, з яких вони можуть бути сприйняті, відтворені або повідомлені, або безпосередньо, або за допомогою машини або пристрою». Розділ 204 Закону регулює передачу права власності на авторські права у тому числі і в порядку спадкування. Закон вимагає від власника авторських прав підписати фізичний документ про передачу авторських прав на твір, щоб законодавчо підтвердити передачу. Спадкоємці мають право на відтворення (копіювання) роботи в копію і фонограму; право на створення похідних творів оригінальної

роботи; право поширювати екземпляри і фонограми, а також право на продаж або оренду; право публічного виконання роботи (якщо це література, музика, драма, хореографія, пантоміма, кінофільм, або інший аудіовізуальний твір); право публічного відображення роботи. Закон був змінений в 1995 році, в нього включили шостий вид виключного права – на виконання запису звуку за допомогою цифрового аудіо.

Розкриваючи питання про спадкування авторських прав у законодавстві Німеччини, попередньо відзначимо, що в цій державі на відміну від держав загального права, в яких поширена пропрієтарна конструкція прав промислової власності, літературної, наукової, художньої, або – в найбільш універсальному вигляді – інтелектуальної, власності, широко застосовується щодо прав на результати інтелектуальної діяльності категорія «виключні права» («інтелектуальні права», «охорона промислових прав» і т. п.), що розуміються як права особливого роду [6]. Регулювання порядку спадкування авторських прав здійснює Закон Німеччини «Про авторське право». Ст. 28 цього закону передбачає можливість передачі авторського права в порядку спадкування. Автор може передати здійснення авторського права виконавцю заповідальним розпорядженням. Згідно зі ст. 29 авторське право може бути передано на виконання заповідального розпорядження або співспадкоємцям як частина поділу спадщини [7; 8, с. 43-46].

Зауважимо, що вказані моделі є досить схематичними, оскільки кожна національна система адаптувала вказані моделі до своїх умов. При цьому це стосувалось не тільки обсягу прав, що входять у спадок, та їх правового статусу, але й навіть об'єктів спадкування. Наприклад, у Великобританії, США і Канаді з'явилася така категорія, як особисті немайнові права у сфері інтелектуальної власності (моральні права, відмінні від виключних прав, що мають економічний зміст). Більш того, в англійській доктрині права інтелектуальної власності піднімаються питання спадкування особистих немайнових прав [9, с. 216]. Канадський дослідник Й. Гендреу підкреслює, що в Канаді положення про спадкування моральних прав є досить деталізованими, що є продовженням найбільш високого рівня правового регулювання моральних прав серед країн загального права, і дозволяють їм переходити до спадкоємця після смерті автора [10, с. 195].

У радянський період вважалося, що всі правомочності померлого учасника переходять до спадкоємців і використовуються останніми в повному обсязі [11, с. 44]. Проте об'єкти права інтелектуальної власності в такому контексті навіть не досліджувались, а радянська концепція цивільного права ґрунтувалася на визнанні та регулюванні прав авторів творів літератури і мистецтва, відкриттів, винаходів та раціоналізаторських пропозицій як таких, що мають головним чином відносний (зобов'язально-правовий), а не абсолютний характер [12]. Надалі увагу дослідників стала привертати та обставина, що особа, яка отримала виключне право на твір після смерті автора, має право на його використання, проте це використання здійснюється не в тому обсязі, що й автором [13, с. 22; 8, с. 151].

В юридичній літературі з приводу спадкування права інтелектуальної власності була висловлена точка зору, відповідно до якої існують чотири концепції правонаступництва спадкоємців творця: 1) до спадкоємців переходять, і вони використовують у повному обсязі всі права інтелектуальної власності померлого автора; 2) у спадщину передаються виключно майнові права інтелектуальної власності, особисті немайнові права автора у спадкову масу не входять, хоча спадкоємці мають право захищати недоторканість твору; 3) право інтелектуальної власності переходить як певний комплекс особистих немайнових та майнових прав, обсяг яких вужчий від того, якими наділявся автор; 4) у спадщину переходять тільки ті права інтелектуальної власності, які виникли і не припинилися до смерті автора [11, с. 45].

На нашу думку, всі ці позиції формувались унаслідок дослідження різних груп об'єктів права інтелектуальної власності, що, своєю чергою, пов'язане з особливостями правового регулювання кожного з об'єктів права інтелектуальної власності та особливостей їх як об'єктів цивільних прав. Наприклад, спадкування авторського права передбачає набуття його спадкоємцем на певний термін, на відміну від інших об'єктів спадкування, таких як нерухомість. Строк чинності майнових прав інтелектуальної власності спливає через сімдесят років, починаючи з 01 січня року, наступного за роком смерті автора чи останнього зі співавторів, який пережив інших співавторів, крім випадків, передбачених законом. Якщо твір оприлюднений під псевдонімом чи анонімно, термін охорони закінчується через 70 років після того, як твір був оприлюднений.

Так само дослідниками зверталась увага на те, що спадкування авторських прав слід відрізняти від спадкування авторської винагороди, яка була нарахована за життя автора, але своєчасно не отримана, або нарахована відповідно до авторського договору на вико-

ристання твору вже після смерті автора, але до прийняття спадщини спадкоємцями. У такому випадку об'єктом спадкування виступає не виключне авторське право, а певна грошова сума, яка успадковується на загальних підставах [14, с. 70].

Оскільки обсяг прав інтелектуальної власності не є вичерпним, слід погодитися з Є. О. Рябоконем у тому, що до спадкоємців творця переходять й інші права інтелектуальної власності, які чітко не регламентовані чинним законодавством, зокрема право на одержання авторського свідоцтва [15, с. 224].

Висновки і перспективи подальших розвідок у даному науковому напрямі.

Таким чином, як вбачається з вищевикладеного, об'єкти інтелектуальної власності як специфічний об'єкт цивільного обороту мають особливий порядок спадкування, що зумовлюється тим, що на об'єкт інтелектуальної власності існують як майнові, так і немайнові права. При цьому за загальним правилом спадкоємці отримують тільки майнові права щодо інтелектуальної власності. Разом із тим судова практика свідчить про те, що в деяких випадках спадкоємці отримують так зване «усічене» немайнове право на недоторканість твору. Вказаним немайновим правом не обмежується обсяг наступництва прав інтелектуальної власності. Наприклад, право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності також може переходити у спадок, проте фактично воно реалізується в режимі захисту у разі порушення первинного права творця. Фактично спадкоємці виступають власниками інтелектуальних прав, які набуваються внаслідок спадкового наступництва, а тому не мають такого ж обсягу прав, як у первинного володільця. І якщо більшість майнових прав інтелектуальної власності переходять у спадок, то немайнові права – лише в обсязі, необхідному для захисту прав первинного суб'єкта права інтелектуальної власності.

Список використаних джерел:

1. Чурпіта Г.В. Актуальні проблеми спадкового права: навчальний посібник / О.О. Лов'як, С.С. Бичкова, І.А. Бірюков та ін. ; за заг. ред. Ю.О. Заіки, О.О. Лов'яка. К.: КНТ, ЦУЛ, 2014. 336 с.

2. Мананников О.В. Наследственное право России: учебное пособие. М. : Издат.-торговая корпорация «Дашков и Ко», 2004. 356 с.

3. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части четвертой / Н.Г. Валеева, К.В. Всеволожский, Б.М. Гонгало и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011. 926 с.

4. Закон Великобритании об авторском праве, промышленных образцах и патентах 1988 года. URL: http://www.vaap.ru/articles/kanada/chto-yavlyaetsya-intellektualnoi-sobstvennost

5. Мирзоян С. Становление и развитие авторского права США. Авторское право и смежные права. 2003. № 1. С. 75.

6. Зенин И.А. Основы гражданского права России. М., 1993. 288 с.

7. Закон Германии «Об авторском праве» 1965 г. URL: http://www.cop-yright.ru/ru/library/zakonodatelstvo/zarubezhnoe_ zakonod atelstvo/zakon_ger-manii_ob_avtorskom_prave/.

8. Косинков В.В. Наследование интелектуальных прав: дисс. канд. юрид. наук.: 12.00.03. Саратов, 2017. 224 с.

9. Hart T., Clark S., Fazzani L. Intellectual Proper Law. 8th ed. – Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013. P. 216. ISBN-13: 978-0-23036653-4. 336 p.

10. Gendreau Y. An Emerging Intellectual Property Paradigm: Perspectives from Canada. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009. ISBN: 978-1-84720-597-1. 352 p.

11. Никитюк П.С. Наследственное право и наследственный процесс: учебник. Кишинев: Издательство Штиниица, 1973. 533 с.

12. Право інтелектуальної власності: підручник / О.І. Харитонова, Є.О. Харитонов, Т.С. Ківалова та ін.; за заг. ред. О.І. Харитонової. К.: Юрінком Інтер, 2017. 540 с.

13. Голощапов А.М., Рождественская К.Ю. Особенности наследования авторских прав. М.: Р. Валент, 2011. 144 с.

14. Заіка Ю.О. Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток : монографія. 2-ге вид. К. : КНТ, 2007. 288 с.

15. Рябоконь Є.О. Авторське право як об'єкт спадкового правонаступництва. Вісник національного університету ім. Т.Г. Шевченка. 2002. № 45-48. С. 224.

В статье исследуется процедура преемственности имущественных прав интеллектуальной собственности в процессе наследования и ее особенности.

Проанализировано действующее законодательство Украины, гражданско-правовая доктрина в части наследования имущественных прав на объект интеллектуальной собственности. На базе проведенного исследования определено, что особенности имущественного преемственности имущественных прав интеллектуальной собственности в порядке наследования связаны с тем, что по общему правилу наследники получают только имущественные права по интеллектуальной собственности. Вместе с тем некоторые неимущественные права в усеченном виде также могут переходить по наследству, но их объем и природа остаются дискуссионными в гражданско-правовой доктрине.

Ключевые слова: преемственность, имущественные права интеллектуальной собственности, авторские права, наследование.

In the article analyses the procedure for the continuity of intellectual property rights in the inheritance process and its features.Author investigates the current legislation of Ukraine, civil-law doctrine in the inheritance of property rights to the object of intellectual property.

On the basis of conducted research author offers its own vision of select aspect of range of problems, and paid attention, that the features of the property continuity of property rights of intellectual ownership rights in the order of inheritance are related to the fact that, according to the general rule, heirs receive only property rights on intellectual property. At the same time, some non-property rights in a truncated form can also be inherited, but their volume and nature remain disputable in civil doctrine.

Key words: continuity, property rights of intellectual ownership rights, copyrights, inheritance.

УДК 346.961:347.121.2+347.65/.68

Ірина Бондар,
канд. юрид. наук, доцент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОХОРОНА НОТАРІУСОМ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ФІЗИЧНИХ ТА ЮРИДИЧНИХ ОСІБ У НОТАРІАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ, ЩО СТОСУЮТЬСЯ СПАДКОВИХ ВІДНОСИН: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Стаття присвячена проблемам охорони нотаріусом особистих немайнових прав фізичних та юридичних осіб, зокрема виявлення нотаріусом у процесі спадкування тих особистих немайнових прав спадкодавця, що можуть входити до складу спадщини, а також формулюванню пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання досліджуваного питання.

Ключові слова: нотаріус, особисті немайнові права, спадкові відносини, спадщина.

Постановка проблеми. Дослідженню питань охорони та захисту прав та інтересів фізичних та юридичних осіб у спадкових правовідносинах присвячували свої праці вчені, які займаються дослідженням матеріального права, зокрема: І. В. Венедіктова досліджувала захист інтересів у спадкових відносинах [1], О. О. Терєхова аналізувала питання здійснення, охорони та захисту суб'єктивних спадкових прав [2], Ю. О. Заіка [3], З. В. Ромовська [4] розглядали різні інститути спадкового права з точки зору саме матеріального права.

Такі вчені, як С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, дослідили спадкове право з точки зору реалізації норм матеріального права у нотаріальному, цивільному процесі та адвокатській діяльності [5]. О. Є. Кухарев [6] розглядав питання судової практики щодо спадкових прав, Є. Є. Фурса [7] проаналізував процедури вчинення консулом нотаріальних дій щодо спадкування, Л. В. Скок-Козяр [8] порівняла нотаріальні та судові процедури спадкування в Україні та Німеччині. Безумовно, праці цих вчених мають істотний вплив на вдосконалення законодавства і практики реалізації норм матеріального права з питань спадкування.

Мета дослідження. Автор поставив собі за мету проаналізувати ті нотаріальні провадження, які мають відношення до спадкування саме особистих немайнових прав осіб, оскільки нині ці питання набувають актуальності та залишаються відкритими, оскільки не знайшли свого остаточного вирішення.

Стан дослідження. До науковців, які свої праці присвятили дослідженню проблем спадкування особистих немайнових прав, слід віднести А. В. Гелич [9], З. В. Ромовську [10], С. Я. Фурсу, Є. І. Фурсу [11], О. Л Зайцева [12] та російських учених Т. І. Зайцеву, П. В. Крашенінікова [13], які розкривають це питання через призму нотаріальної діяльності з видачі нотаріусом свідоцтва про право на спадщину щодо особистих немайнових прав спадкодавця, С. Я. Рабовську, яка досліджувала питання спадкування корпоративних прав [14].

Виклад основного матеріалу. Можливість вчинення нотаріусом нотаріальних проваджень, пов'язаних зі спадкуванням особистих немайнових прав, залежить, насамперед, від основного питання: чи можуть ці права входити до складу спадщини.

Згідно зі ст. 1218 ЦК до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті.

Як і з правочинами, традиційно ще у радянській доктрині цивільного права вважалося, що особисті немайнові права, які не пов'язані з майновими правами, спадкуватися не можуть. Вважалося, що з особистих немайнових прав, пов'язаних із майновими правами, переходити до спадкоємців можуть тільки права на видання, відтворення та розповсюдження творів [15, с. 90-96].

Стаття 1219 ЦК прямо передбачає, що не входять до складу спадщини права та обов'язки, що нерозривно пов'язані з особою спадкодавця: 1) особисті немайнові права;

© І. Бондар, 2018

2) право на участь у товариствах та право членства в об'єднаннях громадян, якщо інше не встановлено законом або їх установчими документами.

Отже, начебто питання щодо можливості особистих немайнових прав бути об'єктами спадкування з точки зору законодавства є чітко визначеним та очевидним – такі права не можуть бути предметом спадщини. Однак, як видається, відповідь на це питання не є настільки очевидною, про що свідчать позиції як практиків, так і науковців.

Так, Департамент у справах цивільного стану громадян та нотаріату Міністерства юстиції України в одному зі своїх листів зазначав, що спадкування – це перехід майнових і *окремих особистих немайнових* (виділено нами – *І. Б.*) прав та обов'язків спадкодавця до його спадкоємців. Сукупність цих прав та обов'язків і є спадщиною. До складу спадщини не входять *деякі* (виділено нами – *І. Б.*) особисті немайнові права спадкодавця, зокрема право на участь у товариствах та право членства в об'єднаннях громадян, якщо інше не встановлено законом або їх установчими документами [16]. Таким чином, як видається, Міністерство юстиції орієнтує нотаріальну практику на те, що окремі особисті немайнові права можуть входити до складу спадщини, якщо це встановлено законом або установчими документами товариства. Аналогічною є позиція правової науки.

Так, А. В. Гелич зазначає, що характеристика особистих немайнових прав, які не входять до складу спадщини, має ґрунтуватися на класифікації особистих немайнових прав на такі, що пов'язані з майновими правами, та такі, що не пов'язані з майновими правами. З огляду на це, доводиться, що особисті немайнові права, пов'язані з майновими правами, можуть входити до складу спадщини у випадках, встановлених законом, установчими документами юридичних осіб, заповітом спадкодавця [17, с. 9-10].

На наш погляд, можливість або неможливість особистих немайнових прав входити до складу спадщини необхідно досліджувати через таке правове поняття, як оборотоздатність об'єктів цивільних прав.

Згідно зі ст. 178 ЦК об'єкти цивільних прав можуть вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином, якщо вони не вилучені з цивільного обороту або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи.

Проблему оборотоздатності особистих немайнових благ досить детально у правовій науці дослідив С. О. Сліпченко. Ним було зроблено загальний теоретичний висновок, що не здатними до обороту є такі права: свобода вибору літературної, художньої, наукової та технічної творчості, свобода вибору місця проживання, вибір роду діяльності, свобода пересування і вибір місця перебування, свобода об'єднань, свобода мирних зібрань, оскільки вони невіддільні і не об'єктивовані, мають чітко виражений особистий характер і дозволяють задовольняти інтерес лише своїм носіям. Із цієї ж причини вони не підлягають грошовій оцінці. Ті нематеріальні об'єкти, які мають ознаки відокремленості, об'єктивованості, віддільності та економічної цінності, подібно до результатів творчої діяльності мають властивості товару і потенційно здатні брати участь в економічному обороті [18, с. 479]. До останніх належать: ім'я фізичної особи, її зображення, честь, ділова репутація, особисті папери, відомості про особисте життя, житловий простір, кореспонденція, інформація, найменування юридичної особи, участь в управлінні товариством, голос фізичної особи, автономність юридичної особи та інші оборотоздатні об'єкти особистих немайнових правовідносин [18, с. 479-480]. Отже, щодо цих об'єктів можуть виникати оборотоздатні особисті немайнові права, на думку С. О. Сліпченко, хоча з цією позицією важко однозначно погодитися, якщо докладно аналізувати ці поняття в контексті їх реалізації в цивільному або іншому обороті. Таке правило не можна застосовувати без істотних обмежень, інакше його застосування може призвести до парадоксів. Зокрема, за цією позицією виходить, що фізична особа вправі продавати або іншим чином відчужувати своє ім'я, честь тощо. Але з чим вона залишиться і хто захоче їх придбати?

Можливість спадкування особистих немайнових прав визначає й Н. М. Оксанюк. На її погляд, заповідач не може заповідати своїм спадкоємцям право авторства, право на авторське ім'я чи право на недоторканність твору, а також інші особисті немайнові права, які невіддільні від особи, але він має право заповідати не видані за його життя рукописи та інші результати інтелектуальної творчості та майнові права на них [19, с. 120-121]. Ось тут і буде проявлятися важливість імені автора твору, рукопису, оскільки їх привласнення спадкоємцем не зробить його одночасно відомим і популярним тощо.

Однак усі ці теоретичні висновки потребують адаптації до питань практичного характеру. І тут, на наш погляд, такий практичний підхід, який може бути взятий за основу нотаріусами у вирішенні питання щодо можливості тих чи інших особистих немайнових прав входити до складу спадщини, наводить

С. Я. Фурса. На її погляд, застосовуючи на практиці термін «особисті немайнові права», необхідно посилатися на конкретні норми закону, які встановлюють можливість або заборону спадкування [20, с. 789]. На нашу думку, з таким твердженням загалом можна погодитися.

Як вбачається з аналізу особистих немайнових прав та особистих немайнових благ, вони є досить неоднорідними за своїм змістом, і щодо їх правового регулювання здебільшого не може бути застосовано універсальний підхід. Так, як щодо вже обґрунтованої автором можливості особистих немайнових благ бути предметом правочинів, так і щодо спадкування необхідно визнати, що окремі особисті немайнові права та блага можуть входити до складу спадщини. Такими, зокрема, можуть бути окремі права інтелектуальної власності.

Не погоджуючись із зазначеним твердженням С. Я. Фурси, Л. В. Лещенко зазначає, що положення п. 1 ч. 1 ст. 1219 ЦК у контексті визначених цивілістичною доктриною властивостей особистих немайнових прав дає підстави вважати, що навіть за відсутності у ЦК вичерпного переліку цих прав уміщувати щодо кожного з цих прав норму про неможливість спадкування означало б зводити нанівець правило норми загальної (п. 1 ч. 1 ст. 1219 ЦК). Також Л. В. Лещенко припускає, що і винятки з цієї норми навряд чи можливі, навіть за наявності відповідного застереження в спеціальній нормі закону [21, с. 64].

Однак, як нам здається, С. Я. Фурса не пропонувала уміщувати в закон окремі норми щодо можливості чи неможливості спадкування конкретних особистих немайнових прав. Йдеться про те, що неможливість особистого немайнового права спадкуватися не може визначатися автоматично, виключно виходячи з наявності п. 1 ч. 1 ст. 1219 ЦК, оскільки як би цього комусь не хотілося, але ця норма не охоплює особливості усіх особистих немайнових прав у сфері спадкування. Як уже зазначалось автором вище, натепер сфера особистих немайнових прав є настільки широкою, особисті немайнові права є настільки різними за своєю природою, що формулювання єдиних універсальних висновків щодо будь-яких особистих немайнових прав, зокрема, й у частині неможливості їх переходити до спадкоємців є неприйнятним. Протилежний висновок приводитиме лише до порушення прав фізичних та юридичних осіб на спадкування, оскільки необґрунтовано обмежуватиме їхні спадкові права.

Враховуючи наведене, можна зробити загальний висновок про можливість виявлення в процесі спадкування особистих немайнових прав спадкодавця і необхідності нотаріусів кваліфікувати такі права як такі, що мають спадкуватися або ні. Тобто відсутність у нормах ЦК чіткого переліку особистих немайнових прав спадкодавця, що можуть спадкуватися, призводитиме у нотаріальній практиці до істотних проблемних питань.

Тепер вважаємо доцільним зупинитися на обґрунтуванні можливості під час вжиття заходів з охорони спадкового майна виявлення нотаріусом рукопису видатного вченого або письменника, що може зберігатися на паперовому або електронному носії. Неважко передбачити, що така праця буде значно престижнішою, якщо належатиме видатній людині, ніж його нащадкам. Тому спадкоємці потенційно здатні власноруч завершити незакінчену працю спадкодавця для її тиражування в комерційних цілях. Якщо ж такий рукопис буде виявлений нотаріусом під час опису спадкового майна, то завдяки об'єктивному характеру діяльності нотаріуса виникне більша довіра до факту, що праця належить спадкодавцю. Отже, спадкоємці потенційно здатні зловживати своїм статусом і отримати завдяки використанню авторського права вигоду.

Однак автор у цьому разі не вважає, що ім'я автора в такій ситуації спадкується, оскільки не можна розцінювати неправомірні дії як законні. Так само спадкоємці не отримують ім'я автора (спадкодавця) у спадок, і хоча вони здатні назвати своїх дітей ім'ям спадкодавця, але це ім'я персоніфікуватиме абсолютно іншу фізичну особу. Тому важко однозначно погодитися з позицією С. О. Сліпченко щодо оборотоздатності імені фізичної особи, оскільки воно персоніфікує конкретного суб'єкта в суспільних відносинах.

Справді, зазначення в афішах імені видатного артиста значно збільшуватиме попит на білети на концерт тощо, але саме ім'я не може відчужуватися, оскільки з ним пов'язується певний образ і талант конкретної фізичної особи. Тому у разі відсутності на концерті певної фізичної особи, яка була зазначена в афіші, споживачі повинні мати право на компенсацію або повернення коштів. Більше того, коли ім'я використовуватиметься незаконно і без дозволу, в такому разі сам діяч вправі вимагати відповідної компенсації тощо.

Але автор впевнений у тому, що в цих випадках ми говоримо не про формальне використання імені фізичної особи, а про певний образ людини, який і спонукає суспільство до уваги до цієї особистості. Наприклад, якщо на афішах з'явиться напис, що вечір присвячується пам'яті Андрія Кузьменко, то значна

частина українців не відреагує на таку афішу, оскільки більша частина знала цю видатну постать в українському шоу-бізнесі під псевдонімом Кузьма Скрябін. Тут можна прогнозувати, що частині глядачів буде досить згадування такого відомого імені для придбання квитків, оскільки це прізвище викликатиме в них асоціації з його виступами на концертах, манерою поведінки, зовнішнім виглядом, навіть протестними настроями тощо. Але важливим аспектом такого концерту буде й участь у ньому відомих українських виконавців, виконуваний репертуар тощо.

Тому не можна, на нашу думку, погодитися з визначенням права використання чужого імені як самостійного та самодостатнього елемента немайнового права, що має оборотоздатність. Зокрема, набувач такого права не вправі підписувати і засвідчувати підписи на документах від імені іншої особи, що буде однозначно встановлено у нотаріальному порядку тощо. Кожна фізична особа за допомогою імені в паспорті або іншому допустимому документі персоніфікується нотаріусом як учасник, наприклад, цивільних і водночас нотаріальних процесуальних правовідносин, а ідентифікаційний номер тут слугує лише додатковим документом, за допомогою якого ведеться облік фінансових операцій платника податку. Отже, використання імені фізичної особи має багаторівневі форми, і спроби у ст. 296 ЦК регламентувати використання імені слід сприймати лише в контексті оприлюднення імені з тією чи іншою метою. Зокрема, О. О. Посикалюк вважає: «Попри те, що право на ім'я спрямовано на задоволення духовних, моральних, культурних, соціальних чи інших нематеріальних потреб (інтересу), його реалізація може приносити й певну майнову вигоду (використання імені як знак для товарів, робіт чи послуг, як фірмове найменування, як частина назви юридичної особи чи об'єкта права власності тощо)» [22]. Але таке положення слід розглядати знов таки у динаміці, тобто у процесуальних відносинах, до яких належить і нотаріальний процес. Так, окремі автори порушують питання не тільки про певне право, а й про його захист [23]. Зокрема, у разі смерті власника приватного підприємства, який назвав його власним іменем, перейменувати його буде доцільно тоді, коли воно не мало істотного доходу, але з цим можуть погодитися не всі спадкоємці, і може виникнути спір між ними. Якщо ж підприємство було прибутковим і мало постійну клієнтуру, то перейменування підприємства недоцільне, хоча окремі спадкоємці бажатимуть назвати його власним іменем. Але тут важливу роль буде відігравати не ім'я власника, а репутація підприємства, що була зароблена тривалою і якісною працею. Хоча можливим є й третій варіант поведінки спадкоємців, які враховуватимуть у назві підприємства пам'ять про спадкодавця тощо. Однак важко в економічних відносинах брати до уваги неекономічні показники.

Отже, вагоме значення у немайнових відносинах слід надавати саме матеріальним критеріям, оскільки без їх урахування втрачатиметься їхнє правове значення. Зокрема, сьогодні важко собі уявити, що у свідоцтві про право на спадщину буде зазначено, що спадкоємець успадкував ім'я покійного, його зображення, честь, ділову репутацію, особисті папери, відомості про особисте життя спадкодавця, його кореспонденцію тощо. Таке свідоцтво буде говорити про некомпетентність нотаріуса, оскільки зазначені елементи можуть належати лише особисто спадкодавцю. Водночас спадкоємці можуть домовитися або про це може бути зазначено в заповіті, що один з них буде розпоряджатися комерційним використанням імені, ділової репутації спадкодавця тощо. Однак перераховувати у свідоцтві всі правові аспекти немайнових прав спадкодавця нераціонально, а потрібно ввести узагальнюючий термін.

Варто зазначити, що наведені елементи у сукупності становлять образ покійного, саме тому в ч. 7 ст. 296 ЦК говориться, що використання початкової літери прізвища фізичної особи у засобах масової інформації, літературних творах не є порушенням її права, оскільки з нього не складається образ певної особистості. Наприклад, громадянин «С.» ніким не сприйматиметься як певна особистість, якщо ж до цього додати, що він був винахідником, то знов важко буде персоніфікувати цю людину. Водночас досить назвати прізвище Сікорський, як більшість громадян ідентифікує винахідника гелікоптерів. Тобто ім'я (псевдонім) дозволяє нам скласти образ людини навіть з одного прізвища, хоча бувають випадки, коли потребуватиметься уточнювати ім'я і по батькові особи, коли зазначене лише її прізвище, щоб склався певний образ. Наприклад, прізвище Патон асоціюється з двома видатними постатями в українській науці. Отже, ім'я асоціативно дозволяє нам скласти образ певної особистості, хоча здебільшого у спадкових правовідносинах ім'я не відіграє значної ролі і, відповідно, не має юридичного значення.

Саме образ певної людини може скластися з його особистого листування, ділової репутації, створених винаходів, творів тощо. Тому автором і пропонується запровадити узагальнюючий термін, що може використовуватися у свідоцтві про право на спадщину,

реалізація якого може дозволити спадкоємцю отримати дохід – образ спадкодавця. Отже, у свідоцтві може бути зазначено, що спадкоємці або один із них має право на використання образу спадкодавця.

Таким чином, слід підкреслити, що неодмінно має йтися про використання чужого імені (псевдоніму – ч. 2 ст. 28 ЦК), а не власне імені або честі спадкодавця. Водночас у такій ситуації образ фізичної особи може втілюватися у наукових або інших творах. При цьому спадкові правовідносини, пов'язані з немайновими правами спадкодавця, слід сприймати як правовідносини з комбінованим складом [24, с. 16], тобто коли особисті немайнові права тісно пов'язані з майновими. Інакше втрачатиметься юридичне значення вчинюваного нотаріального провадження з видачі свідоцтва про право на спадщину, коли в такому свідоцтві буде зазначатися образ пересічного громадянина, який не матиме матеріального складника його використання.

Тому нотаріус має в силу ст. 5 Закону України «Про нотаріат» з'ясовувати питання щодо доцільності фіксації у свідоцтві про право на спадщину права використання образу спадкодавця, якщо це прямо не зазначено в заповіті, а також під час посвідчення заповіту відомим видатним особистостям роз'яснювати важливість і матеріальний складник використання їхнього образу спадкоємцями. Автор вважає, що охорона немайнових прав має розпочинатися з виваженого і грамотно складеного заповіту, а також вчинення інших важливих нотаріальних дій, що можуть застерегти від втрати немайнових прав. Зокрема, автор вважає, що творчі особистості можуть передавати свої твори або винаходи нотаріусам на зберігання і цей факт фіксувати у заповіті.

При цьому небезпека втрати твору видатного автора можлива навіть у разі вжиття заходів з охорони спадкового майна, оскільки оцінити якість, новизну і значення тієї чи іншої роботи здатні не менш кваліфіковані, ніж автор, творчі особистості. Водночас нічого в Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України не зазначено про можливість залучення експертів із певної галузі знань для оцінки інтелектуального потенціалу певних рукописів, вмісту комп'ютеру спадкодавця тощо. Тобто найцінніший у наш час продукт – новітня інформація – може залишитися без належного фіксування, з чим важко погодитися у добу інформаційних технологій, коли видатні математики можуть отримувати премію в мільйон доларів тощо. Дійсно, Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України передбачає стандартну процедуру дій нотаріуса у разі вжиття заходів з охорони спадкового майна, що залишається після смерті середньостатистичного громадянина. Однак і неординарні особистості потребують охорони і захисту їхніх немайнових прав у період складання заповіту, вжиття заходів з охорони спадкового майна, а також фіксації переходу прав на такі елементи спадщини до спадкоємців.

Отже, у разі отримання спадщини, до якої можуть входити й немайнові права спадкодавця, спадкоємці мають пред'являти ідентифікаційний номер, оскільки вони отримуватимуть прямий дохід або потенційну можливість його виникнення внаслідок реалізації немайнових прав спадкодавця.

Список використаних джерел:

1. Венедіктова І.В. Захист охоронюваних законом інтересів в цивільному праві. К.: Юрінкомінтер, 2014. 288 с.

2. Терєхова О.О. Здійснення, охорона та захист суб'єктивних спадкових прав: дис. ... канд. юрид.наук: 12.00.03. Х., 2012. 193 с.

3. Заіка Ю.О., Солтис Н.Б., Проценко В.В., Рябоконь Є.О. Сучасні тенденції розвитку спадкового права(порфівняльно-правове дослідження) : монографія. К.: Науково- дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 248 с.

4. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Спадкове право. К.: Алерта, КНТ, Цул, 2009. 264 с.

5. Спадкове право: Нотаріат Адвокатура Суд. / за заг. ред Фурси С. Я. К.: Видавець Фурса С. Я., КНТ, 2008. 1216 с.

6. Кухарев О.Є. Актуальні питання спадкового права в судовій практиці. К.: Алерта, 2017. 260 с.

7. Фурса Є.Є Вчинення консулом нотаріальних дій щодо спадкування майна. Окремі питання спадкування з іноземним елементом: консул, нотаріус суд: монографія. К.: Алерта, 2017. 384 с.

8. Скок-Козяр Л. В. Нотаріальний та судовий порядок спадкування: Німеччина і Україна. Окремі питання спадкування з іноземним елементом: консул, нотаріус суд: монографія. К.: Алерта, 2017. 384 с.

9. Гелич А. О. Об'єкти спадкування за цивільним законодавством України: автореф. дис .... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2011. 18 с.

10. Ромовська З. В. Про успадкування особистих немайнових прав громадян. Вісник Київського університету. Київ, 1968. С. 90-96.

11. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Спадкове право: теорія і практика. К.: Атіка, 2002. 496 с.

12. Зайцев А.Л. Наследование неимущественных прав автора. Современное состояние исследования неимущественных правоотношений в науке гражданского права: сборник тезисов научных докладов и сообщений круглого стола / под науч. ред. В.А. Кройтора и С.А. Слипченко. Харьков: ХНУВД, 2012. С. 61-64.

13. Зайцева Т.И., Крашенинников П.В. Наследование личных неимущественных прав. Наследственное право. Комментарий законодательства и практика его применения. М.: Статут, 2001. С. 98-100; Зайцева Т.И., Крашенинников П.В. Наследование прав, связанных с участием в хозяйственных товариществах и обществах, а также в производственных и потребительских кооперативах. Наследственное право. Комментарий законодательства и практика его применения. М.: Статут, 2002. С. 128-133.

14. Рабовська С.Я. Корпоративне спадкування. Спадкове право: Нотаріат Адвокатура Суд / за заг. ред. Фурси С.Я. К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008. С. 290-393.

15. Ромовська З.В. Про успадкування особистих немайнових прав громадян. Вісник Київського університету. Київ, 1968. С. 90-96.

16. Павлова Л.М. Спадкування за новим Цивільним кодексом України. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_4626

17. Гелич А. О. Об'єкти спадкування за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2011. 18 с.

18. Сліпченко С.О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів : монографія. Х., 2013. 552 с.

19. Оксанюк Н.М. Принципи спадкування в цивільному праві України : дис ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2016 . 227 с.

20. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: у 2 ч. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ : Ін Юре, 2004. Ч. 2. 896 с.

21. Лещенко Л. В. Склад спадщини за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2015. 193 с.

22. Посикалюк О.О. Право на транскрибований запис імені: аналіз норм законодавства та правозастовноїпрактики.URL:https://www.researchgate.net/profile/Oleg_Posykaliuk/publication/308936840_PRAVO_NA_TRANSKRIBOVANIJ_ZAPIS_IMENI_ANALIZ_NORM_ZAKONODAVSTVA_TA_PRAVOZASTOSOVNOI_PRAKTIKI/links/57f8a02208ae91deaa607209/PRAVO-NA-TRANSKRIBOVANIJ-ZAPIS-IMENI-ANALIZ-NORM-ZAKONODAVSTVA-TA-PRAVOZASTOSOVNOI-PRAKTIKI.pdf

23. Молчанов, Р.Ю. Здійснення та цивільно-правовий захист особистого немайнового права на ім'я: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2009. 22 с.

24. Терєхова О.О. Здійснення, охорона та захист суб'єктивних спадкових прав: дис. ... канд. юрид.наук: 12.00.03. Х., 2012. 193 с.

Статья посвящена проблемам охраны нотариусом личных неимущественных прав физических и юридических лиц, в том числе выявления нотариусом в процессе наследования тех личных неимущественных прав наследодателя, которые могут входить в состав наследства, а также формулировке предложений по совершенствованию правового регулирования изучаемого вопроса.

Ключевые слова: нотариус, личные неимущественные права, наследственные отношения, наследство.

The article is devoted to the problems of protecting the personal non-property rights of natural and legal persons by the notary, in particular the identification by the notary in the process of inheriting the personal non-property rights of the testator which can be part of the inheritance, as well as the formulation of proposals for improving the legal regulation of the studied issue.

Key words: notary, personal non-property rights, hereditary relations, heritage.

УДК 347.157:[347.155+347.921](477:100)

Наталія Ключковська,
аспірант кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка

ПІДСТАВИ ТА ПОРЯДОК НАДАННЯ ПОВНОЇ ЦИВІЛЬНОЇ ДІЄЗДАТНОСТІ НЕПОВНОЛІТНІЙ ОСОБІ

Стаття присвячена аналізу підстав та порядку надання повної цивільної дієздатності неповнолітнім особам за законодавством України у тому числі в порівняльному аспекті практики реалізації цього права за законодавством деяких іноземних держав. У зв'язку з цим окреслено низку проблем, що виникають у неповнолітньої особи в процесі реалізації права на емансипацію, а також запропоновано шляхи їх вирішення.

Ключові слова: повна емансипація, проста емансипація, неповнолітня особа, повна цивільна дієздатність, згода батьків, адміністративний порядок, судовий порядок.

Постановка проблеми. Вперше на законодавчому рівні в Україні емансипація була закріплена лише з прийняттям 16 січня 2003 року Цивільного кодексу України. Необхідність у правовому врегулюванні надання повної цивільної дієздатності неповнолітній особі була зумовлена, насамперед, переходом до ринкової економіки, потребою узгодити законодавчі норми щодо обсягу цивільної дієздатності неповнолітньої особи та її можливості бути самостійним учасником цивільних правовідносин. З моменту закріплення емансипації минуло більше десяти років, проте з аналізу судової практики стало очевидним, що лише деякі підстави набуття повної цивільної дієздатності застосовуються на практиці та є об'єктивними закономірними причинами для прирівнювання неповнолітнього за правовим статусом до повнолітньої особи. У зв'язку з цим видається за необхідне проаналізувати підстави та порядок надання повної цивільної дієздатності неповнолітній особі, їхню актуальність для сучасного розвитку суспільних відносин, а також зарубіжний досвід емансипації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. Питанню надання повної цивільної дієздатності приділили увагу ряд українських вчених, таких, зокрема, як: Ю. А. Дербакова, Н. А. Д'ячкова, І. В. Жилінкова, М. В. Логвінова, З. В. Ромовська, І. В. Спасибо-Фатєєва, Ж. Л. Чорна, однак низка питань у цій сфері залишаються дискусійними та потребують детального аналізу.

Метою статті є аналіз підстав та порядку надання повної цивільної дієздатності з позиції їх відповідності меті емансипації, а також у порівнянні із законодавством іноземних держав.

Виклад основного матеріалу. Неповнолітніх осіб за обсягом цивільної дієздатності можна умовно поділити на дві групи: неповнолітні особи, які за загальним правилом володіють неповною цивільною дієздатністю та мають право вчиняти правочини, що виходять за межі обсягу їхньої цивільної дієздатності, за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників; неповнолітні особи, які володіють повною цивільною дієздатністю у зв'язку з емансипацією. При цьому в Цивільному кодексі Україні закріплено модель повної емансипації, за якою неповнолітня особа прирівнюється у своєму правовому статусі до повнолітньої особи, за винятком обмежень, встановлених у законодавстві за віковим критерієм. Як слушно зазначає З. В. Ромовська, «надання неповнолітнім повної цивільної дієздатності – це добре і погано, адже добре тому, що завдяки цьому усуваються перепони на шляху повної соціальної активності; погано тому, що неповнолітній стає самостійним суб'єктом ризику та відповідальності, втрачаючи можливість часткового перенесення їх на плечі батьків, піклувальника». У зв'язку з цим, на її думку, до надання повної цивільної дієздатності слід підходити виважено, обережно [1, с. 254].

Відповідно до положень ч. 2 ст. 34, ст. 35 Цивільного кодексу України підставами для емансипації є такі обставини: неповнолітня особа досягла 16 років та працює за трудовим договором; неповнолітня особа записана матір'ю або батьком дитини; неповнолітня особа досягла 16 років та бажає займатися підприємницькою діяльністю; реєстрація шлюбу неповнолітньою особою [2].

При цьому слід розмежовувати поняття надання та набуття повної цивільної дієздат-

© Н. Ключковська, 2018

ності. Момент виникнення повної цивільної дієздатності у разі надання повної цивільної дієздатності залежить від акта компетентного органу (рішення органу опіки та піклування або рішення суду, яке набрало законної сили). У разі набуття повної цивільної дієздатності вона виникає з моменту реєстрації шлюбу або з моменту реєстрації неповнолітньої особи підприємцем.

Обов'язковим елементом юридичного складу у разі вирішення питання органами опіки та піклування про надання повної цивільної дієздатності неповнолітній особі з підстав запису матір'ю або батьком дитини, здійснення діяльності за трудовим договором при досягненні 16 років є згода батьків (усиновлювачів) або піклувальника. У ч. 2 ст. 35 Цивільного кодексу України зазначається, що згода батьків (усиновлювачів) або піклувальника повинна виражатись у письмовій формі. При цьому невирішеним залишається питання щодо необхідності присутності батьків на засіданні органу опіки та піклування, де вирішується питання про надання повної цивільної дієздатності їхній дитині, та у разі їх відсутності – щодо юридичної сили наданої ними згоди у простій письмовій формі. Очевидно, що для підтвердження достовірності надання згоди батьками необхідна їхня особиста присутність на засіданні органу опіки та піклування, а у разі ж відсутності можливості у батьків чи одного з них особисто прибути на вказане засідання, доцільно передбачити законодавчу вимогу щодо обов'язкового нотаріального засвідчення такої згоди. Вказаний порядок одержання згоди батьків надасть можливість органам опіки та піклування переконатись, що згода справді була надана батьками неповнолітньої особи, які не заперечують проти її емансипації.

У разі відсутності згоди обох батьків (усиновлювачів) отримати повну цивільну дієздатність неповнолітня особа може лише в судовому порядку. За згодою одного з батьків – у разі, коли другий помер, визнаний безвісно відсутнім чи оголошений померлим, визнаний недієздатним, позбавлений батьківських прав, що може бути документально підтверджено, в адміністративному порядку. З буквального тлумачення положень Цивільного кодексу України, а також аналізу судової практики можна зробити висновок, що в інших випадках відсутності згоди одного з батьків (усиновлювача) застосовується виключно судовий порядок надання повної цивільної дієздатності.

З аналізу судової практики можна простежити, що середній строк розгляду справ окремого провадження про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності становить від одного до двох місяців з моменту відкриття провадження у справі. Поодинокими є випадки розгляду зазначених справ у кількаденний строк. Так, у справі № 207/2547/16-ц про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності у зв'язку з записом заявниці матір'ю дитини суд розглянув справу у семиденний строк [3], у справі № 703/5450/15-ц про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності у зв'язку зі здійсненням трудової діяльності за трудовим договором суд розглянув справу у шістнадцятиденний строк [4]. Проте слід також враховувати, що рішення суду набирає законної сили після закінчення строку подання апеляційної скарги всіма учасниками справи, якщо апеляційну скаргу не було подано [5]. Строк для апеляційного оскарження збільшено до 30 днів з дня проголошення рішення суду.

Здебільшого відсутність згоди одного з батьків пов'язана не з його небажанням із певних причин надати згоду на емансипацію своїй неповнолітній дитині, а з іншими обставинами, а практика автоматичної передачі таких справ на розгляд суду не сприяє поширенню інституту емансипації.

У зв'язку з цим видається за необхідне надати можливість вирішувати питання про надання повної цивільної дієздатності неповнолітній особі з вищевказаних підстав органам опіки та піклування в тому разі, коли відсутня згода одного з батьків, якщо буде встановлено такі факти: той із батьків, який проживає окремо від дитини, не бере участі у її вихованні більше шести місяців, місце перебування його невідоме. Ці факти можуть бути, зокрема, встановлені за аналогією з нещодавніми змінами до Сімейного кодексу України, які стосуються посилення відповідальності одного з батьків за несплату аліментів, а саме за рішенням суду дитина проживає з одним із батьків за наявності довідки, виданої органом державної виконавчої служби, про наявність заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців [6]; якщо той із батьків, хто проживає окремо від дитини, протягом не менш як шість місяців не бере участі у вихованні та утриманні дитини або місце його проживання невідоме, що підтверджується рішенням суду. Видається, що вищезазначені обставини є поважними та достатніми для неврахування під час розгляду питання про емансипацію неповнолітнього думки того з батьків, який не виховує та не підтримує матеріально свою дитину. При цьому встановлення таких фактів надасть змогу неповнолітній особі

отримати повну цивільну дієздатність в адміністративному порядку.

У разі, якщо батьки (усиновлювачі) або піклувальник проти отримання неповнолітньою особою повної цивільної дієздатності, така особа може звернутися до суду. Надання повної цивільної дієздатності в судовому порядку відбувається в порядку окремого провадження, для якого характерна відсутність спору про право. Можна сказати про те, що такий спосіб набуття повної цивільної дієздатності пов'язаний з конфліктом інтересів між батьками та їх неповнолітніми дітьми. Разом із тим такий спір лежить у площині особистих взаємин, а не в площині спору про право [7, с. 183, 188]. Розгляд такої категорії справ повинен відбуватися за участю одного або обох батьків (усиновлювачів) або піклувальника, якщо між ними та їхньою дитиною виник конфлікт інтересів, та органів опіки та піклування як заінтересованих осіб. У науковій літературі звертають увагу на те, що у Цивільному процесуальному кодексі України не закріплена обов'язкова участь батьків або одного з них у справі про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності, на відміну від участі органу опіки та піклування. Орган опіки та піклування має надати суду висновок у справі, в якій повинен обґрунтувати свою думку про можливість надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності [8, с. 54]. У тому разі, якщо справа буде розглянута без участі органів опіки та піклування, рішення в будь-якому разі підлягає скасуванню. Суд повинен вжити необхідних заходів для явки представників органів опіки та піклування в судове засідання, аж до застосування по відношенню до них заходів адміністративної відповідальності [9, с. 236].

До заяви неповнолітньою особою повинні бути додані такі документи: свідоцтво про народження дитини, що підтверджує наявність запису про материнство чи батьківство неповнолітньої особи, або укладений трудовий договір та довідка з місця роботи. Встановлення цих фактів є достатніми підставами для вирішення питання про фактичне прирівнювання статусу неповнолітньої особи до повнолітньої. Проте одні науковці вважають за необхідне під час прийняття рішення про емансипацію також враховувати психосоціальний критерій, за допомогою якого можна з'ясувати, чи дозволяє психічний розвиток дитини, рівень її життєвого досвіду брати участь у цивільному обороті без допомоги батьків, виявити мотиви подання заяви неповнолітньою особою про надання їй повної цивільної дієздатності, встановити, чи є волевиявлення підлітка вільним та усвідомленим [10, с. 298], інші зауважують, що в цій категорії справ суд повинен виходити не лише з підстав наказу про прийняття на роботу чи свідоцтва про народження дитини, але й з інших суттєво значущих доказів, які в їх сукупності дають повне уявлення про той чи інший юридичний факт, ті сукупні наслідки, які супроводжують такі факти [7, с. 188].

Під час аналізу судової практики виявлено, що здебільшого суди здійснюють перевірку уже наявних юридичних фактів та досліджують докази, що не виходять за межі статті ст. 35 Цивільного кодексу України. Для надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності судам досить встановити факт запису неповнолітньої особи матір'ю чи батьком дитини за даними Державного реєстру актів цивільного стану громадян; наявність укладеного трудового договору та отримати довідку з місця роботи про перебування неповнолітньої особи у трудових відносинах з відповідним роботодавцем.

Поза увагою науковців залишився ще один важливий аспект, що потребує окремої уваги та врахування судами чи органами опіки та піклування: отримання повної цивільної дієздатності може заважати неповнолітній особі здобути повну середню освіту, впливати на можливість подальшого навчання.

У зв'язку з цим становлять інтерес положення цивільного законодавства Франції, де запроваджено окремий інститут освітньої допомоги неповнолітньому [11]. Суть цього інституту полягає у такому: за рішенням ювенального судді до неповнолітнього, який має серйозні проблеми у навчанні, застосовується ряд заходів, наприклад: неповнолітній зобов'язаний відвідувати додаткові уроки; він направляється в окремий спеціальний навчальний заклад, а також ряд інших спеціальних заходів. При цьому, за загальним правилом, неповнолітня особа не може бути емансипована, а лише у виняткових випадках з дозволу ювенального судді.

Оскільки у разі надання повної цивільної дієздатності у зв'язку із записом матір'ю або батьком дитини враховуються певні суб'єктивні фактори, як-от необхідність наявності у неповнолітньої особи повної дієздатності задля повноцінного здійснення нею батьківських обов'язків, то в інших передбачених законом випадках надання повної цивільної дієздатності, факту можливості навчатися і водночас працювати повинна приділятись належна увага. Так, якщо неповнолітній бажає працювати, слід зважати, чи не заважатиме це йому закінчити школу, продовжити навчання у вищому навчальному закладі тощо. Варто зазначити, що лише в одному з аналізованих нами судових

рішень суд брав до уваги успішність у навчанні неповнолітньої особи (як доказова база подавались табелі успішності у школі), яка виявила бажання отримати повну цивільну дієздатність у зв'язку зі здійсненням трудової діяльності всупереч волі батька [12].

У межах цього дослідження окрему увагу слід звернути на набуття повної цивільної дієздатності з такої підстави, як досягнення неповнолітньою особою 16 років та бажання займатися підприємницькою діяльністю. У цьому разі неповнолітня особа набуває повної цивільної дієздатності з моменту державної реєстрації її як підприємця, для якої необхідно отримати згоду батьків (усиновлювачів), піклувальника або органу опіки та піклування. Становить інтерес питання: чи може неповнолітня особа набути право на реєстрацію її як фізичної особи-підприємця без згоди батьків у судовому порядку. Очевидно, що ні, адже відповідно до положень Цивільного процесуального кодексу України до справ окремого провадження належать справи про надання повної цивільної дієздатності. У змісті заяви про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності повинні бути викладені дані про те, що неповнолітня особа працює за трудовим договором або є матір'ю чи батьком дитини відповідно до актового запису цивільного стану [5].

Слід зазначити, що відповідно до положень ст. 413-8 Цивільного кодексу Франції неповнолітня особа може отримати право на зайняття підприємницькою діяльністю лише з дозволу відповідного суду після отримання повної цивільної дієздатності [11]. Тобто для одержання права на ведення самостійної підприємницької діяльності емансипованій неповнолітній особі необхідно окремо звертатися до уповноваженого органу. Більше того, до внесення змін у Цивільний кодекс Франції у 2009 році неповнолітня особа, яка отримала повну цивільну дієздатність, не мала права на здійснення підприємницької діяльності, про що прямо вказувалось у кодексі. У ст. 1:235 Цивільного кодексу Нідерландів закріплено, що неповнолітня особа може бути емансипована лише у судовому порядку за згодою батьків. При цьому у рішенні суду вказується вичерпний перелік правочинів, право на вчинення яких має така особа у зв'язку з емансипацією [13]. У Німецькому цивільному уложенні поняття емансипації не визначене як таке, проте відповідно до положень ст. 112 вказаного кодексу, діставши уповноваження від законних представників та дозвіл сімейного суду, неповнолітній має право здійснювати підприємницьку діяльність самостійно, обмежуючись правочинами, що не виходять за межі здійснюваної діяльності [14]. У Цивільному кодексі Квебеку в Розділі III Глави I Книги четвертої закріплено повну емансипацію, безумовною підставою для якої є вступ у шлюб, а також просту емансипацію, за якої неповнолітній не прирівнюється за своїм правовим статусом до повнолітньої особи, проте проста емансипація надає йому право вчиняти ряд правочинів самостійно, без участі уповноважених на те осіб [15].

Видається, що деякі аспекти такої практики іноземних держав повинні бути запроваджені і в українському законодавстві. У Цивільному кодексі України щодо всіх підстав емансипації закріплена її повна модель, що випливає з ч. 4 ст. 35 Цивільного кодексу України, за якою повна цивільна дієздатність, надана фізичній особі, поширюється на всі цивільні права та обов'язки [2]. Проте підприємництво за Господарським кодексом України розглядається як така, що здійснюється на власний ризик, господарська діяльність. Однак неповнолітня особа не може повною мірою передбачати усі ризики та нести відповідальність за наслідки здійснюваної нею діяльності. У зв'язку з цим, незважаючи на те, що в Україні на конституційному рівні закріплена свобода підприємницької діяльності, щодо емансипованих неповнолітніх осіб така свобода повинна діяти в дещо обмеженому вигляді. Як наслідок, необхідно переглянути підстави та порядок набуття повної цивільної дієздатності в результаті реєстрації неповнолітньої особи підприємцем. Перш за все слід ввести поняття простої емансипації, за якою неповнолітня особа набуває більше прав, ніж особа з неповною цивільною дієздатністю, проте лише у сфері обраного нею виду підприємницької діяльності. Така діяльність неповнолітньої особи повинна обмежуватись правочинами, право на вчинення яких має емансипована неповнолітня особа в межах конкретного виду здійснюваної підприємницької діяльності. При цьому можна керуватись Класифікацією видів економічної діяльності, затвердженою наказом Держспоживстандарту України від 11.10.2010 № 457. Усі інші правочини неповнолітня особа має вчиняти за згодою батьків чи інших уповноважених на це осіб. По-друге, у разі відсутності згоди батьків (усиновлювачів), піклувальника або органу опіки та піклування неповнолітній особі повинно бути надано право звернутись до суду в межах окремого провадження із заявою про надання права на реєстрацію її суб'єктом підприємницької діяльності.

Відповідно до пункту 3 Глави 4 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами

України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5, нотаріус перевіряє обсяг цивільної дієздатності фізичної особи, яка не досягла 18 років, але може бути визнана такою, що має повну цивільну дієздатність, за допомогою таких дій: витребовує свідоцтво про шлюб щодо факту реєстрації шлюбу особи, яка не досягла повноліття; витребовує свідоцтво про народження дитини, в якому неповнолітня особа записана матір'ю або батьком, та рішення органу опіки та піклування про надання такій особі повної цивільної дієздатності, а у разі відсутності такого рішення нотаріус витребовує відповідне рішення суду; отримує відомості з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань в електронній формі шляхом безпосереднього доступу до нього про реєстрацію неповнолітнього підприємцем; витребовує довідку з місця роботи такої особи та рішення органу опіки та піклування про надання такій особі повної цивільної дієздатності, а у разі відсутності такого рішення витребовує відповідне рішення суду [16].

Вищевказаний перелік документів, який повинен бути наданий нотаріусу для встановлення обсягу цивільної дієздатності неповнолітньої особи, очевидно, є недосконалим, оскільки, для прикладу, не враховує випадки звільнення неповнолітньої особи з роботи, внаслідок чого повна цивільна дієздатність зберігається. У зв'язку з цим пропонуємо запровадити Державний реєстр неповнолітніх осіб, що набули повну цивільну дієздатність, куди б могли вноситися відомості про емансиповану неповнолітню особу, зокрема: відомості про підстави емансипації, вид емансипації, суб'єктів, які надали згоду на емансипацію, скан-копії документів, що підтверджують факт набуття неповнолітньою особою повної цивільної дієздатності, а також інші відомості.

Висновки.

1. Здійснивши аналіз підстав та порядку надання повної цивільної дієздатності неповнолітній особі за цивільним законодавством України, можна вказати, що деякі формальні аспекти для отримання повної цивільної дієздатності створюють на практиці незручності через довгий розгляд справи судом при реалізації неповнолітньою особою права на емансипацію. Зокрема, запропоновано розширити повноваження органів опіки та піклування щодо встановлення поважності причин ненадання згоди на емансипацію одного з батьків. Визначено перелік підстав, за яких повна цивільна дієздатність може надаватись в адміністративному, а не судовому порядку. Запропоновано, щоб у разі відсутності можливості у батьків (усиновлювачів) чи одного з них або піклувальника бути присутнім на засіданні органу опіки та піклування під час вирішення питання про надання повної цивільної дієздатності вимагати їхню нотаріально засвідчену письмову згоду.

2. Серед умов, які уповноважений орган повинен враховувати, вирішуючи питання про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності, має бути можливість здійснювати навчання неповнолітньою особою поряд із трудовою діяльністю.

3. З огляду на положення законодавства деяких іноземних держав, запропоновано в контексті набуття повної цивільної дієздатності у зв'язку з зайняттям підприємницькою діяльністю запровадити такий вид емансипації, як проста, за якої неповнолітня особа набуває більше прав, ніж особа з неповною цивільною дієздатністю, проте лише у сфері вибраного нею виду підприємницької діяльності. Основними характерними ознаками простої емансипації є обов'язкова згода батьків (усиновлювачів), піклувальника або органу опіки та піклування на реєстрацію неповнолітньої особи підприємцем; усі інші правочини неповнолітня особа вчиняє за згодою батьків чи інших уповноважених на це осіб.

У разі відсутності згоди батьків (усиновлювачів) або одного з них, піклувальника або органу опіки та піклування неповнолітній особі повинно бути надано право звернутись до суду в порядку окремого провадження із заявою про надання права на реєстрацію її суб'єктом підприємницької діяльності.

4. Обґрунтовано доцільність запровадження Державного реєстру неповнолітніх осіб, що набули повну цивільну дієздатність, куди б мали вноситися відомості про емансиповану неповнолітню особу.

Список використаних джерел:

1. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина : Академічний курс : підручник. К.: Атіка, 2005. 560 с.

2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 435-IV. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 24.06.2018).

3. Рішення Баглійського районного суду м. Дніпродзержинська Дніпропетровської області від 15.09.2016 року у справі № 207/2547/16-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/61752289.

4. Рішення Смілянського міськрайонного суду Черкаської області від 15.10.2015 року у справі № 703/5450/15-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/52276820.

5. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 року № 1618-IV. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення: 24.06.2018).

6. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку примусового стягнення заборгованості зі сплати аліментів : Закон України від 07.12.2017 № 2234-VIII. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2234-19 (дата звернення – 24.06.2018 року)

7. Ясинок М. М. Особливості окремого провадження у цивільному процесуальному праві України (теоретико-правовий аспект): монографія. К.: Алерта, 2014. 385 с.

8. Окреме провадження в цивільному процесі України: навч. посіб. / під ред. Р. М. Мінченко. О.: Фенікс, 2010. 224 с.

9. Кравчук В.М., Угриновська О.І. Науково-практичний коментар до Цивільного процесуального кодексу України . К. : Істина, 2006. 944 с.

10. Д'ячкова Н. А., Кугот Є. С. Емансипація неповнолітніх за цивільним законодавством України. Право і безпека. 2012. № 3. С. 297–301.

11. Code civil: version consolidée au 3 janvier 2018. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721

12. Рішення Дарницького районного суду м. Києва від 28.07.2014 у справі № 753/8096/14-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/41142489.

13. Dutch Civil Code URL: http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm.

14. German Civil Code URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf.

15. Civil Code of Québec URL: http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991.

16. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : затверджено наказом Міністерства юстиції України 22.02.2012 № 296/5 URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12 (дата звернення: 24.06.2018).

Статья посвящена анализу оснований и порядка предоставления полной гражданской дееспособности несовершеннолетним по законодательству Украины в том числе в сравнительном аспекте практики реализации этого права по законодательству некоторых иностранных государств. В связи с этим определен ряд проблем, возникающих у несовершеннолетнего лица в процессе реализации права на эмансипацию, а также предложены пути их решения.

Ключевые слова: полная эмансипация, простая эмансипация, несовершеннолетний, полная гражданская дееспособность, согласие родителей, административный порядок, судебный порядок.

The article is devoted to the analysis of the grounds and procedure for the granting of full civil capacity to minors under the legislation of Ukraine and in the comparative aspect the practice of implementing this right under the legislation of some foreign states. Hence, a number of issues that arise before a minor in the process of realization of the right to emancipation are outlined, as well as ways of their solutions are proposed.

Key words: full emancipation, simple emancipation, minor, full civil capacity, parental consent, administrative procedure, judicial procedure.

УДК 347.9

Богдан Колесников,
аспірант Київського університету права
Національної академії наук України

ЗЛОВЖИВАННЯ ЦИВІЛЬНИМИ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ: НОВЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Стаття присвячена новій категорії в цивільному процесі – «зловживання цивільними процесуальними правами», яку було введено разом із новою редакцією Цивільного процесуального кодексу. Проаналізовані чинні зміни, а також судову практику, що склалася за період нововведень.

Це питання є надзвичайно актуальним, власне, яким воно було і до відповідних змін, зважаючи на те, скільки разів ми стикалися з необхідністю перенесення судового розгляду справи у зв'язку з цілеспрямовано повільними або сповільнюючими діями інших сторін, і фактично жодним чином суд цьому завадити не міг, зважаючи на безкарність таких дій. Нововведення ситуацію покращують, оскільки тепер особа, що зловживає цивільними процесуальними правами, буде за це нести відповідальність, санкціонувати яку може не тільки суд, але і сама сторона спору.

Ключові слова: зловживання, строки, перенесення, відповідальність.

Постановка проблеми. На нашу думку, 15 грудня 2017 року став одним із переломних моментів в Україні, зважаючи на те, що одночасно набули чинності нові редакції кодексів, законів та інших нормативно-правових актів. Особливо тут виділяються процесуальні кодекси, які являють собою не просто нову їх редакцію, а є, з огляду на на кількість змін та доповнень, фактично новими процесуальними кодексами. І, як і варто було очікувати, виникає досить багато питань до цих кодексів, серед яких можна виділити одне особливо доречне: чи вирішують нові процесуальні кодекси загальні питання, що не були врегульовані попередньою їх редакцією?

І в цій статті ми приділимо увагу цьому питанню шляхом порівняння Цивільного процесуального кодексу України в редакції від 15 грудня 2017 року з Цивільним процесуальним кодексом України в редакції до 15 грудня 2017 року в аспекті такого явища, як «зловживання цивільними процесуальними правами».

Мета – порівняння Цивільного процесуального кодексу України в редакції від 15 грудня 2017 року з Цивільним процесуальним кодексом України в редакції до 15 грудня 2017 року в аспекті зловживання сторонами передбаченими кодексами процесуальними правами, а також здійснення аналізу практики, що склалася за період нововведень, у заданому контексті.

Стан дослідження. Проблемні питання зловживання процесуальними правами у цивільному судочинстві досліджувались у працях М. М. Агаркова, В. В. Комарова, Н. О. Чечиної, В. В. Бутнєва, М. Й. Штефана, Н. В. Кузнецова, А. Г. Новікова, А. Н. Єрмакова, А. В. Юдіна, М. Л. Гальперіна та інших відомих вчених.

Виклад основного матеріалу. Перш за все слід виокремити поняття «зловживання процесуальними правами», що буде необхідно для подальшого аналізу та висновків.

У науці трапляються різні підходи до визначення цього поняття. Так, Е. Васьковський зазначає, що під зловживанням процесуальними правами слід розуміти недопустиме здійснення певного права, яке протидіє правильному, своєчасному розгляду справи та винесенню по ній рішення судом або призводить до несправедливого результату для іншої сторони [1]. Н. О. Шебанова зазначає, що зловживання процесуальними правами часто ототожнюється з практикою затягування процесу і розглядається як різновид дій чи поведінки сторони, що перешкоджає судовому розгляду. Серед видів зловживань процесуальними правами автор виділяє зловживання процедурою вирішення спору (яке включає «зловживання правом на позов» та «зловживання правом на захист») і зловживання окремими процесуальними правами [1]. А. Юдін під зловживанням процесуальними правами розуміє особливу форму громадянського процесуального правопорушення, тобто умисні недобросовісні дії учасників цивільного процесу, що супроводжуються порушенням умов здійснення суб'єктивних процесуальних прав і здійснювані лише з видимістю

© Б. Колесников, 2018

реалізації таких прав, пов'язані з обманом щодо відомих обставин справи, з метою обмеження можливості реалізації або порушення прав інших осіб, які беруть участь у справі, а також з метою перешкоджання діяльності суду з правильного і своєчасного розгляду і вирішення цивільної справи, що тягнуть застосування заходів цивільного процесуального примусу [2, с. 56-58]. В. С. Петренко визначає зловживання процесуальними правами як здійснення цивільних прав виключно з наміром заподіяти шкоду іншій особі, дії в обхід закону, а також інше завідомо несумлінне здійснення цивільних прав [3]. В. П. Грибанов, який приділяв більшу увагу саме проблематиці зловживання правом, розумів таке зловживання як особливий тип цивільного правопорушення, що вчиняється уповноваженою особою при здійсненні належного їй права із використанням недозволених конкретних форм у межах дозволеного їй законом загального типу поведінки [4]. Наведені визначення є одними з найбільш цитованих, тому було прийнято рішення взяти саме їх.

За такого різноманіття підходів до визначення поняття «зловживання процесуальними правами» слід зазначити, що незважаючи на те, що зловживання згадувалося за часів Цивільного процесуального кодексу України в редакції до 15 грудня 2017 року (далі – **«ЦПК України 2017 року»**) та передбачено Цивільним процесуальним кодексом України в редакції від 15 грудня 2017 року (далі – **«ЦПК України 2018 року»**), законодавець так і не визначив чітко, що ж слід розуміти під зловживанням процесуальними правами.

Так, ч. 3 ст. 27 ЦПК України 2017 року передбачала добросовісне здійснення своїх процесуальних прав, а ч. 4 ст. 153 передбачала запобіжний засіб для недопущення зловживання забезпеченням позову [5]. Тобто фактично про зловживання в цій редакції взагалі не йшлося, що було причиною для численних затягувань розгляду справи та інших зловживань.

У ЦПК України 2018 року законодавець здійснив фактично перший вагомий крок з урегулювання зазначеного явища, додавши ст. 44, яка передбачає найбільш поширені випадки зловживання (подання безпідставних позовів, подання декількох позовів до одного відповідача, з аналогічними даними, оскарження рішення, яке не підлягає оскарженню, заявлення безпідставного відводу тощо) та визначає зловживання процесуальними правами *як дії, що суперечать завданню цивільного судочинства*. Своєю чергою, під завданням цивільного судочинства розуміється *справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави* [5; 6]. Тобто є три одночасні умови, забезпечення яких є необхідним для виконання завдання цивільного судочинства: справедливість, неупередженість та своєчасність судового розгляду. Але аналізуючи судову практику, що склалася до відповідних змін законодавства, можна дійти висновку про невиконання зазначеного завдання, оскільки як під час дії старої редакції, так і після прийняття нової строк розгляду справи (від двох до трьох місяців тільки в судах першої інстанції) дотримувався і дотримується у відносно невеликій кількості випадків у зв'язку із систематичними перенесеннями дат судового розгляду. Тобто своєчасність судового розгляду не дотримується, а отже, і забезпечити виконання цивільного судочинства наші суди наразі не в змозі, а тому те визначення, що його навів законодавець у ст. 44 ЦПК України 2018 року, є таким, що не відповідає реаліям суспільства.

Також вагомим кроком є включення статей, які передбачають відповідальність за зловживання, а саме: ст. 148, яка передбачає розміри штрафних санкцій за дії, що, на думку суду, підпадають під зловживання; ч. 9 ст. 141, що встановлює ще один вид відповідальності – покладення на сторону, яка здійснила дії, які було визнано зловживанням процесуальними правами, судових витрат повністю або частково, незалежно від результатів розгляду спору [6].

Розглянемо їх докладніше.

Почнемо з ч. 9 ст. 141, яка, на нашу думку, потребує додаткової конкретизації, зважаючи на те, що саме формулювання (*«у випадку зловживання стороною чи її представником процесуальними правами, або якщо спір виник внаслідок неправильних дій сторони, суд має право покласти на таку сторону судові витрати повністю або частково незалежно від результатів вирішення спору»*) дає підстави вважати, що всі судові витрати (на надання правової допомоги, на витрати на явку представника, на участь представника в судовому засіданні, на написання та подачу процесуальних документів, на збір та подачу доказової бази, привід свідків, судові експертизи тощо) можуть повністю покластись на певну сторону за фактично будь-яке (а редакція цієї статті передбачає таку можливість) зловживання процесуальними правами (далі – «**зловживання правами**»), що, у свою чергу, створює колізію із п. 12 ч. 3 ст. 2 (*однією з основних засад цивільного судочинства є відшкодування судових витрат сторони, на користь якої ухвалене судове рішення*) та ч. 1, 2 ст. 141 (*судовий збір покладається на сторони пропорційно розміру задоволених позовних вимог. Інші судові витрати, пов'язані з розглядом справи, покладаються: у разі задоволення позову – на відповідача; у разі відмови в позові – на позивача;*

у разі часткового задоволення позову – на обидві сторони пропорційно розміру задоволених позовних вимог). Тобто з вищенаведеного можна дійти висновку, що можливі два варіанти:

1) штрафи за зловживання правами включаються до складу судових витрат (оскільки трактувати ч. 1 ст. 133 ЦПК України 2018 року можна досить широко) в разі якщо сторона, що здійснила дії, які суд визнав зловживанням правами, виграла справу, то покладена на неї відповідальність за таке зловживання (судові витрати в такому разі будуть стягуватись з іншої сторони) фактично буде підлягати відшкодуванню іншою стороною;

2) штрафи за зловживання правами не входять до складу судових витрат – тоді фактично виникає спір всередині спору, а тому для розгляду такої заяви все ж необхідна реакція відповідної сторони спору, яка надасть свої заперечення як в усній (у разі розгляду заяви під час судового/підготовчого засідання), так і в письмовій формі (письмова відповідь на таку заяву до чергового судового/підготовчого засідання).

Окрім того, варто звернути увагу, що станом на 18 червня 2018 року в Єдиному державному реєстрі судових рішень (далі – «**ЄДРСР**») є відносно невелика кількість судових рішень, які ухвалені в порядку ч. 9 ст. 141 ЦПК України 2018 року. Так, наприклад, ухвала від 25 січня 2018 року по справі № 522/8178/17, в якій суд поклав сплачений судовий збір у повному обсязі на відповідача у зв'язку з поданням представником позивача заяви про залишення позову без розгляду через усунення відповідачем обставин, які були підставою для звернення позивача до суду, що суд, у свою чергу, сприйняв як неправильні дії відповідача та фактичне визнання ним позову [7]; або рішення, якими судові витрати були покладені на позивачів у зв'язку з тим, що спір виник саме через їхні неправильні дії, при тому фактично вигравши спори [8; 9; 10; 11].

Тепер стосовно ст. 148 ЦПК України 2018 року, яка вже була застосована більш ніж чотири десятки разів судами першої інстанції та декілька разів – судами апеляційної інстанції, що наводить на думку, що згодом суд вищої інстанції також почне її застосовувати, тим самим виокремлюючи нюанси застосування зазначеної статті. Як було наголошено раніше, вказана стаття встановлює штрафи за певні дії, вичерпний перелік яких надано в ч. 1 ст. 148, а саме:

– *штраф від 0,3 до 3 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб у разі: невиконання процесуальних обов'язків, зокрема ухилення від вчинення дій, покладених судом на учасника судового процесу; зловживання процесуальними правами, вчинення дій або допущення бездіяльності з метою перешкоджання судочинству; неповідомлення суду про неможливість подати докази, витребувані судом, або неподання таких доказів без поважних причин; невиконання ухвали про забезпечення позову або доказів, ненадання копії відзиву на позов, апеляційну чи касаційну скаргу, відповіді на відзив, заперечення іншому учаснику справи у встановлений судом строк; порушення заборон, встановлених частиною дев'ятою статті 203 ЦПК України 2018 року.*

– *штраф від 1 до 10 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб у випадках: повторного чи систематичного невиконання процесуальних обов'язків, повторного чи неодноразового зловживання процесуальними правами, повторного чи систематичного неподання витребуваних судом доказів без поважних причин або без їх повідомлення, триваючого невиконання ухвали про забезпечення позову або доказів.*

Так, суд першої інстанції по справі № 456/3781/15-ц двічі виніс ухвалу про стягнення з особи штрафу за неявку та повторну неявку в судове засідання для дачі пояснень по справі [12; 13]; по справі № 371/1070/17 судом першої інстанції 05 лютого 2018 року було не тільки оштрафовано представника відповідача за зловживання процесуальним правом на порушення питання стосовно зловживання процесуальним правом, але й судом надіслано звернення до Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури Київської області щодо притягнення представника до дисциплінарної відповідальності [14; 15]; у справі № 628/2546/17 суд першої інстанції в ухвалі від 10 січня 2018 року наклав штраф і на позивача, і на представника позивача, оскільки сам позивач у судові засідання не з'являвся, а його представник протягом усього часу розгляду справи перебував у відпустці, у зв'язку з чим систематично надсилав клопотання про відкладення розгляду справи [16], проте надалі ухвалою від 06 березня 2018 року скасував штраф у зв'язку з визнанням причин відсутності поважними.

Стосовно згадуваних випадків застосування ст. 148 ЦПК України судами апеляційної інстанції слід зазначити таке: ухвалою Апеляційного суду Харківської області від 22 травня 2018 року у справі № 636/1760/16-ц було накладено штраф на відповідача за неподання витребуваних судом доказів [17]; ухвалами Апеляційного суду Полтавської області від 27 лютого 2018 року та 03 травня 2018 року у справі № 530/1730/16-ц було двічі накладено штраф на відповідача за зловживання правом на апеляційне оскарження [18; 19].

Окремо варто згадати про випадки скасування штрафу за зловживання цивільними процесуальними правами у зв'язку з

усуненням такого зловживання та про випадок, коли суд відмовив стороні в накладенні штрафу за дії, що підпадали під зловживання:

1) ухвалою Фастівського міськрайонного суду Київської області від 02 квітня 2018 року було скасовано ухвалу від 13 березня 2018 року, якою було накладено штраф 1762, 00 грн. на сторону у зв'язку з невиконанням вимоги суду про витребування доказів. Судом першої інстанції було визнано поважними причини зазначеного невиконання вимоги суду у зв'язку з тим, що судом було допущено помилку в найменуванні сторони (банку), в якої витребовувалися документи, а також із тим, що банк працює лише два дні на тиждень, що унеможливило вчасне виконання вимог суду. Проте, зважаючи на невчасне, але, тим не менш, виконання вимог суду, і було прийнято рішення про скасування штрафу [20].

Так, ухвалою Рахівського районного суду Закарпатської області від 02 квітня 2018 року скасовано ухвалу суду від 13 березня 2018 року про накладення штрафу на третю особу, без самостійних вимог, через неявку в судове засідання, попри визнання такої явки судом обов'язковою. Скасувавши штраф, в ухвалі суд визнав поважною причину неявки, яка полягала в надмірній зайнятості представника третьої особи [21].

На нашу думку, обставини, визнані судами поважними, такими не є, оскільки, якщо йти від аналогії, то, зважаючи на численні більш ранні рішення судів фактично всіх інстанцій у питанні поновлення процесуальних строків, вказані обставини не є поважними, оскільки не мають об'єктивного характеру.

2) ухвалою Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області було відмовлено в задоволенні клопотання відповідача по справі про застосування заходів процесуального впливу (накладення штрафу в порядку ст. 148 ЦПК України 2018 року). Клопотання було подане через те, що 20 березня 2018 року підготовче провадження по справі було закрито, тобто почався етап судового розгляду справи, і позивач 12 квітня 2018 року подав клопотання про необхідність витребування доказів, проведення судової експертизи та зобов'язання вчинити певні дії. Відмовляючи в накладенні штрафу, суд кваліфікував зазначені дії під п. 1 ч. 1 ст. 148 ЦПК України 2018 року: «ухилення від вчинення дій, покладених судом на учасника судового процесу» [22].

На нашу думку, суд здійснив неправильну кваліфікацію вищезазначених дій позивача, зважаючи на те, що, по-перше, раніше позивач клопотав про призначення судової експертизи, в чому йому було відмовлено; по-друге, зазначені дії не підпадають під ознаку ухилення від вчинення дій, покладених судом на учасника справи, оскільки за даними з ЄДРСР відсутня відповідна ухвала суду; по-третє, описані дії підпадають під п. 2 ч. 1 ст. 148 ЦПК України 2018 року, зокрема «вчинення дій з метою перешкоджання судочинству».

Тобто з вищенаведеного можна дійти висновку про те, що нововведені норми застосовуються судами, але, на нашу думку, застосовуються не досить часто, зважаючи на численні випадки зловживання процесуальними правами до прийняття ЦПК України 2018 року, а, аналізуючи ЄДРСР починаючи з 2018 року, можна помилково дійти висновку про сумлінність сторін та майже відсутність підстав для застосування зазначених статей.

На останок слід приділити увагу випадкам зловживання цивільними процесуальними правами до прийняття ЦПК України 2018 року. Так, зокрема, найпоширенішим видом такого зловживання була систематична неявка сторони на судові засідання, у зв'язку з чим суд розглянув справи за наявними в ній матеріалами, попередньо відкладавши судовий розгляд [23; 24; 25].

З огляду на вищевикладене, можна зробити такі **висновки**:

1. Під зловживанням цивільними процесуальними правами слід розуміти певні дії однієї зі сторін спору, що спрямовані на затягування строків розгляду справи, на спричинення додаткових необов'язкових, виходячи з матеріалів справи, витрат сторони, на вчинення стороною позасудових дій, які фактично свідчать про визнання позовних вимог, та/або інших дій, що передбачені законом та/або є такими, що на розсуд суду мають на меті створення перешкод здійсненню належного судочинства у конкретному спорі, тим самим перешкоджаючи доступу сторони до правосуддя та реалізації права на справедливий суд.

2. Сторони спору можуть клопотати про визнання певних дій іншого учасника справи такими, що мають ознаки зловживання цивільними процесуальними правами, та накладення передбаченого законом штрафу на такого учасника.

3. Уведені нововведення є досить доречними, але і вони не вільні від недоліків, зважаючи на включення найбільш поширених ситуацій зловживання цивільними процесуальними правами й одночасне обминання увагою більш складних способів здійснення зловживання (неявне зловживання (наприклад, зловживання відводом судді або подання декількох різних за змістом/предметом позовів стосовно одних і тих же правовідносин), а також те, що наразі судді недостатньою мірою застосовують вищезазначені статті.

Список використаних джерел:

1. Марунич Г. «Затягування цивільного процесу» та «зловживання цивільними процесуальними правами»: співвідношення понять. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 9. URL: http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2016/09/4.pdf.

2. Юдин А. В. «Злоупотребление правами в гражданском судопроизводстве» : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс, арбитражный процесс». СПб., 2009. 537 с.

3. Петренко В.С. Механізми запобігання та протидії зловживанню процесуальними правами у цивільному судочинстві. Зловживання цивільними процесуальними правами: шляхи протидії : матер. круглого столу (м. Одеса, 27 лист. 2015 р.) / уклад.: І. В. Андронов, Н. В. Волкова, Р. Ф. Гонгало ; НУ ОЮА, Каф. див. проц. Одеса: Фенікс, 2015. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/4100/Petrenko.pdf?sequence=1.

4. Грибанов В.П. осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000 р. С. 411. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/1/.

5. Цивільний процесуальний кодекс України в редакції до 15.12.2017 року : Закон від 18.03.2004 № 1618-IV. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/ed20170803.

6. Цивільний процесуальний кодекс України в редакції станом на 24.02.2018 р. : Закон від 18.03.2004 № 1618-IV. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/print1509656727941672.

7. Рішення суду загальної юрисдикції : ухвала у справі № 522/8178/17 від 17 січня 2018 року / Приморський районний суд міста Одеси. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/71782575.

8. Рішення суду загальної юрисдикції : ухвала у справі № 671/384/18 від 12 квітня 2018 року / Волочиський районний суд. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73364618.

9. Рішення суду загальної юрисдикції: Рішення у справі № 398/14/18 від 13 квітня 2018 року / Олександрійський міськрайонний суд Кіровоградської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73353060.

10. Рішення суду загальної юрисдикції : рішення у справі № 325/173/18 від 20 квітня 2018 року / Приазовський районний суд Запорізької області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73551522.

11. Рішення суду загальної юрисдикції : рішення у справі № 428/11257/17 від 12 березня 2018 року / Сєвєродонецький міський суд Луганської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72653805.

12. Рішення суду загальної юрисдикції : ухвала у справі № 456/3781/15-ц від 20 лютого 2018 року / Апеляційного суду Львівської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72336366.

13. Рішення суду загальної юрисдикції : ухвала у справі № 456/3781/15-ц від 16 лютого 2018 року / Апеляційний суд Львівської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72264885.

14. Рішення суду загальної юрисдикції: ухвала у справі № 371/1070/17 від 05 лютого 2018 року / Миронівський районний суд Київської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72108919.

15. Рішення суду загальної юрисдикції: Окрема Ухвала у справі № 371/1070/17 від 05 лютого 2018 року / Миронівський районний суд Київської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72108928.

16. Рішення суду загальної юрисдикції : ухвала у справі № 628/2546/17 від 10 січня 2018 року / Купянський міськрайонний суд Харківської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/71531856.

17. Рішення суду загальної юрисдикції: ухвала у справі № 636/1760/16-ц від 22 травня 2018 року / Апеляційний суд Харківської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/74274451

18. Рішення суду загальної юрисдикції : ухвала у справі № 636/1730/16-ц від 27 лютого 2018 року / Апеляційний суд Полтавської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72506351#

19. Рішення суду загальної юрисдикції: ухвала у справі № 636/1730/16-ц від 03 травня 2018 року / Апеляційний суд Полтавської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73818772

20. Рішення суду загальної юрисдикції : ухвала у справі № 305/1804/17 від 22 березня 2018 року / Рахівський районний суд Закарпатської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72914979.

21. Рішення суду загальної юрисдикції : ухвала у справі № 305/1804/17 від 02 квітня 2018 року / Рахівський районний суд Закарпатської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73175514#.

22. Рішення суду загальної юрисдикції : ухвала у справі № 182/4493/16-ц від 13 квітня 2018 року / Нікопольський міськрайонний суд Дніпропетровської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73342258#.

23. Рішення суду загальної юрисдикції : ухвала у справі № 175/5239/15-ц від 14 грудня 2017 року / Дніпропетровський районний суд Дніпропетровської області. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/71004031.

24. Рішення суду загальної юрисдикції : ухвала у справі № 522/14539/16-ц від 29 листопада 2016 року / Приморський районний суд міста Одеси. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/63075845.

25. Рішення суду загальної юрисдикції : ухвала у справі № 335/7848/15-ц від 17 лютого 2016 року / Орджонікідзевський районний суд міста Запоріжжя. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/65277373.

Статья посвящена новой категории в гражданском процессе – «злоупотребление гражданскими процессуальными правами», которая была введена вместе с новой редакцией Гражданского процессуального кодекса. Проанализированы действующие изменения, а также судебная практика, сложившаяся за период нововведений.

Данный вопрос является чрезвычайно актуальным, собственно, каким он был и до соответствующих изменений, поскольку сколько раз мы сталкивались с необходимостью переноса судебного рассмотрения дела в связи с целенаправленными медленными или замедляющими действиями других сторон, и фактически никак суд этому помешать не мог, несмотря на безнаказанность таких действий. Нововведения ситуацию улучшают, поскольку теперь лицо, злоупотребляющее гражданскими процессуальными правами, будет за это нести ответственность, санкционировать которую может не только суд, но и сама сторона.

Ключевые слова: злоупотребление, сроки, перенос, ответственность.

The article is devoted to the novel of civil process in Ukraine – abusement of civil procedure rights, which was added to the Civil code of Ukraine in 15 December 2017. The point is that it is a big step for Ukraine in making judiciary more lawful and quicker, especially mentioning that this novel should have been implemented much earlier because many of court proceedings were taking much more time that it should be caused by the absence of legal possibility for judges and parties to act properly.

In the article were analyzed these changes and practice of their usage by a judges, that can give us the conclusion that despite the half-year passing from applying mentioned changes judges don't actually wish to use them, which can be observed by analyzing the court solutions, because on dozens of thousands of them, there are only a very few that matters the abusements of civil procedure rights.

Key words: abusement, civil process, rights, practice.

УДК 347.431.5

Василь Лютий,
аспірант кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

РЕАЛІЗАЦІЯ ДОГОВОРУ НЕТІНГУ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРЕШКОДИ

Стаття присвячена аналізу питань, що впливають на визнання та можливість реалізації договорів неттінгу, базуючись на зарубіжному та міжнародному досвіді. Особлива увага зосереджується на проблемах, пов'язаних із можливою перекваліфікацією договору неттінгу у суміжні інститути, встановленням формальних вимог до даного договірного інструмента, включенням недопустимих транзакцій у неттінг, застосуванням обмежувальних заходів щодо задоволення вимог кредиторів у процедурі банкрутства, а також виникненням потенційного конфлікту з принципом рівності кредиторів.

Ключові слова: договір неттінгу, формальні вимоги, допустимі угоди, зарахування зустрічних вимог, рівність вимог кредиторів, реалізація договору.

Постановка проблеми. Приватно-правові відносини на фінансових ринках ґрунтуються на використанні різного роду договірних інструментів, що дозволяють учасникам таких ринків оптимізувати управління потенційними ризиками та зменшувати трансакційні витрати. Одним із таких інструментів виступає договір неттінгу, який досить активно використовується на внутрішніх та міжнародних ринках протягом останніх двох десятиліть. Незважаючи на те, що в українському законодавстві починаючи з 2012 року передбачена (хоч і у досить загальних рисах) можливість застосування неттінгу, він все ще залишається незвіданим феноменом у вітчизняній правозастосовній практиці. З одного боку, така ситуація пов'язана з тривалою економічною та політичною кризою, яка негативно вплинула на розвиток фінансових ринків, не даючи можливості ефективно використовувати усі переваги нових інструментів. З іншого боку, відсутність чіткого правового регулювання договорів неттінгу на даному етапі виступає стримуючим чинником для його застосування, оскільки не дає можливості учасникам ринку бути впевненими у досягненні очікуваного результату. Тим не менше протягом останнього року на розгляді Верховної Ради України перебуває новий проект Закону "Про ринки капіталу та регульовані ринки", яким, серед іншого, робиться спроба більш детально врегулювати питання застосування інституту неттінгу (в тому числі ліквідаційного неттінгу) [1]. У цьому дослідженні ми зупинимось на аналізі проблем і перешкод, які можуть впливати на визнання та реалізацію договорів неттінгу, виходячи з практики та досвіду, що натепер сформувалися на зарубіжних та міжнародних ринках.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На даному етапі у вітчизняній науці відсутні ґрунтовні дослідження щодо питань визнання та застосування договорів неттінгу. Водночас серед іноземних науковців склалася діаметрально протилежна ситуація. Важливу роль у вивченні проблем, пов'язаних із реалізацією договорів неттінгу, відіграли праці О. Богера, Ф. Вуда, Р. Гуда, Я. Далхусена, А. Макнайта та Ф. Паеха.

Постановка завдання. Основне завдання цього дослідження зводиться до аналізу потенційних проблем, що можуть негативно впливати на реалізацію договору неттінгу, та надання рекомендацій нормотворчим та регуляторним органам щодо можливих способів подолання таких проблем.

Результати дослідження. Одним із ключових показників ефективності неттінгу є його належне визнання та юридична обов'язковість. У контексті регуляторно-процесуальних режимів є чимало проблем, які здатні значною мірою вплинути на можливість застосування договору неттінгу, що своєю чергою може призвести до появи суттєвих неконтрольованих ризиків не лише для учасників транзакції, але й для ринку в цілому. У зв'язку з цим варто виділити такі потенційні перешкоди для ефективної реалізації договорів неттінгу.

1. Перекваліфікація неттінгу у суміжні інститути (новація, зарахуванням зустрічних вимог, гемблінг). Договір неттінгу є відносно новим інструментом,

© В. Лютий, 2018

що використовується учасниками ринку у комерційних транзакціях. Саме тому законодавчі органи багатьох держав не встигли належним чином урегулювати його правовий статус. Внаслідок цього у процесі правозастосовної практики та вирішення комерційних спорів судові органи, не маючи достатнього правового підґрунтя, намагаються знаходити аналогії у вже наявному правовому регулюванні. Даний підхід дуже часто призводить до ототожнення нових договірних інструментів зі схожими інститутами, які вже знайшли своє закріплення в національному законодавстві і, як наслідок, спричиняє перекваліфікацію судами таких інструментів, що супроводжується зміною їх правового статусу та підходів до правової реалізації.

Яскравим прикладом, який ілюструє цю ситуацію, є застосування нормативних вимог, що регулюють зарахування зустрічних вимог, до договорів неттінгу. Зважаючи на той факт, що вимоги до зарахування зобов'язань є, як правило, більш обмеженими, ніж можливості, закріпленні у договорі неттінгу (наприклад, при зарахуванні вимоги повинні бути завжди зустрічними, однорідними, тісно пов'язаними між собою та такими, строк виконання яких вже настав; при цьому застосування зарахування у разі неплатоспроможності однієї зі сторін досить часто є забороненим), будь-яка асиміляція суміжних інститутів здатна призвести до неможливості реалізації сторонами домовленостей щодо здійснення неттінгу своїх зобов'язань та в цілому знівелювати роль цього інструменту у комерційних транзакціях. Крім цього, певну схожість у функціональних особливостях неттінгу можна простежити також в інституті новації зобов'язань.

Варто також звернути увагу на те, що в окремих випадках законодавство деяких держав відносить певні фінансові контракти (насамперед договори із похідними фінансовими інструментами) до категорії азартних контрактів (гемблінгу) і, відповідно, забороняє їх застосування [2, с. 256]. Оскільки договори неттінгу часто використовують у транзакціях із похідними інструментами, є потенційний ризик перекваліфікації всього пакету зобов'язань, які підлягають неттінгу, у транзакцію гемблінгу, що, безумовно, ставить під загрозу можливість реалізації договорів неттінгу в цілому.

У зв'язку із цим нормативно-правові акти повинні конкретно та недвозначно врегульовувати питання здійснення неттінгу. Зокрема, вони мають чітко вказувати на правовий статус договорів неттінгу. Одним із ключових підходів, які гарантують належну реалізацію договорів неттінгу, є забезпечення принципу свободи сторін під час укладення таких договорів. Ключова роль законодавчих положень у цьому контексті зводиться до встановлення юридичної обов'язковості договорів неттінгу відповідно до домовленостей сторін. Наприклад, у тих ситуаціях, коли законодавство про неплатоспроможність забороняє здійснювати зарахування зустрічних вимог сторін, із нормативних положень повинно чітко випливати, що застосування неттінгу не являє собою зарахування зустрічних вимог і не є його забороненою формою.

2. Встановлення формальних вимог для дійсності та реалізації договору неттінгу. Будь-яка надмірна та невиправдна формалізація, як правило, призводить до неефективності використання того чи іншого правового інструмента. У контексті договорів неттінгу такий підхід не втрачає своєї актуальності. З огляду на це, доцільно зупинитись на аналізі проблем, які можуть виникати внаслідок встановлення гіпертрофованих вимог до таких договорів.

Загалом з операційної точки зору є загальний ризик, що будь-які вимоги до форми договору неттінгу (окрім тих, що передбачають вчинення такого договору у простій письмовій формі) можуть призвести до незапланованих трансакційних витрат, ускладнення комерційної співпраці та загалом непорозуміння між сторонами, особливо у транскордонному аспекті. Насамперед йдеться про нормативне закріплення обов'язку здійснювати нотаріальне засвідчення договорів неттінгу, реєструвати відповідні договори у визначених реєстрах або ж подавати встановлену інформацію про транзакції щодо таких договорів у торгові репозиторії.

Незважаючи на те, що вищевказані формальні вимоги можуть використовуватися як стримуючий засіб проти потенційного шахрайства або іншого зловживання з боку учасників транзакції, вони не повинні створювати правову невизначеність щодо можливості реалізації договорів неттінгу та призводити до невиправданих збитків. Загалом, з точки зору забезпечення реалізації намірів сторін у договорах неттінгу порушення будь-яких формальних вимог не повинно впливати на юридичну обов'язковість та спричиняти автоматичну недійсність таких договорів, особливо якщо сторони діяли розумно та добросовісно. У свою чергу, у разі, коли мало місце недотримання відповідних вимог, законотворцям рекомендується встановлювати штрафні санкції або вживати інших стримуючих заходів, які при цьому не завдають шкоди безпосередньо реалізації договорів неттінгу.

Іншою стороною формальних вимог є те, що договори неттінгу досить часто застосовуються у фінансових транзакціях, в яких поширене використання стандартизованої документації та рамкових (генеральних) угод, що розробляються відповідними міжнародними асоціаціями (наприклад, у рамках Міжнародної асоціації ринків капіталу розроблено Глобальну генеральну угоду щодо договорів репо [3], а в рамках Міжнародної асоціації свопів та деривативів – Генеральну угоду ISDA, яка використовується у транскордонних транзакціях з похідними фінансовими інструментами на позабіржовому ринку [4] тощо).

Зважаючи на це, регуляторні органи схильні обмежувати можливість здійснення неттінгу лише в рамках відповідних модельних угод. Однак такий аспект формальних вимог до договорів неттінгу, як правило, не завжди є ефективним, оскільки відносини між сторонами досить часто ускладнюються різними комерційними домовленостями, вимагаючи застосування певною мірою індивідуального підходу до підготовки комерційної документації, без використання стандартизованих угод.

Саме тому концепція єдиного захисту договорів неттінгу в рамках стандартизованих угод є певною мірою суперечливою та не завжди себе виправдовує. Відповідно, звуження доступних способів реалізації цього інструмента, впливає на принцип договірної свободи сторін і, як наслідок, обмежує можливість реалізації договорів неттінгу у приватно-правових відносинах.

Таким чином, встановлення формальних вимог, які впливають на юридичну обов'язковість договорів неттінгу, сприяє створенню правової невизначеності особливо у транскордонному аспекті, оскільки національне законодавство сторін транзакції може суттєво відрізнятися між собою внаслідок відсутності на даному етапі єдиного гармонізованого підходу до регулювання неттінгу. Саме тому, під час розроблення нормативно-правових актів, спрямованих на договори неттінгу, законотворцям необхідно уникати встановлення надмірних бюрократичних вимог та зайвих ускладнень і пам'ятати про те, що: по-перше, недотримання формальних вимог щодо договорів неттінгу не повинно впливати на недійсність транзакції, оскільки може значною мірою посилити кредитні ризики учасників ринку; по-друге, неттінг не повинен обмежуватися окремими формами чи типами угод, а, навпаки, повинен бути однаковою мірою допустимий при використанні індивідуально визначених контрактів, генеральних угод чи інших стандартизованих документів. УВ цьому питанні хорошим дороговказом може виступати підхід, вибраний в рамках Європейського Союзу, де були скасовані будь-які формальні вимоги стосовно договорів неттінгу, які укладаються у зв'язку з угодами про фінансову заставу відповідно до положень Директиви ЄС про механізми фінансового забезпечення (статті 2 (1)(n) та 3) [5].

3. Наслідки включення недопустимих угод (non-eligible contracts) у договори неттінгу. Однією з особливостей неттінгу є його предметний складник (*ratione materiae*), тобто конкретні зустрічні зобов'язання сторін, що виникають на основі відповідних угод (базових угод (*underlying contracts*)), на які спрямовується дія договору неттінгу. Як правило, законодавство різних країн встановлює рамки допустимості базових угод, виходячи зі ступеня можливих негативних наслідків, яких можуть зазнати сторони в результаті матеріалізації кредитних ризиків. У зв'язку з цим в практиці застосування договорів неттінгу виділяють базові угоди, щодо яких допускається неттінг (так звані допустимі угоди (*eligible contracts*)), та, відповідно, угоди, щодо яких здійснення неттінгу є неможливим (недопустимі угоди (*non-eligible contracts*)).

У категорію допустимих угод потраплять зазвичай договори купівлі-продажу цінних паперів, валюти, банківських металів, а також похідні фінансові інструменти (ф'ючерси, свопи, форвардні угоди та інші деривативи), угоди репо, транзакції з кредитування цінними паперами (*securities lending*), угоди щодо надання фінансового забезпечення, договори поруки та гарантії тощо.

Варто зазначити, що держави можуть визначати як допустимі угоди досить широке коло правочинів, не встановлюючи обмежень щодо конкретних типів договорів. Як наслідок, підходи до визначення допустимих угод можуть суттєво відрізнятися залежно від юрисдикції. У зв'язку з цим виникає потенційна проблема, пов'язана з включенням у договори неттінгу недопустимих або будь-яких інших недійсних угод. Вона полягає в тому, що, оскільки договір неттінгу разом з усіма базовими угодами, на які він поширюється, розглядається як єдиний правочин, за відсутності належного правового регулювання включення однієї або декількох недопустимих угод у такий договір буде трактуватися судами як підстава для визнання відповідного договору неттінгу недійсним. Такий результат, безумовно, призводить до спотворення ролі неттінгу у фінансових транзакціях, провокуючи тим самим потенційні проблеми сторін в управлінні своїми ризиками.

У рамках Принципів УНІДРУА щодо застосування положень про ліквідаційний неттінг 2013 р. (далі – **Принципи УНІДРУА**) цьому питанню приділяється окрема увага. Зокрема, державам рекомендується закріплювати відповідні положення, які б забезпечували юридичну обов'язковість договорів неттінгу у разі, якщо серед базових угод трапляються недопустимі або недійсні правочини. Той факт, що одна або декілька базових угод, що покриваються договором неттінгу, є недопустимими, не повинен впливати на здійснення неттінгу щодо всіх інших допустимих угод. Такі недопустимі або недійсні угоди повинні відокремлюватися від пулу усіх інших допустимих і дійсних базових угод без завдання шкоди для реалізації договору неттінгу (параграф 120-122 у коментарях до Принципів 6 та 7) [6].

4. Застосування мораторію та інших обмежувальних заходів щодо задоволення вимог кредиторів у процедурі банкрутства. У разі неплатоспроможності будь-якого суб'єкта господарювання в дію зазвичай вступає особливий правовий режим, що встановлює окремі правила гри між кредиторами на неплатоспроможним боржником, які не властиві правовідносинам між платоспроможними сторонами. У цьому контексті варто зазначити, що визнання договорів неттінгу в процедурі банкрутства має критичне значення для учасників ринку.

Одним із обмежувальних заходів, який спрацьовує одразу у разі ініціювання процедури банкрутства, є мораторій на задоволення вимог кредиторів. Його основна функція зводиться до замороження усіх активів боржника та призупинення виконання його зобов'язань по конкретних договорах з метою забезпечення цілісності ліквідаційної маси, яка надалі повинна бути розподілена між кредиторами в порядку черговості, встановленому відповідними імперативними нормами.

Застосування мораторію у випадку із договорами неттінгу може спричинити непоправні наслідки для його сторін та фінансового ринку в цілому. Це пов'язано насамперед із тим, що під час дії мораторію (який може тривати від одного до декількох місяців) вартість базових активів, на які спрямована дія договорів неттінгу, може значною мірою коливатися, створюючи збитки для платоспроможної сторони такого договору, порівняно із тими перевагами, які ця сторона отримала, якщо могла б здійснити неттінг одразу в момент ініціювання процедури банкрутства.

Саме тому міжнародні організації у своїх рекомендаціях вказують на необхідність виключення договорів неттінгу з-під дії мораторію на задоволення вимог кредиторів. Наприклад, Світовий Банк у Принципах щодо ефективного режиму неплатоспроможності та захисту інтересів кредиторів та боржників (в редакції 2015 р.) наголошує на важливості визнання договорів неттінгу у процедурі банкрутства та забезпечення їх виконання під час мораторію без тривалих затримок, які можуть завдати непоправної шкоди фінансовій стабільності ринку (пункт С10.4) [7].

Своєю чергою Керівництво ЮНСІТРАЛ для законодавчих органів з питань законодавства про неспроможність (2004 р.) передбачає необхідність визнання договорів неттінгу у правовому регулюванні процедури банкрутства. Зокрема, робиться окремий акцент на тому, що у випадках, коли законодавство про неспроможність встановлює мораторій або іншим чином обмежує можливість виконання транзакцій між сторонами після початку процедури банкрутства, фінансові угоди, що підлягають неттінгу, не повинні включатися у такі обмеження (положення 101) [8].

5. Потенційний конфлікт із принципом рівності кредиторів (pari passu) при задоволенні вимог до боржника в ході процедури банкрутства. Внутрішнє законодавство про неплатоспроможність більшості держав, як правило, містить правила, що дозволяють суду або арбітражному керуючому (розпоряднику майна) уникати реалізації договорів, що підлягають виконанню перед початком розгляду справи про банкрутство, щоб не надавати перевагу одним кредиторам над іншими і забезпечити цілісність ліквідаційної маси [9].

У контексті договорів неттінгу є значний ризик, що його реалізація може прирівнюватися до виконання зобов'язань, що випливають із відповідного фінансового контракту, і таким чином буде розцінюватися як порушення принципу рівності кредиторів у процедурі банкрутства, оскільки один із кредиторів матиме можливість реалізувати свою транзакцію, а інші – ні. Крім цього, зважаючи на те, що договір неттінгу досить часто визначає момент припинення зустрічних зобов'язань таким, що в хронологічному порядку виникає перед або безпосередньо у момент відкриття процедури банкрутства, арбітражний керуючий може на цій основі уникати виконання відповідного договору.

Навіть у тих випадках, коли дії арбітражного керуючого щодо призупинення виконання договору неттінгу будуть у подальшому скасовані судом, ключова мета даного договору, яка полягає у зменшенні

кредитного ризику контрагента та уникненні потенційної системної кризи на фінансовому ринку, втрачає свій сенс.

Однак основна ідея полягає в тому, що припинення зобов'язань сторін і визначення єдиного чистого зобов'язання, яке підлягає виконанню у процесі неттінгу, не створює тих наслідків, проти яких спрямовуються імперативні принципи щодо забезпечення рівності кредиторів у процедурі банкрутства, оскільки, укладаючи договір неттінгу, сторони не можуть заздалегідь знати чи спрогнозувати, яка із сторін транзакції знаходитиметься у дефолті чи стане неплатоспроможною [9].

Для уникнення потенційних негативних наслідків невиконання договорів неттінгу при банкрутстві, законодавчі органи повинні встановлювати чітку межу між регулюванням неттінгу та іншими імперативними нормами, що вступають у дію у разі неплатоспроможності однієї зі сторін. Як правило, така межа може закріплюватися в законодавстві у різний спосіб, наприклад шляхом конкретного визначення тих процедурних та матеріальних норм, які не повинні впливати на юридичну обов'язковість договору неттінгу, або ж шляхом визначення загального правила, відповідно до якого будь-яке нормативне положення (включаючи норми, що регулюють процедуру банкрутства) не повинні обмежувати визнання та реалізацію договорів неттінгу (зокрема, такий підхід був застосований у статті 33 Женевської конвенції з матеріальних норм права щодо цінних паперів, які перебувають у володінні посередника 2009 р. [10] та у статті 7 Директиви ЄС про механізми фінансового забезпечення 2002 р. [5]).

Таким чином, законодавчі положення повинні забезпечувати можливість реалізації договорів неттінгу при банкрутстві однієї зі сторін, надаючи цьому інституту пріоритет над загальними правилами банкрутства. Цей підхід знаходить своє відображення у ряді правових інструментів, прийнятих у рамках міжнародних організацій. Зокрема, у пункті 4 Ключових атрибутів ефективних режимів врегулювання неспроможності фінансових інститутів, розроблених Радою з фінансової стабільності в 2011 році у відповідь на виклики, які постали під час фінансової кризи 2008 року, передбачається, що правове регулювання неттінгу повинно буди чітко визначеним та прозорим, забезпечуючи юридичну обов'язковість даного інституту в процесі процедури банкрутства [11]. Крім цього, у Принципах УНІДРУА вказується, що сам факт укладення та реалізації договору неттінгу не повинен обмежувати чи скасовувати можливість використання даного договірного інструмента на тій підставі, що він не відповідає принципу рівності кредиторів при задоволені вимог до боржника у ході процедури банкрутства (параграф 131 у коментарях до Принципів 6 та 7) [6].

Висновки.

Беручи до уваги вище вказаний аналіз потенційних загроз, які можуть негативно впливати на застосування неттінгу у приватно-правових транзакціях, на національні законодавчі та регуляторні органи покладається важливе завдання щодо прозорого та чітко визначеного правового регулювання, яке б гарантувало належне визнання та юридичну обов'язковість договорів неттінгу незалежно від того, чи реалізуються вони в режимі банкрутства чи поза ним, з метою уникнення зростання кредитних ризиків, погіршення показників щодо достатності та ліквідності капіталу та порушення стабільності фінансового ринку в цілому. У зв'язку з цим, розробляючи та приймаючи проект Закону "Про ринки капіталу та регульовані ринки", Верховна Рада та всі зацікавлені особи (регуляторні органи, представники ринку та бізнесу, неурядові організації) мають враховувати згадані в цьому дослідженні проблеми та перешкоди для більш ефективного закріплення правового статусу договорів неттінгу у вітчизняній правовій системі.

Список використаних джерел:

1. Проект Закону про ринки капіталу та регульовані ринки № 7055 від 01.09.2017. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62443
2. Wood P. Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems. Philip Wood. London. Thomson / Sweet & Maxwell, 2007. 397 p.
3. ICMA Global Master Repurchase Agreement. URL: https://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/repo-and-collateral-markets/legal-documentation/global-master-repurchase-agreement-gmra/
4. ISDA Master Agreement. URL: https://www.isda.org/book/2002-isda-master-agreement-english/
5. Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0047
6. UNIDROIT Principles on the Operation of Close-Out Netting Provisions of 2013. URL: https://www.unidroit.org/instruments/capital-markets/netting
7. World Bank Principles for effective insolvency and creditor/debtor regimes of 2015. URL: http://documents.worldbank.org/curated/en/518861467086038847/pdf/106399-WP-REVISED-PUBLIC-ICR-Principle-Final-Hyperlinks-revised-Latest.pdf

8. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law of 2004. URL: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf

9. McKnight A. The Law of International Finance. Oxford. Oxford University Press, 2008. 1125 p.

10. Unidroit Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities of 2009. URL: https://www.unidroit.org/instruments/capital-markets/geneva-convention

11. Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions of 2011. URL: http://www.fsb.org/what-we-do/policy-development/effective-resolution-regimes-and-policies/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions/#4set-off

Данная статья посвящена анализу вопросов, влияющих на признание и возможность реализации договоров неттинга, основываясь на зарубежном и международном опыте. Особое внимание сосредотачивается на проблемах, связанных с возможной переквалификацией договора неттинга в смежные институты, установлением формальных требований к данному договорному инструменту, включением недопустимых транзакций в неттинг, применением ограничительных мер относительно удовлетворения требований кредиторов в процедуре банкротства, а также возникновением потенциального конфликта с принципом равенства кредиторов.

Ключевые слова: договор неттинга, формальные требования, допустимые соглашения, зачет встречных требований, равенство требований кредиторов, реализация договора.

This article is devoted to the analysis of issues affecting recognition and performance of netting agreements based on foreign and international experience. Particular attention is paid to problems related to the possible re-characterisation of the netting agreement to similar institutes, the establishment of formal requirements for this contractual instrument, the inclusion of non-eligible contracts into netting transactions, the application of restrictive measures to the satisfaction of creditors' claims in insolvency proceedings, and the potential conflict with the principle of creditors' equality.

Key words: netting agreement, formal requirements, eligible contacts, set-off, equal treatment of creditors' claims, performance of an agreement.

УДК 347.9

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

СУДОВА ПРАКТИКА ЩОДО МАСОВИХ (ГРУПОВИХ) ТА ПОХІДНИХ ПОЗОВІВ У КОНТЕКСТІ ДІЇ РЕЖИМУ ЦИВІЛЬНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ

Стаття присвячена аналізу стану судової практики щодо здійснення цивільного судочинства судами загальної юрисдикції по цивільних справах за масовими (груповими) та похідними позовами. Аналізуються як доктринальні доробки вчених-практиків, так і безпосередньо практика Конституційного Суду України, Верховного Суду та судів I та II інстанцій, а також цивільне процесуальне законодавство. Наголошено на необхідності врахування безпекового складника в процесі розгляду справ даних категорій. Виділяються ознаки, які необхідні для врахування в судовому правозастосовному процесі. Наголошується на численних прогалинах інституту групового (масового) позову, що вказує на дефекти цивільної процесуальної форми, взаємозв'язок із неможливістю адекватно застосувати закон судом. А тому відстоюється позиція щодо необхідності законодавчих змін, потреби діяти суду шляхом особливого режиму – режиму процесуальної безпеки, за яким суд повинен передбачати та враховувати колізії, конфлікти, процесуальні ускладнення, небезпечні фактори, уразливість процесуальної форми, адаптуючи цивільну процесуальну форму до конкретних обставин, що виникли.

Ключові слова: судова практика, груповий (масовий) позов, похідний (непрямий) позов, процесуальна безпека.

Постановка проблеми. Стан судової практики є саме тим індикатором, який вказує на реальну інституційну спроможність механізму цивільної процесуальної системи та цивільної процесуальної форми забезпечити реалізацію права на судовий захист. Розуміння стану судової практики не тільки пояснює важливість функціонального її призначення – підтримання правопорядку, але й надає можливість прогнозувати тактику та стратегію, а головне – визначати критерій передбачуваності дій суду у той чи інший процесуальний спосіб, а також довершеність моделі процесуальної системи в цілому.

Сьогодні фактичне введення інституту групових (масових, численних) та похідних позовів в новому ЦПК України редакції 2017 р., без сумніву, вимагає не тільки вироблення сталої судової практики, але й відповідної доктринальної оцінки її стану, що і пояснює актуальність піднятої проблематики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аналізуючи проведені дослідження у цьому напрямі, важливо вказати на те, що судова практика є предметом не тільки локальних наукових досліджень, але й комплексних як у теорії права, так і в цивілістичних галузях права. Серед дослідників, які переймались її проблемами, можливо виділити праці вчених, практиків як у сфері теорії права, так і цивільного процесуального права, чи то цивілістики загалом, зокрема праці: С. В. Шевчука «Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади» (докторська дисертація), 2009 р.; Б. В. Малишева «Судовий прецедент у правовій системі Англії» (кандидатська дисертація), 2008 р., «Правосуддя і судова правотворчість» (наукова стаття), 2009 р.; В. С. Бігуна «Філософія правосуддя» (монографія), 2011 р.; Р. А. Майданика «Основи аргументації рішення суду в цивільному судочинстві Україні» (наукова стаття), 2016 р.; Д. Д. Луспеника «Застосування новел ЦК і ЦПК України в судовій практиці» (посібник), 2005 р.; О. С. Ткачука «Реалізація судової влади у цивільному судочинстві України: структурно-функціональний аспект» (докторська дисертація), 2016 р.; С. К. Загайнової «Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе» (монографія), 2007 р.; Д. Я. Малєшина «Использование судебной практики в качестве источника права : Гражданская процессуальная система» (монографія), 2011 р., і т. д.

Деякі дослідження були проведені й нами, до прикладу: Мельник Я. Я., Т. О. Губанова «Прецедентна судова практика у цивільному та виконавчому процесах під час

© Я. Мельник, 2018

виконання рішення суду» (наукова стаття), 2014 р.; Мельник Я. Я., М. М. Ясинок «Застосування судової практики в Цивільному судочинстві : Цивільне процесуальне право України» (підручник для магістрів), 2016 р.; Мельник Я. Я., Мельник Ю. О. «Методологічні проблеми форми судового захисту цивільного права як основоположної засади» (наукова стаття), 2015 р.; тощо.

Окремо слід відзначити дослідження Ю. В. Білоусова «Груповий позов: зарубіжний досвід та перспективи його використання в України» (наукова стаття), 2012 р.; Л. А. Музики «Вплив судової практики на регулювання цивільно-правових відносин» (наукова стаття), 2015 р.; та Д. Ю. Сіюшова «Визнання недійсними правочинів із заінтересованістю з використанням інституту похідного позову: практика його застосування в Україні та інших державах» (наукова студентська стаття), 2013 р., оскільки саме вони були сфокусовані на судовій практиці щодо групових позовів у цивільному судочинстві. Утім, вважати, що досліджень було досить, не можливо через те, що вони були проведені за дії ЦПК України в редакції 2004 р. і доволі фрагментарно торкалися безпосередньо вітчизняного стану судової практики, оскільки мета цих досліджень полягала в іншому, а саме: «зарубіжний досвід», «судова практика ЄСПЛ» тощо.

Перебуваючи під постійною увагою науковців та практиків, звісно, ця проблематика була предметом не тільки наукових публікацій, але й різних тематичних заходів на науково-професійному рівні. Так, варто відзначити дискусію, що розгорнулася напередодні прийняття нового ЦПК України між вченими та практиками на базі Верховного Суду України стосовно введення в дію та застосування інституту групового (масового) позову [5]. Вже нині, після прийняття Кодексу, проблема щодо стабілізації судової практики не зникла. Адже у нещодавньому інтерв'ю секретарем Великої Палати Верховного Суду В. С. Князєвим якраз підкреслювалося те, що ВС наразі не припиняє акцентувати увагу у своїй роботі на питаннях стабільності судової практики, аби через тривалий проміжок часу вона (судова практика – *Я.М.*) не породжувала нові кола судового розгляду [7]. Це вказує на те, що проблема не зникла, є актуальною.

За таких обставин варто бути солідарним й із В. В. Ярковим у тому, що, справді, складності, які стають очевидними під час досліджень тих чи інших інститутів судового процесу, скоріш пов'язані не стільки із вадами в дослідженнях, скільки із відсутністю належної судової практики [40, с. 265]. Проте ми повністю не можемо вести мову про відсутність вітчизняної правозастосовної практики, а, скоріш, про її неповноту, з огляду на таке.

До прикладу, як відомо, однією із форм джерел права в Україні, які є обов'язковими до виконання, є Рішення Конституційного Суду України (ст. 151-2 Конституції України). В одному зі своїх рішень Конституційний Суд України висловив преюдиційну позицію стосовно захисту прав та інтересів значної кількості осіб (Рішення від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004), а саме, стосовно похідних (непрямих) позовів в Україні. У мотивувальній частині даного Рішення визначено, що акціонер може захищати свої права та охоронювані законом інтереси виключно шляхом звернення до суду в конкретних випадках – їх порушення, оспорювання чи невизнання самим акціонерним товариством, учасником якого він є, органами чи іншими акціонерами цього товариства, тощо. Також наголошується, що порядок судового захисту порушених будь-ким, у тому числі й третіми особами, прав та охоронюваних законом інтересів акціонерного товариства, які не можуть вважатися тотожними простій сукупності індивідуальних охоронюваних законом інтересів його акціонерів, визначається Законом [28].

Аналізуючи це рішення, деякі дослідники вбачають у ньому хитку (несприятливу) позицію щодо повноцінного провадження інституту непрямого позову в Україні стосовно господарського судочинства.

Так, О. Р. Ковалишин із цього приводу зазначає, що «...фактично Рішення залишило відкритим питання про захист інтересів акціонерного товариства його акціонером (акціонерами) за допомогою непрямого позову...» [8, с. 63]. А дослідниця М. Богуш говорить, що за умови такого підходу КСУ наголосив на тому, що законами України не передбачено можливості звернення з непрямими позовами, акціонер може звертатися з позовом до суду в інтересах та лише на основі відносин представництва [1]. Цілком прогнозованою по відношенню до Рішення КСУ від 01.12.2004 № 18-рп/2004 виявилась правова позиція, закріплена у п. 52 Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» № 13 від 24.10.2008. Вона, зокрема, визначає, що законом не передбачено право акціонера (учасника) господарського товариства звертатися до суду за захистом прав чи охоронюваних законом інтересів товариства поза відносинами представництва [21].

Однак Ю. Попов, погоджуючись із О. Р. Ковалишиним, додає, що не викликає

подиву, що рішення КСУ, по суті, не призвело до зникнення подібної неоднозначної практики, адже суди трактували рішення КСУ в подальшому на свій розсуд; іноді їхні рішення були діаметрально протилежними за своєю суттю [16, с. 58; 8, с. 63].

За таких обставин важливо відзначити, що «нечіткість» правової позиції КСУ, відсутність регламентованої процесуальним законом повноти інституту групового (масового) та похідного позову перебували у причинному зв'язку. Утім, якщо й нині вітчизняне процесуальне законодавство зазнало суттєвого оновлення (через прийняття ЦПК України, ГПК України тощо), внаслідок чого детальніше регламентовано інститут масового позову, то все ж таки Рішення КСУ натепер також діє, а отже, і поширюється на новоприйняте законодавство.

Отже, **мета** даного дослідження – з'ясувати стан судової практики щодо масових (групових) та похідних позовів в Україні на предмет застосування судами норм матеріального та процесуального права. Вирішення цього завдання дасть можливість відстежити динаміку правозастосовного процесу, визначити дотримання судами цивільного процесуального та матеріального законодавства, зорієнтуватись у методологічних підходах до вирішення справ даної категорії.

Теоретична частина дослідження інституту судової практики в цивільному судочинстві щодо масових (групових) та похідних позовів та стан цивільного процесуального законодавства. У теорії права А. П. Рожнов судову практику пропонує поділяти на *(а)* поточну; *(б)* прецедентну; *(в)* узагальнену [29, с. 18]. Ми ж разом із професором М. М. Ясинком вважаємо, що судова практика у вітчизняній цивільній процесуальній системі характеризується певними особливостями, які проявляються в специфіці застосування аналогії за: *(а)* формою вираження (формування як джерела права); *(б)* ієрархічністю застосування, що призводить її в ранг пріоритетності, (в) обов'язковістю до застосування; (г) ініціативністю застосування [35, с. 397] тощо. Тут варто додати, що критерій «масовості» (в інституті групового (масового) позову та похідного) повинен набувати додаткових особливостей (специфіку), що є природнім, з огляду на таке.

У дослідженні М. А. Придворова та В. В. Трофімова, що проведене в контексті правоутворення та правотворчості, знаходимо цікавою позицію вчених у тому, що соціальна взаємодія охоплюється фактично двома типами: *конфліктом* (взаємодія в межах відносин боротьби, змагальності, тип правового регулювання як «конфліктне право») та *співпрацею*. Тому, якщо проаналізувати норми позитивного права, які регулюють правовідносини конфлікту та співпраці, неможливо не помітити закономірність, яка підкреслює соціальну інтерактивну зумовленість правових норм. *До прикладу*, вчені-дослідники зазначають, що система із конкуруючими інтересами визначає якість імперативних правових норм, забезпечуючи соціальну співпрацю межами допустимого, а системи із кооперуючими інтересами зумовлюють якість диспозитивних правових норм із перспективними межами кожного [15, с. 255]. Вважаємо, що наявність сегменту «конфлікту» та «співпраці» охоплюється процесуальною діяльністю суду, а отже, дані обставини повинні братися нами до уваги під час розгляду питання про стан судової практики за груповими (масовими) та похідними позовами. Адже це дасть змогу точніше уявити процесуально-правову природу формування судової практики, а по суті, використання судом методологічних підходів з подолання тих чи інших прогалин, колізії, тобто шляхом «конфлікту» як вияву змагальності чи «співпраці» в контексті медіаційних процедур (врегулювання спору за участі судді, мирова угода, тощо).

В юридичній енциклопедії зазначається, що судова практика є практичною діяльністю судових органів зі *здійснення правосуддя* та виражається у формі нагромадження професійного досвіду судами загальних та спеціальних юрисдикцій. А її вивчення допомагає виявити позитивний та негативний досвід у роботі судів і на цій основі вжити заходів щодо поліпшення якості судочинства [39, с. 701]. Відповідно до ч. 1 ст. 5 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» правосуддя в Україні здійснюється виключно судами та відповідно до визначених законом процедур судочинства (ч. 1), а делегування цих функцій іншим органам не допускається (ч. 2 цієї статті та ст. 124 Конституції України) [23].

До функцій правосуддя в контексті Закону України «Про основи національної безпеки» від 19.06.2003 № 964-IV (*далі* – Закон № 964-IV від 19.06.2003) належить захист національних інтересів у силу того, що суд загальної юрисдикції є суб'єктом забезпечення національної безпеки (ст. 4 Закону № 964-IV від 19.06.2003) [24]. КСУ у своєму Рішенні від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004, а саме в п. 3.2., звертає увагу на те, що застосування поняття «інтерес» у ст. 36 Конституції України щодо інтересів національної безпеки та права на свободу об'єднання для захисту прав і свобод є широким за своїм значенням. Тому в Законі № 964-IV від 19.06.2003

термін «національні інтереси» (стаття 1), як і перелік їх пріоритетів (стаття 6), є вичерпним [28]. Натомість вже 21.06.2018 Верховною Радою України було прийнято новий Закон України «Про національну безпеку» (Законопроект про нацбезпеку від 21.06.2018), де, відповідно до ст. 9, на суди покладаються функції контролю за виконанням рішень суду як складника забезпечення національної безпеки. Національними інтересами України тепер є життєво важливі інтереси людини, суспільства і держави, реалізація яких забезпечує ... прогресивний демократичний розвиток, а також безпечні умови життєдіяльності і добробут її громадян. Вироблено й стратегію громадської безпеки та цивільного захисту України з акцентом на гарантуванні захищеності життєво важливих для .... особи інтересів, прав і свобод людини та громадянина в силу встановлення демократичного цивільного контролю як комплексу здійснюваних відповідно до Конституції і законів України правових, організаційних, інформаційних, кадрових та інших заходів для забезпечення верховенства права, законності (ст. 1 Законопроекту, прийнятого у другому читанні) [25].

З огляду на звіт Венеціанської комісії, Т. І. Фулей слушно звертає увагу на те, що у цьому документі наголошується на тому, що правова визначеність вимагає насамперед того, аби правові норми були *зрозумілими і точними* й мали на меті гарантування того, що ситуації і правовідносини будуть передбачуваними. Також правова визначеність вимагає поваги до принципу *res judicata* – остаточні рішення національних судів не мають ставитися під сумнів, що також вимагає виконання остаточних судових рішень. А тому система, що дозволяє ставити під сумнів остаточні судові рішення без переконливих підстав у суспільних інтересах і без зазначення строку, не відповідає принципу правової визначеності [34, с. 12; 41]. Нині слід задатись питанням стосовно того, чи дійсно ми можемо з огляду на Законопроект про нацбезпеку від 21.06.2018 вказати на правову визначеність у ньому законного інтересу у сфері безпеки, колективного інтересу, адже по суті даний Закон є спеціальним нормативно правовим актом у цій сфері, а отже, й процесуальним інструментом для реалізації гарантованого ст. 3 Конституції України права на безпеку (як колективного права[1]), реалізації цивілістичного права на безпеку, регламентованого ст. 282, 1163–1165 ЦК України, а також питанням про місце у ньому засадничої норми про захист права власності щодо того, що власник, який має підстави передбачати можливість порушення свого права власності іншою особою, може звернутися до суду з вимогою про заборону вчинення певних дій, які можуть порушити його права, тощо. Або значної частини норм ЦПК України, які так чи інакше зумовлюють реалізацію колективних прав у цивільному судочинстві та права на безпеку. Зокрема, щодо того, що за ст. 50 ЦПК України позов може бути пред'явлений спільно кількома позивачами; щодо положень, що повинні бути враховані судом, коли справа становить значний суспільний інтерес, кількості учасників справи (пп. 6, 7 ч. 3 ст. 274 ЦПК України); повноважень суду на об'єднання в одне провадження цивільних справ за наявності різних позивачів (п. 3 ч. 2 ст. 188 ЦПК України); визнання таким, що підлягає відмові у задоволенні, клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, якщо його виконання загрожувало б інтересам України (п. 7 ч. 2 ст. 468 ЦПК України), тощо.

Водночас «контрольна функція суду з виконання рішень» повинна сприйматися в широкому і *вузькому сенсі*: в широкому – виходячи із засад «безпекового законодавства»; *у вузькому* – в контексті контролю виконання судових проміжних рішень (ухвал, постанов, рішень), що постановляються як у процесі розгляду справи, так і безпосередньо у судовому засіданні. А тому, виходячи із цього, слід погодитися з думкою Т. І. Фулей у тому, що важливо усвідомлювати, що принцип верховенства права охоплює не лише змістовий аспект (правового відношення між людиною і державою на засадах визнання людини вищою соціальною цінністю), але й *процедурний аспект*, який базується *на вимогах відповідності правотворчої та правозастосовної практики певним стандартам*, як-от: заборона зворотної дії закону, вимога ясності та несуперечності закону; вимога щодо однакового застосування закону та ін. [34, с. 10].

За такого підходу стає очевидним генетична залежність функціональної ролі судової практики у виконанні завдань щодо виявлення процесуальних аномалій, уразливих та загрозливих тенденцій процесуальної форми, дії процесуального режиму та виробленні необхідних інструментів методологічного характеру з їх подолання. На додаток до цього стає очевидним взаємозв'язок судової практики з феноменом безпеки в судочинстві. *До прикладу*, суддя ФРН Георг Гальке

[1] Для довідки: в теорії права, а зокрема М. І. Козюброю, право на безпеку віднесено до колективних прав (див.: [4, с. 59]), що і є характерним для врахування судом цієї концепції при формуванні судової практики щодо групових (масових) та похідних позовів в Україні.

звернув увагу на те, що під правовою безпекою слід розуміти стабільність судової практики, яка досягається шляхом вироблення єдиного методологічного підходу до вирішення судом однотипних справ, як і незмінність підходів до дії правових норм щодо схожих випадків у правозастосуванні. Як наслідок, судові рішення повинні характеризуватись схожим підходами до вирішення судових справ [3, с. 3]. Доволі схожу позицію за своєю ціллю висловив О. С. Ткачук (суддя Верховного Суду, вчений). Але він вбачає необхідність розглядати стан судової практики через її *єдність, яка, на його думку, утворюється через вияв низки таких ознак:* наявності (а) принципу правової визначеності; (б) однаковості застосування тих самих норм права всіма судами у розгляді та вирішенні справ, фактичні обставини яких є тотожними; наявності в цивільному процесі такого (в) явища, якому притаманні статичний (фронтальна тенденція до універсалізації застосування норм права за однакових обставин) та динамічний (можливість зміни усталеної судової практики як реакції на потребу дотримання фундаментальних прав і свобод людини та верховенства права) стани; (г) відбиття синергізму приватних та публічних інтересів; (д) перешкоджання об'єктивній появі конфліктуючих судових рішень [31, с.7], тощо. Отже, як бачимо, судовій практиці щодо групових (масових) та похідних позовів ці ознаки є також властивими, і, що характерно, у тісному взаємозв'язку з безпековим режимом. Думається, що саме за таких обставин проявляється особливий вид цивільних процесуальних правовідносин – правовідносини цивільної процесуальної безпеки[2].

О. С. Ткачук доволі слушно зазначає, шо у моделі справедливого судочинства вагоме значення має система, так би мовити, *«запобіжників зловживанню процесуальними правами»* (курсив власний – *Я.М.*). Звідси, вчений-практик пропонує поділяти *заходи протидії* процесуальним зловживанням залежно від їхньої природи на: 1) компенсаторні: а) сплата судового збору; б) правила розподілу витрат між сторонами; в) відшкодування збитків, завданих внаслідок зловживання правом; г) штраф; 2) власне процесуальні заходи: а) відмова у вчиненні дії, що містить ознаки зловживання правом; б) процесуальний ест опель [31, с. 29]. Проте, на нашу думку, за своєю суттю такі «запобіжні заходи» характеризують себе саме як частина системи режиму цивільної процесуальної безпеки[3], оскільки такі є вужчими за змістом та охоплюються ширшою категорією.

Звідси стає очевидним, що суд повинен працювати над встановленням та забезпеченням судового цивільного процесуального контролю щодо здійснення цивільного судочинства з даної категорії справ. А впровадження особливого режиму повинно сприяти більш чіткому доланню судом процесуальних ускладнень, ефективнішому реагуванню на прогалини та виробленню судової практики щодо групових (масових) позовів. Але чи можливо в даному випадку виробити певний алгоритм забезпечення послідовних дій суду під час правозастосування?

Тут варто дослухатись до думки Р. А. Майданика про те, що *техніка вирішення юридичних спорів в Україні* на сучасному етапі не ґрунтується на будь-якому формально визначеному алгоритмі у вигляді чітко визначених і послідовних етапів тлумачення і застосування права, перевірки юридичної природи правовідносин, формулювання та оформлення вирішення спору (курсив власний – *Я. М.*) [9, с. 11]. Проте слід додати, що, скоріш, ключовий момент у правозастосуванні повинен переноситися на безпекове законодавство, а власне, коли суд, здійснюючи судочинства, повинен враховувати (виділяти) уразливі елементи цивільної процесуальної форми, стану законодавства, глибину процесуального конфлікту, його обсяг, зміст та тенденції до «пом'якшення». Тобто, враховуючи ті чи інші особливості цивільної справи, а особливо щодо «масовості», він закладатиме основу режиму безпеки під час розгляду судом справ аналізованої категорії.

На підтвердження потреби аналізу та прогнозування задля встановлення судового контролю над тією чи іншою проблемою, яка виникає в ході розгляду справи, варто навести є погляд М. М. Марченка щодо судової правотворчості. Так, вчений зазначає, що сама судова правотворчість постає перед

---

[2] Для довідки: під цивільними процесуальними правовідносинами безпеки слід розуміти ті суспільні відносини, які виникають із загрозливих підстав та за низки проявлених небезпечних умов у процесі здійснення цивільного судочинства та які зумовлюються щонайменше такими обставинами, як потреба підстав вжиття відповідних процесуальних заходів задля забезпечення належної охорони та захисту процесуальних прав, свобод та інтересів, що стали предметом розгляду цивільної справи. Структура ж цивільних процесуальних правовідносин безпеки полягає в наявності таких елементів, як суб'єкт та зміст (права та обов'язки), які, однак, можуть містити множинність таких елементів у межах конкретного одиничного правовідношення. До суб'єктів цих відносин слід відносити тих учасників цивільного процесу (які долучені чи то до розгляду цивільної справи, чи то до участі у такій), правам, свободам та інтересам яких загрожує небезпека у вигляді створення умов ймовірного (презюмованого) їх порушення. Див.: [12, с. 24].

[3] Поняття система цивільної процесуальної безпеки, див.: [13, с. 52–60].

правоінтерпретатором не без методологічних та теоретичних вад. Адже судова правотворчість не є самостійною в тому сенсі, що тісно пов'язана із реалізацією функцій судовою владою – здійсненням судочинства; вона існує в рамках законів та на основі закону; правотворчість суду пов'язана здебільшого з тлумаченням (конкретизацією) права та заповненням прогалин у ньому; а «правоположення» не повинні суперечити наявним конституційним основам (законам); та, зрештою, самі по собі «правополождення» не можуть змінити закон, що і визначає межі судової правотворчості [10, с. 599–600]. Отже, як бачимо, залежність закону та судової практики на доктринальному рівні у досягненні якості останньої є очевидною, так само простежується постійна присутність методологічних проблем, що тягнуть за собою уразливість процесуальної форми, її недосконалість, як наслідок, неспроможність суду оперативно заповнити прогалину чи то усунути конфлікт, колізію. Це і відбивається на судовій практиці, її динаміці.

Відходячи від наведених методологічно-теоретичних проблем теорії права, слід сфокусуватися на самому інституті групового (масового) та похідного позову.

Так, на думку Б. А. Журбини, інститут масового (групового) позову характеризується тим, що має суттєві відмінності від процесуальної співучасті, серед яких: *(а)* процесуальна активність сторони позивача виражається лише подавачем позову; *(б)* значна чисельність та персональна нестійкість групи; *(в)* груповий позов слід розглядати тільки в аспекті обов'язкової співучасті; *(г)* факультативну співучасть в принципі не вдається зіставити з груповим позовом, що підкреслює самостійність як групового позову, так і співучасті обох видів; *(д)* захист прав усієї групи здійснюється від імені заявника позову [3-а, с. 28]. С. В. Васильєв зазначає, що обов'язкова співучасть наявна у справах: про спільну (сумісну і часткову) власність; про спадщину; про авторські і суміжні права, якщо це є результатом праці декількох осіб; у позовах про виключення майна з опису; про захист честі та гідності і ділової репутації; про право користування житловими приміщеннями. Суть обов'язковості в тому, що всіх суб'єктів спірного правовідношеня об'єднує спільне право або спільний обов'язок [2, с. 61]. Такі обставини мають значення і для практики, адже суд повинен віднайти чітку межу між процесуальною співучастю та груповим позовом, зазначивши це у преюдиційному рішенні. Звідси, як слушно зазначає Є. В. Сліпченко, для застосування правил масового (групового) позову суд повинен кваліфікувати позов як груповий [30, с. 395]. А законодавство Німеччини ставить питання пред'явлення похідного позову в залежність від дискреційного розсуду суду [14, с. 13].

З аналізу ч. 2 ст. 274 ЦПК України випливає, що суд, вирішуючи питання про відкриття провадження у справі в порядку спрощеного провадження або загального позовного провадження, повинен врахувати категорію складності справи, кількість сторін та інших учасників і те, чи становить розгляд справи значний суспільний інтерес. Водночас ч. 3 та ч. 4 ст. 188 ЦПК України вказують на те, що об'єднання справи в одне провадження допускається до початку підготовчого судового засідання, а у спрощеному позовному провадженні – до початку розгляду справи по суті у кожній із справ, і з іншого боку, не допускається об'єднання в одне провадження кількох вимог, щодо яких за законом визначена виключна підсудність (ст. 30 ЦПК України).

Позов, з яким учасник юридичної особи може звернутись від імені цієї юридичної особи, дістав назву «shareholder's derivative action» або «derivative suit» (похідний позов) [16, с. 58]. Такий позов (похідний, непрямий), як відомо, є по суті інститутом процесуального представництва [27]. Як зазначає В. В. Ярков, похідні (непрямі) позови характеризуються особливою правовою природою. За похідним позовом, у разі його задоволення, прямим вигодонабувачем є сама організація, на користь якої здійснюється присудження. Вигода самих акціонерів є непрямою, оскільки на свою користь вони нічого не отримують, за винятком стягнення зі сторони відповідача понесених ними по справі судових витрат [40, с. 269]. Отже, практика їх розгляду та задоволення матиме у вітчизняному законодавстві свої особливості.

Детальніше аналізуючи ключові положення цивільного процесуального законодавства, що націлені на те, аби забезпечити здійснення судочинства судом, що сприяє творенню якісної судової практики по спорам, що випливають групових (масових) та похідних позовів, слід розглянути такі норми цього законодавства.

Так, згідно зі ст. 10 ЦПК України, суд розглядає справи відповідно до Конституції України, законів України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (ч. 2), а також застосовує інші правові акти, прийняті відповідним органом на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України (ч. 3). Такі повноваження та спосіб є сумірними кон-

ституційній нормі (ст. 19 Конституції України), в якій закріплено положення про те, що органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі та в межах повноважень і у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. А тому дотримання правопорядку в Україні залежить якраз від дотримання засад, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством (ст. 19 Конституції України). Це означає стосовно судової правотворчості не що інше, як обмеження реалізації дискреційних повноважень під час правозастосування.

Водночас ст. 10 ЦПК України закріплено положення про застосування судом судової практики. Зокрема, в ч. 4 цієї статті акцентується увага на тому, що суд застосовує під час розгляду справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та практику Європейського суду з прав людини як джерело права.

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 № 3477-IV (*далі* – Закон від 23.02.2006 № 3477-IV), суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію та практику Суду як джерело права [26].

Неможливо залишити без уваги й роль суду касаційної інстанції в контексті того, що відповідно до ч. 5 ст. 403 ЦПК України «...суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії або палати, має право передати справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо дійде висновку, що справа містить *виключну правову проблему* і така *передача необхідна* для *забезпечення розвитку права* та *формування єдиної правозастосовчої практики*.... (курсив власний – *Я.М.*)».

Отже, низка пов'язаних конституційних та цивільних процесуальних норм закладають першооснову для інституційної спроможності судової влади здійснювати судову правотворчість, заповнювати прогалини за результатами судової практики, в тому числі й у разі розгляду судом справ щодо масових (групових) та похідних позовів в Україні.

Втім, враховуючи, що суд, здійснюючи процесуальну діяльність, керуючись законом та принципом верховенства права, приймає рішення з усіх процесуальних питань, він, ухвалюючи судові рішення, повинен дотримуватись порядку, визначеного ст. 259 ЦПК України. Зважаючи на те, що судові рішення можуть бути винесенні у конкретно-передбачуваній законом формі, їх види впливають на особливості як стосовно процедури їх постановлення, так і щодо їх змісту, з огляду на видову класифікацію.

Варто зазначити, що судове рішення, будучи актом правотворчості, становить основний об'єкт судової практики, а тому, для вирішення питань, що стосуються правотворчості суду щодо групових (масових) та похідних позовів у цивільному судочинстві, слід предметно проаналізувати інститут рішення суду, його особливості стосовно розгляду справ даної категорії. Адже фактично рішення суду з єдиного державного судового реєстру натепер і становлять предмет дослідження.

Так, чи не єдиною імперативною вимогою законодавця щодо вироблення судової практики стосовно масових (групових) та похідних позовів, за цивільним процесуальним законодавством є ст. 266 ЦПК України (рішення суду на користь кількох позивачів або проти кількох відповідачів), в якій визначено, що суд, ухвалюючи рішення на користь кількох позивачів або проти кількох відповідачів, повинен зазначити, в якій частині рішення стосується кожного з них, або зазначити, що обов'язок чи право стягнення є солідарним.

Важливо мати на увазі і те, що ст. 264 ЦПК України передбачено питання, які вирішує суд під час ухвалення рішення. Зокрема, враховуючи дану норму, слід вказати на те, що суд, вирішуючи справу стосовно масових (групових) та похідних позовів, повинен враховувати такі умови під час правозастосування, а саме: 1) чи мали місце обставини (факти), якими обґрунтовувалися вимоги об'єднання та роз'єднання позовних вимог («opt-in» та «opt-out») та заперечення щодо цього; якими доказами вони підтверджуються; 2) чи є інші фактичні дані, які мають значення для вирішення справи для кваліфікації позову як групового (масового) чи то похідного, та докази на підтвердження необхідності їх об'єднання; 3) чи дійсно правовідносини сторін випливають із встановлених обставин та повинні кваліфікуватись як відносини за груповим (масовим) чи то похідним позовом; 4) яка правова норма підлягає застосуванню до цих правовідносин; 5) чи слід позов задовольнити або в позові відмовити та в якій частині вимог позивачів; 6) як розподілити між сторонами судові витрати; 7) чи є підстави допустити негайне виконання судового рішення; 8) чи є підстави для скасування заходів забезпечення позову. А ухвалюючи рішення, суд не може виходити за межі позовних вимог.

Водночас дані обставини суд повинен й відобразити в змісті рішення суду (ст. 265

ЦПК України) і, що характерно, у вступній, описовій, мотивувальній та резолютивній частинах (ст. 265 ЦПК України). Це пояснюється тим, що рішення суду є кінцевим результатом (виноситься на основній із завершальних стадій цивільного процесу), а тому повинно містити й усі необхідні дані та реквізити, що характеризують не тільки суть спору але й його характер у контексті множинності (масовості) в процесуальному сенсі та навантаженні. Адже саме за таких умов виникає можливість збагнути процесуальний режим розгляду справи.

Натомість ч. 8 ст. 265 ЦПК України містить положення про те, що, коли розглядаються первісний і зустрічний позови та позов третьої особи із самостійними вимогами, у рішенні вказуються результати розгляду кожного з позовів. Однак у цій нормі нічого не сказано про групу осіб, що свідчить про відсутність правової визначеності щодо інституту групового (масового) позову у процесуальному законодавстві, а отже, й відсутність відповідного процесуального інструмента суду для дій у подібній процесуально-правовій ситуації.

Не менш важливою є й та обставина, на якій слід додатково зупинитися. Зокрема, ч. 3 ст. 259 ЦПК України законодавець закріплює особливі положення стосовно *множинності осіб,* щодо яких суд повинен прийняти рішення. Зокрема, закріплено, що «... якщо в одному провадженні об'єднані кілька взаємопов'язаних самостійних вимог, суд *може* ухвалити щодо будь-якої вимоги часткове рішення та продовжити провадження в частині невирішених вимог. Якщо за вимогами, об'єднаними в одне провадження, відповідачем є одна особа, ухвалення часткового рішення *не допускається* у разі обґрунтованих заперечень з боку відповідача ...(курсив власний – *Я.М.*)». Отож, таким чином, як видається, законодавець предметно відзначив дві особливості прийняття рішення по групових (масових) та похідних позовах: перша із них є дискреційною, інша – імперативною. Тому практика повинна прогнозовано формуватися виходячи саме із таких критеріїв. Дискреція закладає за своєю природою першочергової можливості формування стабільної судової практики як у даному прикладі, так і стосовно інших випадків, натомість імперативність якраз доречна та є сталим орієнтиром, особливо в інституті рішення суду.

Неможливо й обійти увагою зміст ст. 430 ЦПК України, у якій відсутні питання, що стосуються вимоги щодо особливостей допущення до негайного виконання рішень суду по групових (масових) позовах. Хоча потенційна категорія спорів, що можуть підпадати під груповий позов, у цій статті наявна. Зокрема, це: 1) стягнення аліментів – у межах суми платежу за один місяць; 2) присудження працівникові виплати заробітної плати, але не більше ніж за один місяць; 3) відшкодування шкоди, заподіяної каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, – у межах суми стягнення за один місяць; 4) поновлення на роботі незаконно звільненого або переведеного на іншу роботу працівника; ... 6) розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб.

У ст. 417 ЦПК України визначено, що «.. вказівки, що містяться в постанові суду касаційної інстанції, є обов'язковими для суду першої та апеляційної інстанцій під час нового розгляду справи..», а також «.. постанова суду касаційної інстанції не може містити вказівок для суду першої або апеляційної інстанції про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими, про те, яка норма матеріального права повинна бути застосована і яке рішення має бути прийнято за результатами нового розгляду справи....».

Отже, попередньо резюмуючи, можна вказати на те, що законодавець визначив натепер дві пріоритетні форми вироблення судової практики, які становитимуть фундамент для правозастосування, – це шляхом Рішення КСУ, практики ЄСПЛ та постанов суду касаційної інстанції.

Також, стає очевидним і те, що цінними характеризуючими ознаками *стану судової практики за груповими (масовими) та похідними позовами повинно бути* акцентування уваги на: ***(а)*** однотипності підходів до вирішення судом тієї чи іншої категорії справ; ***(б)*** виробленні єдиних правил ідентифікації позову як групового; ***(в)*** виробленні єдиних (однотипних) підходів до застосування методів «opt-in» та «opt-out»; ***(г)*** диференціації складності справи та визначенні категорії справ; ***(д)*** здійсненні особливого режиму розгляду справа з акцентом на безпековий складник здійснення цивільної процесуальної форми (тобто із прогнозуванням та врахуванням тенденцій, що призводитимуть до ускладнень судового розгляду; з врахуванням можливості задіяти м'який та жорсткий режим цивільної процесуальної безпеки, режим окремих обмежень; своєчасною ідентифікаціїєю та виявленням уразливих елементів; нейтралізацією посилюючих процесуальний конфлікт обставин тощо); ***(ж)*** допущенні судового рішення до виконання; ***(з)*** розподілі судових витрат між учасниками справ; ***(є)*** застосуванні судом

практики ЄСПЛ та посиланні на неї у вирішенні справ за груповими (масовими) та похідними позовами, тощо.

Стан судової практики щодо масових (групових) та похідних позовів у судах І та ІІ інстанцій цивільних судів загальної юрисдикції, що напрацьована в 2018 році. Отож, враховуючи вищенаведене, вважаємо за доцільне розглянути деякі рішення суду І та ІІ інстанцій у контексті дотримання судом норм матеріального та процесуального права, як і щодо застосування практики ЄСПЛ, тощо. Це і стане показником того, як насправді інтерпретуються ті чи інші норми аналізованого сегменту і чи суд бере до уваги їх наявність (регламентованість).

Отже, ***приклад № 1:*** 11 січня 2018 року Апеляційний суд міста Києва розглянув у відкритому судовому засіданні в м. Києві цивільну справу № 22-ц/796/437/2018 (в суді І-ї інстанції справа за № 757/26016/17-ц) ***за позовом ОСОБА_6, ОСОБА_7, ОСОБА_8, ОСОБА_9, ОСОБА_10*** до приватного акціонерного товариства «Готель «Дніпро», третя особа – ОСОБА_11, про скасування наказів про звільнення, поновлення на роботі, стягнення заробітної плати за час вимушеного прогулу за апеляційною скаргою ОСОБА_2 в інтересах ОСОБА_6, ОСОБА_7, ОСОБА_8, ОСОБА_9, ОСОБА_10 на рішення Печерського районного суду м. Києва, ухваленого 21 вересня 2017 року під головуванням судді Цокол Л. І. Аналізуючи рішення, можна сказати, що застосування судом положень КСУ, практики ЄСПЛ, практики ВСУ, чи то узагальнюючої практики під час прийняття рішення в ньому не простежується, останнє ж, відповідно, й не вмотивовується з цього приводу [18].

Приклад № 2: з огляду на вказану нижче чисельність учасників, слід сказати, що Заводський районний суд м. Миколаєва 11.05.2018, розглянувши у відкритому підготовчому судовому засіданні в приміщенні суду в м. Миколаєві цивільну справу ***№ 487/2845/17 за позовом ОСОБА_1, ОСОБА_8*** до ОСОБА_9, ОСОБА_10, ОСОБА_5, ОСОБА_11, ОСОБА_12, ОСОБА_13 про визначення порядку користування земельною ділянкою, реальний розподіл майна в натурі і припинення права спільної часткової власності, ***за позовом ОСОБА_9*** до ОСОБА_1, ОСОБА_8, ОСОБА_10, ОСОБА_5, ОСОБА_11, ОСОБА_12, ОСОБА_13 про встановлення порядку користування земельною ділянкою, ***за позовом ОСОБА_11*** до ОСОБА_1, ОСОБА_8, ОСОБА_9, ОСОБА_5, ОСОБА_10, ОСОБА_13 про реальний розподіл майна в натурі і припинення права спільної часткової власності, та ***за позовом ОСОБА_10*** до ОСОБА_1, ОСОБА_8, ОСОБА_9, ОСОБА_5, ОСОБА_11, ОСОБА_12, ОСОБА_13 про визначення порядку користування земельною ділянкою, реальний розподіл майна в натурі і припинення права спільної часткової власності, задовольнив клопотання представника позивачів ОСОБА_2 і вирішив провадження по справі на час проведення експертизи зупинити, однак застосування судом положень КСУ, практики ЄСПЛ, практики ВСУ, узагальнюючої практики не простежується у прийнятті даного рішення, останнє ж, як наслідок, й не є вмотивованим [32].

Приклад № 3: 12 квітня 2018 року Апеляційний суд міста Києва розглянув у відкритому судовому засіданні цивільну справу № 753/5479/15-ц ***за позовом ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3, ОСОБА_4, ОСОБА_5, ОСОБА_6, ОСОБА_7, ОСОБА_8*** та ОСОБА_9 до Адвокатського об'єднання «Юридичне бюро «Крижанівський та партнери», ОСОБА_11 про розірвання договорів, стягнення коштів та суми боргу за договором позики, за апеляційною скаргою ОСОБА_6 на заочне рішення Дарницького районного суду м. Києва від 05 жовтня 2017 року у складі судді Вовка Є. І. Аналізуючи рішення, можна сказати, що застосування судом положень КСУ, практики ЄСПЛ, практики ВСУ, чи то узагальнюючої практики для прийняття рішення в ньому не простежується, останнє ж, відповідно, й не вмотивовується з цього приводу [19].

Приклад № 4: 4 квітня 2018 року Канівський міськрайонний суд Черкаської області розглянув у відкритому судовому засіданні в м. Каневі Черкаської області цивільну справу за позовом Канівської районної державної адміністрації ***в інтересах малолітніх дітей ОСОБА_3, ОСОБА_4, ОСОБА_5, ОСОБА_6, ОСОБА_7, ОСОБА_8,*** до ОСОБА_9, ОСОБА_10, треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору: Виконавчий комітет Литвинецької сільської ради, Служба у справах дітей Канівської районної державної адміністрації, Канівський районний центр соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді Канівської районної державної адміністрації, про позбавлення батьківських прав. Норми положень КСУ, практики ЄСПЛ, практики ВСУ, узагальнюючої практики під час прийняття рішення судом не застосовувались – рішення не вмотивовується з цього приводу належним чином. Водночас цим рішенням позбавляють батьківських прав батьків (ОСОБА_9, ОСОБА_10), проте питання стосовно одночасного стягнення аліментів на утримання малолітніх дітей (ОСОБА_3, ОСОБА_4,

ОСОБА_5, ОСОБА_6, ОСОБА_7, ОСОБА_8) судом не вирішується, хоча суд на завершення мотивувальної частин частини посилається на норму Пленуму ВСУ щодо позбавлення батьківських прав (2007 р.), проте не бере до уваги її зміст, формуючи й мотивуючи висновки суду. Вважаємо, такі обставини неприпустимими: це суперечить судовій практиці у вигляді позицій ВСУ (щодо п. 16 Пленуму з вирішення сімейних спорів про усиновлення та позбавлення батьківських права за 2007 р. [22]) та доктрині права, безпекового законодавства тощо[4].

Приклад № 5: 15 березня 2018 року Горохівський районний суд розглянув справу № 155/76/17 ***за позовом ОСОБА_1, який діє в інтересах ОСОБА_2, ОСОБА_3, ОСОБА_4, ОСОБА_5, ОСОБА_6, ОСОБА_7, ОСОБА_8, ОСОБА_9,*** до ОСОБА_10 господарства Ком. Фор. Горохівської районної державної адміністрації Волинської області про визнання правочину недійсним. Суд у процесі розгляду справи посилається на п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод з приводу незалежності та безсторонності суду, в результаті чого суд вирішує питання про заявлений головуючому судді відвід. Із аналізу ухвали суду стає очевидним, що провадження у справі тривало за дії ЦПК України 2004 р. та 2017 р. Утім, зважаючи на тривалий розгляд справи, стає очевидною та обставина, що питання про групу (численність, масу) осіб судом не бралося до уваги, не вирішувалося [33].

Та, зрештою, ***приклад № 6:*** 24 січня 2018 року Апеляційний суд м. Києва розглянув справу № 760/103/17-ц за апеляційною скаргою ОСОБА_2 на ухвалу Солом'янського районного суду м. Києва від 02 лютого 2017 року про забезпечення позову у справі ***за позовом ОСОБА_3, ОСОБА_4, ОСОБА_5, ОСОБА_6 до ОСОБА_7, ОСОБА_8, ОСОБА_9, ОСОБА_10, Товариства з обмеженою відповідальністю «Ткачук», ОСОБА_2,*** про визнання права власності та витребування майна з чужого незаконного володіння. Норми положень КСУ, практики ЄСПЛ, практики ВСУ, узагальнюючої практики під час прийняття рішення судом не застосовувались. Останнє ж, як наслідок, не вмотивовується з цього приводу [20], а це означає (що характерно для усіх наведених випадків) відсутність предмета та об'єкта для вироблення судової практики.

Звісно, не можливо охопити увесь правозастосовний простір судами у даній категорії справ, адже це скоріш прерогатива судів I, II, III інстанцій, які повинні узагальнювати та аналізувати судову практику відповідно до плану роботи суду, ніж предмет даного дослідження, проте факти щодо самих рішень і відсутності керівної (прецедентної) практики в Україні вказують на ряд прогалин з огляду на таке.

По-перше, суди не ідентифікують позови як груповий (масовий) чи то похідний, принаймні суд не акцентує увагу на особливостях змісту позовних вимог, що тягне за собою невжиття відповідних заходів та спеціального режиму здійснення судочинства; на відхиленні чи то задоволенні клопотань, виразі диспозитивної волі учасників справи на застосування методів «opt-in» та «opt-out»; не вважають за потрібне роз'яснювати права на це відповідно до вимог змагальності, регламентованих п. 3 ч. 4 ст. 12 ЦПК України щодо необхідності роз'яснення сторонам прав і обов'язків, вчинення і не вчинення процесуальних дій, тощо.

У зазначених прикладах суд: ***(а)*** не звертає увагу під час відкриття провадження у справі чи під час її розгляду на кваліфікацію справи за значним суспільним інтересом (ст. 274 ЦПК України); ***(б)*** не вважає за потрібне проявлення ініціативи на об'єднання та роз'єднання позовних вимог (ст. 188 ЦПК України);

По-друге, суд не задається та не вирішує питання про застосування методів «opt-in» та «opt-out»;

По-третє, у процесуальній діяльності суду із застосування норм процесуального права (ухвали, рішення) не простежується момент, коли суд об'єднав дані справи, через те що суд нічого не зазначив у своїх рішеннях;

По-четверте, суд не вирізняє загрозливі елементи, несприятливий стан та рух цивільної процесуальної форми, що не може на позначитись на змісті рішення суду, а отже, й на відповідності його принципу верховенства права;

Та, ***по-п'яте,*** суд не посилається на практику ЄСПЛ, на Рішення Конституційного Суду, на рішення суду касаційних інстанцій. Складається таке враження, що вимоги та зміст ст. 10 ЦПК України беруться до уваги під час правозастосування деяких норм ЦПК України, які є зручними для суду щодо постановлення ним бодай якогось рішення.

Отож, прикладів наводити можна чимало, утім факти застосування судами процесуального законодавства вимагають, очевидно, іншого рівня – рівня виконання вимог стандартів ЄС, Конвенції про права людини та її основоположні свободи, права на справедливе судочинство, тощо.

[4] Див.: [11, С. 131, 132]

Висновки й перспективи подальших розвідок.

Отже, виходячи з викладеного, важливо вказати насамперед на те, що судова практика щодо масових (групових) та похідних позовів в Україні не харктеризується пріоритетністю (ієрархічністю), єдністю. Вона, скоріш, є непридатною для застосування в сенсі єдиних взірцевих правозастосовних актів, які б наслідували інші суди. Відповідно, не сприяючи виробленню єдиних підходів та стандартів, вона не формує правила поведінки навіть за аналогією, як і не наближає цивільний процесуальний простір до виконання вимог стандартів ЄС. Причини – насамперед об'єктивні – у відсутності рішень компетентного органу (Верховного Суду); у відсутності належних повноважень на створення такої практики у судів нижчої інстанції; а також у відсутності досконалішої конструкції (процесуальної моделі) самого інституту групового (масового) та похідного позову у вітчизняному цивільному процесуальному законодавстві.

Судова практика пізнається через кінцеву стадію – рішення суду, його якість, зміст складових елементів (вступна, описова, мотивувальна та регулятивна частини), його відповідь на запитання змісту позову, соціальні проблеми.

Судова практика в інституті масового (групового) та похідного позову – це насамперед *встановлення судом контролю перед дотриманням та правозастосовним процесом на предмет «opt-in» та «opt-out»;* як і щодо *процесу ідентифікації статусу кожного із учасника;* вирішення питань, що пов'язанні з охороною та захистом первинних прав та обов'язків учасників справи за груповим (масовим) позовом; *раціональний та зрозумілий процес оптимізації цивільного процесу по конкретним справам даної категорії*; *застосування їх обмежень* для досягнення найбільш ефективного результату внаслідок розгляду і вирішення об'єднаної справи. Все це й повинно відстежуватись судом в рамках дії особливого режиму – режиму цивільної процесуальної безпеки, а відображатись у рішенні суду – «дзеркалі правосуддя» у справах за груповими (масовими) та похідними позовами.

Список використаних джерел:

1. Богуш М. Проблематика похідного (непрямого) позову. Юридична Україна: Правник. Бібліотека наукової юридичної періодики. URL: http://www.pravnuk.info/urukrain/1530-problematika-poxidnogo-nepryamogo-pozovu-3.html

2. Васильєв С.В. Цивільний процес: навчальний посібник. Х.: ТОВ «Одісей», 2008. 480 с.

3. Гальке Г. Зміцнення ролі Верховного Суду України – об'єктивна необхідність: доповідь. Верховний Суд України і демократичне суспільство: витоки та перспективи : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 90-річчю утворення найвищого судового органу країни в системі судів загальної юрисдикції. (Верховний Суд України, 15 лютого 2013 р., м. Київ). Вісник Верховного Суду України. 2013. № 4 (152). С. 2–6.

3. Журбин Б.А. Процессуальные особенности рассмотрения судами дел по групповым и производным искам: монография. М. : Юрлитинформ, 2012. 200 с.

4. Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. К. Ваіте, 2015. 392 с.

5. Запровадження інституту масового позову в Україні є необхідним кроком вдосконалення процесуального законодавства, зокрема, Цивільного процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/5CC45810BAD05D0CC2257E7A00458D13?OpenDocument&year=2015&month=07&.

6. Збірник Постанов Пленуму Верховного Суду України (1972-2010) / упоряд. В.В. Вапнярчук. Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2010. 856 с.

7. Князєв В. Критика буде, але вона лише стимулює рухатися вперед», — секретар ВП ВС. Судово-юридична газета. 19 июня 2018 г. URL: https://sud.ua/ru/news/sud-info/120160-kritika-bude-ale-vona-lishe-stimulyuye-rukhatisya-vpered-golova-vp-vs-vsevolod-knyazyev.

8. Ковалишин О.Р. Непрямий (похідний) позов як засіб захисту учасників корпоративних відносин. Вісник Академії адвокатури України. 2010. № 1(17). С. 61–67.

9. Майданик Р.А. Методологія приватного права в умовах євроінтеграції: застосування і тлумачення права, техніка вирішення спору. Вісник Верховного суду України. 2017. № 6 (202). С. 8–13.

10. Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права: учебник. М.: ТК. Велби. Изд-во Проспект. 2008. 768 с.

11. Мельник Я.Я. Підстави виникнення права на процесуальну безпеку в цивільному судочинстві. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2016. № 1. С. 128–133.

12. Мельник Я. Цивільні процесуальні правовідносини правової безпеки в цивільному судочинстві. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2016. № 37. С. 20–25.

13. Мельник Я.Я. Формування системи процесуальних інститутів режиму цивільної процесуальної безпеки. Право і суспільство. 2016. № 2. С. 52–60.

14. Нагоева Д.А. Производные иски: автореф. дис. на соиск. уч. степ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс»; Научный руководитель доктор юридических наук, профессор Воронов Александр Федорович. Москва, 2015. 23 с.

15. Придворов Н.А., Трофимов В.В. Правообразование и правообразующие факторы в праве: монография. М.: Норма: ИНФРА-М. 2012. 400 с.

16. Попов Ю.Ю. Похідні (непрямі) позови: іноземний досвід та українські перспективи. Українське комерційне право. 2012. № 12. С. 55-65.

17. Постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (2011–2013). Правові висновки у цивільних справах / упоряд. Д.Д. Луспеник, О.С. Ткачук. Київ: Союз юристів України, 2013. 766 с.

18. Постанова Апеляційного суду м. Києва від 11 січня 2018 р. по цивільній справі № 487/2845/17// Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71634529.

19. Постанова Апеляційного суду м. Києва від 12 квітня 2018 р. по цивільній справі № 753/5479/15-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73344464.

20. Постанова Апеляційного суду м. Києва від 24 січня 2018 року по цивільній справі № 760/103/17-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71952741.

20. Постанови Пленуму 1998–2017 рр. / Верховний Суд України. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/D061282D942041D6C2257AF3003DC868

21. Про практику розгляду судами корпоративних спорів: Постанова Верховного Суду від 24.10.2008 № 13. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08/page2.

22. Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав : Постанова від 30 березня 2007 р. № 3. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0003700-07.

23. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1402-19.

24. Про основи національної безпеки України: Закон України від 19.06.2003 № 964-IV. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/964-15.

25. Проект Закону про національну безпеку України від 27.06.2018 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63531.

26. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3477-15.

27. Похідний позов – інститут процесуального представництва: Центр комерційного права. URL: https://uba.ua/documents/brochure/Danishevska.pdf.

28. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України [...].; Рішення Конституційного Суду від 01.12.2004 № 18-рп/2004. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04

29. Рожнов А.П. Правоприменительная практика как нетрадиционный источник российского права: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Актуальные проблемы теории государства и права: хрестоматия / авт.-сост. М.В. Баранова, О.Б. Купцова. М. : Юрлитинформ, 2012. С. 11–21.

30. Слепченко Е.В. Гражданское судопроизводство: проблемы единства и дифференциации. СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2011. 499 с.

31. Ткачук О.С. Реалізація судової влади у цивільному судочинстві України: структурно-функціональний аспект: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2016. 38 с.

32. Ухвала Заводського районного суду м. Миколаєва від 11.05.2018 по цивільній справі № 487/2845/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74259564.

33. Ухвала Горохівського районного суду від 15 березня 2018 року по цивільній справі № 155/76/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72733399.

34. Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: науково-методичний посібник для суддів. 2-ге вид. випр., допов. К., 2015. 208 с.

35. Цивільне процесуальне право України: підручник / М.М. Ясинок, М.П. Курило, О.В. Кіріяк, О.О. Кармаза. С.І. Запара, О.В. Гетманцев, Я.Я. Мельник та ін.; за заг.ред. д.ю.н. професора М.М. Ясинка. К.: Алтера. 2016. 576 с.

36. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

37. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1501-06.

38. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України в редакції від 24.02.2018 № 1618-15. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15.

39. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол. Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К. «Укр. енцикл.», 1998. Т. 5. П–С. 2003. 736 с.

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

41. CDL-AD (2011) 003rev. Report on the Rule of Law. Adopted by the Venice Commission at its86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011) on the basis of comments by Mr Pieter van Dijk, Ms Gret Haller, Mr Jeffrey Jowell, Mr Kaarlo Tuori. п. 46.

Статья посвящена анализу состояния судебной практики по осуществлению судами общей юрисдикции судопроизводства по гражданским делам по массовых (групповых) и производных исках. Анализируются как доктринальные труды ученых-практиков, так и непосредственно практика Конституционного Суда Украины, Верховного Суда и судов I и II инстанций, а также гражданское процессуальное законодательство. Поставлены акценты на необходимости учета правоотношений безопасности как неотъемлемого фактора в процессе осуществления правосудия по данной категории дел. Выделяются признаки, которые необходимо учитывать суду в судебном правоприменительном процессе. Отмечаются многочисленные пробелы института группового (массового) иска, которые указывают на дефекты гражданской процессуальной формы, где таковые устанавливают четкую взаимосвязь с невозможностью адекватно применить закон судом. А следовательно, отстаивается позиция относительно необходимости законодательных изменений, а также необходимости суду действовать путем особого режима – режима процессуальной безопасности, в соответствии с которым суд должен предусматривать и учитывать коллизии, конфликты, процессуальные осложнения, опасные факторы, уязвимость процессуальной формы, адаптируя при этом гражданскую процессуальную форму к конкретным возникшим обстоятельствам.

Ключевые слова: судебная практика, групповой (массовый) иск, производный (непрямой) иск, процессуальная безопасность.

The article is devoted to the analysis of the state of judicial practice on the implementation of civil justice by courts of general jurisdiction in civil matters in mass (group) and derivative cases. Analyzed as doctrinal revisions of scientists-practitioners and directly the practice of the Constitutional Court of Ukraine, the Supreme Court and courts of the 1st and 2nd instances, as well as civil procedural law. The emphasis is placed on the need to take into account the security component in the process of considering the case according to the categories. Signs that are necessary for inclusion in the judicial legal process are distinguished. It is noted in numerous gaps of the institute of a group (mass) claim, which indicates defects of the civil procedural form, the relationship with the inability to apply the law adequately by the court. Therefore, the position of the necessary legislative changes, as well as the need to act the court through a special regime - a procedural security system, according to which the court must foresee and take into account conflicts, conflicts, procedural complications, dangerous factors, vulnerability of the procedural form, transforming the civil procedural form under specific circumstances.

Key words: judicial practice, group (mass) claim, derivative (indirect) claim, procedural security

УДК 347.413

Людмила Панова,
канд. юрид. наук, доцент, доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ДОГОВОРУ ЕКВАЙРИНГУ

Виникнення еквайрингу як конкретного правовідношення означає якісно новий етап у механізмі правового регулювання суспільних відносин у сфері розрахунків між суб'єктами. Підставою відповідного зобов'язання є договір еквайрингу. Моделюючи договірний зв'язок між еквайром та торговцем, держава виконує свою функцію – організатора цивільного обороту. Договір еквайрингу являє собою елемент складного зобов'язального правовідношення з переказу грошових коштів, який входить у відповідну систему. Еквайринг є одним з основних договірних інструментів, що забезпечують реалізацію концепції "Open Banking" в механізмі правового регулювання платежів.

Ключові слова: модель договору еквайрингу, правова характеристика договору еквайрингу, платіжні системи, фінансові послуги, обслуговування розрахунків.

Питання про правову природу договору еквайрингу своїм корінням виходить із принципів банківського права Європейського Союзу. Як відомо, економічне право ЄС базується на чотирьох основних принципах, які також мають назву чотирьох свобод: свободі переміщення товарів, свободі переміщення осіб (включаючи свободу заснування), свободі надання послуг та свободі руху капіталу та платежів. Кожний із принципів набуває особливого значення в окремих сферах економіки. У сфері проведення платежів найбільше значення мають принципи свободи надання послуг та свободи руху капіталу та платежів. «"Свобода" у правовому розумінні, – писав М. Вебер, – означає: мати права, теперішні й потенційні....» [1, с. 515]. У рамках Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу з урахуванням вищезазначених принципів і розробляється вітчизняне законодавство з метою успішного функціонування фінансової системи країни. Закон України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" від 5 квітня 2001 року як інструмент упорядкування діяльності платіжних систем, використання електронних платіжних засобів запровадив термін "еквайринг". Згідно із законом, еквайринг – *послуга технічного, інформаційного обслуговування розрахунків за операціями, що здійснюються з використанням електронних платіжних засобів у платіжній системі* (п. 1.9 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні") [2]. Нормативне визначення еквайрингу, по суті, відображає ідею, що закладена в п. 44 ст. 4 Розділу 1 Директиви (EU) № 2015/2366 Європейського парламенту від 25.11.2015, де еквайринг платіжних операцій визначається як *платіжна послуга, яка надається провайдером платіжних послуг, що уклав договір із отримувачем платежів для прийняття та обробки платіжних операцій, в результаті яких здійснюється переказ грошових коштів на користь отримувача [3].*

Для того щоб у читача не склалася неправильна з точки зору хронології подій уява щодо послідовності прийняття нормативних актів в Україні та ЄС, слід зробити невелику ремарку. Центральна ідея Європейського Союзу полягає у функціонуванні єдиного ринку для переміщення товарів, послуг, капіталу та робочої сили. Оскільки досягнення такої мети без уніфікації платіжного законодавства неможливо, відповідно, воно розробляється не окремими країнами, а на загальноєвропейському рівні. Вітчизняні банківські установи були одними з перших суб'єктів в нашій країні, хто сприйняв діючий у Європі правовий принцип *свободи руху платежів* (ч. 2 ст. 63 Договору про функціонування Європейського Союзу) та почав втілювати ідею єдиного ринку платежів у реальність. Пізніше за ініціативи банківської спільноти саме цей принцип був закладений в основу закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" у 2001 році. Сам закон є яскравим прикладом зближення національного законодавства із сучасною європейською системою права та приведення його до рівня, що склався у державах – членах ЄС.

Поняття еквайрингу з'являється на етапі формування платіжної галузі, коли тільки формувався Єдиний європейський платіжний простір (single euro payments area – SEPA). На загальноєвропейському

© Л. Панова, 2018

рівні регулювання платіжних послуг торкалося вузьких питань та мало більш рекомендаційний характер. У 2007 році була прийнята так звана "Перша платіжна Директива". У 2013 році стає зрозумілим, що Перша платіжна Директива потребує внесення змін та уточнень, постає необхідність уведення в правове регулювання нових конструкцій, яких ще не було п'ять років тому, для забезпечення додаткового зв'язку між платіжними системами. Тому прийняття Другої платіжної Директиви найчастіше згадується у зв'язку з регулюванням "сервісу з ініціювання платежів" та "сервісу з агрегації фінансової інформації". Однак необхідно підкреслити, що дія Другої платіжної Директиви значно виходить за рамки зазначених питань і торкається всіх основних аспектів функціонування платіжного ринку. "Друга платіжна Директива" приймається у 2015 році[1] [4].

На підставі зазначеного аналіз двох дефініцій дозволяє стверджувати, що обидві дефініції мають єдиний підхід до розуміння сутності процесу еквайрингу. Саме «сутність відносин, – пише відомий цивіліст А. А. Пушкін, – визначає специфіку норм, що забезпечують їх регулювання, а значить і предмет правового регулювання» [5, с. 12].

Виникнення еквайрингу як конкретного правовідношення означає якісно новий етап у механізмі правового регулювання суспільних відносин у сфері розрахунків між суб'єктами. У світі еквайринг (від анг. *acquire* – приймати, отримувати) є досить відомою та врегульованою фінансовою послугою та сприймається як система прийому платіжних карт як засобів оплати за товари, роботи та послуги, яка здійснюється еквайром, шляхом встановлення на торговельних або сервісних підприємствах платіжних терміналів та їх різновидів. Тобто йдеться про можливість оплатити покупку за допомогою платіжних карт, не використовуючи готівкові кошти. Підставою такої можливості є, зокрема, відносини, що складаються між продавцем (постачальником) товарів та/або послуг та еквайром на підставі відповідного договору. Наведеним зумовлена **мета** дослідження, яка полягає в проведенні теоретичного аналізу сутності та наданні правової характеристики договору еквайрингу виходячи з вимог Директиви (EU) № 2015/2366 про надання платіжних послуг, Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні" та наявної практики укладання таких договорів.

Договір еквайрингу є найменш дослідженим у науці цивільного права, тому значимість появи у світі такого явища, як еквайринг, важко переоцінити. Шлях від своєї первісної, ще не досконалої форми до сьогодення став поштовхом до зміни концепції платіжних відносин. Якщо раніше розрахункові правовідносини по суб'єктному складу кваліфікували виключно через зв'язок "банк-клієнт", то зараз концепція "Open Banking" ("відкритого банкінгу") дозволяє третім особам – провайдерам отримувати доступ до клієнтської інформації та взаємодіяти з банківською системою, яка відкриває доступ до своїх систем. Концепція "Open Banking" несе з собою кардинальні зміни і необхідність правової науки по-новому проаналізувати банківський сектор. Вищезазначена концепція знайшла своє законодавче закріплення у другій Директиві про надання платіжних послуг Payment Services Directive (EU) 2015/2366 (PSD2), яка 23 грудня 2015 була оприлюднена в офіційному виданні Європейського Союзу "The Official Journal of the European Union". Директива вступила в силу з 12 січня 2016 року. Протягом двох років з моменту вступу Директиви в силу країни-члени ЕС зобов'язані привести національне законодавство у відповідність до нових норм. Нова Директива є документом, який діє натепер, оскільки з 13 січня 2018 року припинила дію раніше чинна Директива про надання платіжних послуг від 2007 року Payment Services Directive (EU) 2007/64 / ЄС (PSD1).

Аналітичний підхід до змін, які відбуваються в банківському секторі, доводить, що на банківський сектор впливають чотири фундаментальних важеля. По-перше, це технології – вони стають доступнішими, їх розвиток визначається швидкістю та зростаючою кількістю людей, які користуються такими технологіями, і, як наслідок, відбувається перехід до цифрового банкінгу в банківській сфері. По-друге, змінюється клієнтський попит. Сьогодні клієнт висуває нові вимоги для проведення розрахунків, які повинен враховувати банківський сектор. По-третє, поширення соціальних медіа, які стають основним каналом комунікації та торгівлі. По-четверте, Big data стає важливим компонентом для прийняття рішень у бізнесі. Усі чотири компоненти будуть змінюватися в процесі розвитку "Open Banking", що, у свою чергу, буде впливати на правові дослідження відносин у сфері розрахунків.

[1] У європейський юридичній практиці директиви не мають прямої дії та адресовані країнам-членам. Положення, що містяться у директивах, реалізуються у національних нормативних актах, про що держави зобов'язані прозвітувати перед Європейською Комісією. Тому, на відміну від національних законів, для директив важливою є не дата набрання чинності (а дата транспозиції, тобто строк реалізації положень на внутрідержавному рівні. Для "Другої Директиви" таким строком є 13 січня 2018 року.

В українському праві теорія розрахункових відносин тільки починає формуватися, хоча вже основні ідеї, які закладені в концепції "Open Banking" та відображені в Директиві про надання платіжних послуг Payment Services Directive (EU) 2015/2366 (PSD2), знаходять своє місце в національному законодавстві.

У межах визначеної тематики необхідно зазначити, що основні вимоги на рівні нормативно-правових актів щодо умов договору еквайрингу знайшли своє відображення у Постанові Правління Національного банку України "Про здійснення операцій з використанням електронних платіжних засобів" від 05.11.2014 № 705 (далі – Постанова НБУ № 705/2014) [6; 7]. Вони кореспондують з вищезазначеною Директивою (EU) № 2015/2366 Європейського парламенту від 25.11.2015, яка встановлює цілу низку обов'язкових вимог до умов договорів, які укладаються між провайдерами платіжних послуг та отримувачами платежів, та допускає врахування національних правових норм, а також автономію волі учасників таких відносин. Оновлене правове регулювання у сфері надання платіжних послуг включає також постанову Європейського парламенту та Ради ЄС Regulation (EU) 2015/751, яка, зокрема, встановлює порядок сплати міжбанківських комісій за операції з використанням платіжних карт та спрямовує свою дію на будування ефективного загального ринку карткових платежів. Вказана постанова набула чинності 9 червня 2015 року [8].

Моделюючи договірний зв'язок між еквайром та торговцем, держава виконує свою функцію – організатора цивільного обороту. Модель стає можливою виходячи з оцінки законодавцем об'єктивної сторони відносин та за допомогою юридичної техніки, результатом якої стає правова норма. Оскільки договір еквайрингу прямо згаданий в нормативному акті, можна стверджувати, що цей договір є *поіменованим договором*.

Звертає на себе увагу і спрямованість даного договору на надання *платіжних послуг*. Вітчизняне законодавство також визначає еквайринг як послугу, але як послугу технічного, інформаційного обслуговування розрахунків за операціями, що здійснюються з використанням електронних платіжних засобів (далі – ЕПЗ) у платіжній системі. Чи можна вважати вказані послуги тотожними? У сучасному світі спостерігається тенденція до розрахунків у безготівковій формі за допомогою провайдера платіжних послуг (за термінологією Директиви) або постачальника платіжних послуг, якими є емітент або еквайр (за національною термінологією). У результаті надання ними послуг з обслуговування розрахунків (технічного, інформаційного характеру або прийняття та обробки платіжних операцій) стає можливим здійснення переказу грошових коштів на користь отримувача. Враховуючи, що провайдером є спеціалізована компанія, яка забезпечує технічний доступ до інформаційних мереж, а переказ коштів (платіжна послуга), згідно із законом України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", віднесений до такого специфічного виду послуг, як фінансові послуги, слід зробити кілька висновків.

Насамперед, еквайринг за змістом діяльності, яку він регулює, є супутньою послугою, що опосередковує переказ коштів, тобто платіжною послугою. Відповідно, договір еквайрингу належить до *договорів про організацію безготівкових розрахунків* нарівні з договором банківського рахунку. Слід зазначити, що вказані договори мають спільну мету, але досягається вона за допомогою різних засобів. Існування класифікації цивільно-правових договорів у вигляді поділу на майнові та організаційні відомо цивільному праву. Відповідно до такої класифікації до майнових договорів віднесені всі договори, які безпосередньо беруть участь в актах товарообміну між учасниками та спрямовані на передачу або отримання благ, а організаційні договори спрямовані на організацію такого товарообміну, тобто на встановлення взаємозв'язків учасників майбутнього товарообміну [9, с. 328].

Відповідно до ст. 66-67 Директиви ЄС, якими встановлений обов'язок організацій, в яких у клієнта відкритий рахунок, надавати доступ до своїх інформаційних систем посередникам – сервісам по ініціації платежів та агрегації фінансової інформації за відсутності договору між посередником та організацією, де відкритий рахунок. Необхідно зазначити, що саме ці статті становлять основу концепції відкритого банкінгу. Цими ж статтями встановлюється заборона на дискримінацію інформаційних посередників. Йдеться про відкриту конкуренцію серед провайдерів на ринку надання платіжних послуг. Тобто договір еквайрингу та договір банківського рахунку стають ланками одного ланцюга, які об'єднуються платіжною системою, а відносини, що виникають на підставі договору еквайрингу, необхідно кваліфікувати як *розрахункові зобов'язання*, що реалізуються шляхом здійснення низки взаємопов'язаних дій (юридичного та фактичного характеру) у строго визначеному порядку – за допомогою спеціальних правил платіжних систем. Згідно з технологією зберігання і збору

даних реєстраторів розрахункових операцій (далі – РРО), затвердженою Державною податковою службою України (ДПС) та Національним банком України, еквайр, як учасник платіжної системи, має перелік функцій, що передбачають надання суб'єктам господарювання послуг саме технічної підтримки, інформаційного обслуговування згідно з технологією зберігання та збору даних РРО для ДПС. Зазначена технологія дозволяє в захищеному вигляді зберігати в РРО електронні копії розрахункових документів та фіскальних звітних чеків, що були створені РРО, передавати ці електронні копії каналами зв'язку до Системи обліку даних РРО ДПС, визначені команди і конфігураційні дані від Системи обліку РРО ДПС до РРО.

Договір еквайрингу є одним із видів договорів, який спрямований на *організацію дистанційного обслуговування* користувачів. Запропонована нами нова правова характеристика договору є надзвичайно важливою у зв'язку з актуальною проблемою – захистом персональних даних. У травні 2018 року вступив у силу Загальний регламент із захисту даних – GDPR (General data protection regulation). Цей документ прийшов на зміну Директиві 95/46/ЄС Європейського парламенту і Ради "Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних", яка діє натепер. GDPR поширює свою дію на суб'єктів країн-членів ЄС, а також на суб'єктів, які не зареєстровані на території ЄС, але здійснюють діяльність на території Європейського Союзу або ж у процесі своєї діяльності вони прямо або опосередковано отримують доступ до персональних даних громадян ЄС або осіб, що перебувають на території Європейського Союзу. Незважаючи на те, коли Україна імплементує GDPR у національне законодавство, для еквайрів, як членів платіжних систем, цей Регламент став обов'язковим вже з травня 2018 р. У свою чергу, це покращить якість обслуговування клієнтів, тому що Регламентом передбачена відповідальність. Наприклад, ст. 77 GDPR говорить про цивільну відповідальність у вигляді компенсації матеріальної або моральної шкоди фізичним особам. Статтею 79.3(а) Регламенту передбачена адміністративна відповідальність у вигляді значних штрафів у розмірі 20 000 000 евро або до 4 % від загального світового годового обороту попереднього фінансового року за порушення відповідних прав суб'єктів даних.

Сторонами договору еквайрингу є еквайр та торговець. Еквайринг у межах України здійснюється виключно юридичними особами-резидентами, що уклали відповідний договір з платіжною організацією та отримали спеціальний дозвіл на здійснення еквайрингової діяльності. Торговцем може бути юридична особа або фізична особа – підприємець, які відповідно до договору еквайрингу зобов'язуються приймати від фізичних осіб електронні платіжні засоби замість готівкових коштів. Емітентом електронних платіжних засобів є банк, який також є учасником платіжної системи (1.13 ЗУ "Про платіжні системи та переказ коштів в Україні). Банки, які здійснюють свою діяльність на території України, мають право на свій розсуд укладати договори з платіжними організаціями платіжних систем та/або отримувати ліцензію/дозвіл на діяльність з емісії електронних платіжних засобів та еквайрингу чи на діяльність виключно з емісії або еквайрингу. Таким чином, еквайром може бути банк або небанківські установи, які є учасниками платіжної системи та виконують функцію технічного та/або інформаційного еквайрингу. Слід зауважити, що платіжні організації зобов'язані забезпечувати однаковий доступ до платіжних систем, у яких використовуються електронні платіжні засоби, постачальникам платіжних послуг, якщо їхня діяльність відповідає законодавству України, задовольняє вимогам платіжної організації щодо участі в платіжній системі та вони відповідно до правил платіжної системи були сертифіковані платіжною організацією на надання певних послуг.

Між сторонами договору еквайрингу виникають кореспондуючі права та обов'язки, і право вимагати їх виконання належить лише сторонам договору. Прикладом цього є Постанова ВГСУ від 19.09.2012 по справі № 18/5005/2757/2012 [10]. Саме тому цей договір можна кваліфікувати як двосторонній. Він укладається на користь сторін і, як вже зазначалося, спрямований на організацію дистанційного обслуговування користувачів, а тому не може бути сконструйований як договір на користь третьої особи.

Договором на користь третьої особи породжується суб'єктивне право безпосередньо у такої особи з моменту його укладення (ч. 1 ст. 636 ЦК України). Якщо припустити, що еквайр та господарюючий суб'єкт уклали договір еквайрингу як договір на користь третьої особи-користувача, то сторони договору тим самим прийняли на себе обов'язок перед третьою особою, яка не встановлена в договорі. Наданим третій особі правом вимоги щодо виконання договору, укладеного на її користь, вона може як скористатися, так і відмовитися від нього. Питання полягає в реалізації права третьої особи в такому договорі. ЦК України (ч. 3, ч. 4 ст. 636) закріплює

два положення, суть яких полягає в такому: якщо третя особа висловила намір скористатися своїм правом, то з цього моменту сторони договору не можуть розірвати або змінити його без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено договором або законом та якщо відбулася відмова третьої особи від права, наданого їй за договором, сторона, яка уклала договір, може сама скористатися цим правом, якщо інше не випливає із суті договору. Досліджуючи сутність договору еквайрингу, важко уявити собі ситуацію, за якою господарюючий суб'єкт – продавець у разі відмови покупця від права, нібито наданого йому як третій особі за договором еквайрингу, може сам скористатися цим правом.

Договір банківського рахунку з використанням банківської картки є підставою для правовідносин, що виникають між клієнтом (володільцем рахунка), який у договорі з господарюючим суб'єктом виступає, зокрема, в ролі покупця, та банком, в якому відкритий рахунок. У силу цього договору банк виконує розпорядження клієнта про перерахування і видачу відповідних сум з рахунка та проведення інших операцій за рахунком. Еквайр надає послуги технічного, інформаційного характеру торговцю для проведення розрахунків. Клієнт, ініціюючи платіж з використанням банківської картки (правовідносини між банком та клієнтом) та спеціального обладнання, наданого еквайром торговцю (правовідносини між торговцем та еквайром), звертається до банку, який є боржником за зобов'язанням банківського рахунку, та надає відповідне розпорядження. Тобто договір еквайрингу передбачає організацію платіжних послуг та діє, так би мовити, за принципом "подовженої руки". Договір між еквайром і торговцем надає право торговцю приймати до оплати електронні платіжні засоби певної платіжної системи з дотриманням її правил та виконувати інші операції, визначені договором. Договір між еквайром і торговцем не повинен містити обмежень щодо приймання електронних платіжних засобів інших емітентів та інших платіжних систем. Для реалізації наданого торговцю права еквайр зобов'язаний забезпечити технологічне, інформаційне обслуговування суб'єктів господарювання та інших осіб для проведення розрахунків за операції, які здійсненні між торговцями та користувачами з використанням електронних платіжних засобів.

У свою чергу еквайр має право на строк, визначений правилами платіжної системи, зупинити надання послуг торговцю та/або вилучити платіжний пристрій для обслуговування електронних платіжних засобів і розірвати договір у разі неправомірного або непередбаченого договором використання торговцем чи третьою особою електронних платіжних засобів або їх реквізитів, платіжного термінала, імпринтера та інших платіжних пристроїв, наданих еквайром торговцю для обслуговування електронних платіжних засобів, та в інших випадках, установлених договором. Платіжна організація або еквайр мають право прийняти рішення про зупинення здійснення еквайрингу певним торговцем також і в інших випадках, встановлених правилами платіжної системи та/або умовами договору.

Підсумовуючи вищевикладене, можна дійти ще одного висновку: досліджуваний нами договір еквайрингу є двостороннім, кожна зі сторін має взаємні права та обов'язки, в такому випадку зазначений синалагматичний зв'язок є характерним для *консенсуальної* моделі договору, а виконання певної послуги в консенсуальному договорі являє собою виконання стороною свого суб'єктивного обов'язку.

Перелік істотних умов договору еквайрингу та надання сторонам автономії волі міститься в нормативних актах. У зв'язку з цим еквайр зобов'язаний зазначити в договорі такі умови: найменування платіжних систем, ЕПЗ яких приймаються торговцем до оплати, та типи ЕПЗ із визначенням їхніх ознак платіжності; порядок оформлення документів за операціями з використанням ЕПЗ; порядок і терміни розрахунків еквайра з торговцем; розмір комісійної винагороди, яку торговець сплачує еквайру за розрахункове обслуговування; процедури безпеки, яких має дотримуватися торговець під час приймання платежів із використанням ЕПЗ, та передавання даних еквайру про проведені операції; а також інші умови відповідно до законодавства України або на розсуд еквайра та торговця.

Звертає на себе увагу така істотна умова договору еквайрингу, як розмір комісійної винагороди. Виходячи з цього необхідно зробити висновок, що договір еквайрингу *є оплатним*.

Серед різновидів еквайрингу зазвичай виділяють торговий, інтернет-еквайринг та АТМ-еквайринг. Торговий еквайринг представлений у магазинах, ресторанах, готелях, фітнес-клубах і т. п. Інтернет-еквайринг опосередковує купівлю-продаж в мережі Інтернет за допомогою спеціального інтерфейсу. АТМ-еквайринг, як правило, представлений терміналами та банкоматами. Тобто еквайринг є неможливим без спеціального обладнання та програмного забезпечення. Від вибору встановленої у торговця техні-

ки залежить швидкість, комфорт та безпека розрахунків за допомогою електронних платіжних засобів. Підтвердженням оплатності договору еквайрингу стає норма п. 14.20 ст. 14 ЗУ, якою передбачається, що еквайр зобов'язаний ознайомити користувача з розміром власної комісійної винагороди за отримання готівки через банківський автомат безпосередньо перед ініціюванням операції. Інформація про розмір комісійної винагороди має надаватися користувачу на екрані банківського автомата та/або друкуватися на паперових документах за операціями з використанням електронних платіжних засобів. Користувач після перегляду на екрані банкомата даних про суму комісійної винагороди повинен мати змогу відмовитися від вже розпочатої операції. Безпосередньо переказ між еквайрами і суб'єктами господарювання здійснюється, а розмір комісійної винагороди встановлюється виключно в гривнях.

Наведене дає підстави для таких **висновків** щодо договору еквайрингу. По-перше, вважається доцільним визначити договір еквайрингу як договір про надання еквайром платіжних послуг клієнтам – отримувачам грошових коштів – з організації проведення розрахунків за операціями з використанням електронних платіжних засобів за допомогою платіжних пристроїв (банківського автомату, платіжного терміналу, програмно-технічного комплексу самообслуговування тощо) згідно з встановленими платіжними організаціями правилами для платіжних систем. По-друге, договір еквайрингу є поіменованим, організаційним, двостороннім, консенсуальним, оплатним договором, спрямованим на надання послуг (платіжних) технічного, інформаційного обслуговування розрахунків за операціями, що здійснюються з використанням електронних платіжних засобів у платіжній системі. По-третє, у разі проведення розрахунків у платіжній системі будь-який договір, у тому числі і договір еквайрингу, набуває значення не як окремий договір, а як один із договорів, що забезпечує відповідну мету, а саме організацію переказу грошових коштів. Договір еквайрингу діє в системі як елемент складного зобов'язального правовідношення з переказу грошових коштів. Укладення договору еквайрингу є підставою не тільки виникнення даного правовідношення, а й реалізації прав та обов'язків пов'язаних із ним договорів. У систему договорів, опосередковуючих перекази грошових коштів в платіжній системі, окрім договору еквайрингу, входить договір банківського рахунку, договір про обмін електронними документами та інші. По-четвертє, договір еквайрингу є не лише юридичним фактом, що забезпечує виникнення зобов'язального правовідношення, а й регуляторним механізмом,

Список використаних джерел:

1. Вебер Макс. Господарство і суспільство: нариси соціології розуміння / з нім. пер. М. Кушнір. К.: Вид. дім "Всесвіт", 2012. С. 1112.
2. Про платіжні системи та переказ коштів в Україні : Закон України від 5 квітня 2001 року. URL: zakon5.rada.gov.ua.
3. Директиви (EU) № 2015/2366 Європейського парламенту від 25.11.2015. URL: http://data.europa.eu/eli/dir/2015/2366/oj.
4. Панова Л. Кореляційні зв'язки між законодавством Європейського Союзу та України в сфері платіжних послуг. Розвиток сучасного приватного права в країнах Європи: матеріали VIII Міжнародного цивілістичного форуму (Київ, 19-20 квітня 2018 року). К.: ТОВ "Білоцерківдрук", 2018. 278 с. С. 209-211.
5. Пушкин А. А. Избранные труды. Харьков : Эспада, 2007. 480 с.
6. Про здійснення операцій з використанням електронних платіжних засобів: Постанова Правління Національного банку України від 05.11.2014 № 705.
7. Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного банку України: Постанова Правління Національного банку України від 06 вересня 2016 № 382.
8. Regulation (EU) 2015/751 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on interchange fees for card-based payment transactions // Official Journal of the European Union. URL: https://publications.europa.eu >publication;
9. Договірне право України. Загальна частина : навчальний посібник / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.; за ред. О.В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. 896 с.
10. Постанова ВГСУ від 19.09. 2012 по справі 18/5005/2757/2012. URL: https://verdictum.ligazakon.net > document

Возникновение эквайринга, как конкретного правоотношения означает качественно новый этап в механизме правового регулирования общественных отношений в сфере расчетов между субъектами. Основанием соответствующего обязательства является договор эквайринга. Моделируя договорную связь между эквайером и торговцем, государство выполняет свою функцию – организатора гражданского оборота. Договор эквайринга представляет собой элемент сложного обязательственного правоотношения по переводу денежных средств, который входит в соответствующую систему. Эквайринг является одним из основных договорных инструментов, обеспечивающих реализацию концепции "Open Banking" в механизме правового регулирования платежей.

Ключевые слова: модель договора еквайринга, правовая характеристика договора эквайринга, платежные системы, финансовые услуги, обслуживание расчетов.

The emergence of acquiring, as a concrete legal relationship, means a qualitatively new stage in the mechanism of legal regulation of social relations in the sphere of settlements between subjects. The basis for the corresponding obligation is the acquiring contract. Modeling the contractual relationship between the acquirer and the trader, the state fulfills its function - the organizer of the civil turnover. The contract of acquiring is an element of a complex legal obligation to transfer money, which is a part of the corresponding settlement system. Acquiring is one of the main contractual tools that ensure the implementation of the concept of "Open Banking" in the mechanism of legal regulation of payments.

Key words: agreement model of the agreement, legal characteristic of the acquiring contract, payment systems, financial services, settlement services.

УДК 347

Артем Самусь,
студент юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ДОМЕННИХ ІМЕН ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

У статті розглядаються деякі проблеми, пов'язані з охороною доменних імен в мережі Інтернет. Хоча розглядається правове регулювання в Україні, деякі розглядувані проблеми мають міжнародний характер і тому розглядаються з урахуванням світових реалій. Важливість цього наукового дослідження підкреслюється тим, що в епоху постіндустріального, інформаційного суспільства компанії, які пропонують ті чи інші товари та послуги, заінтересовані в тому, щоб їхні права інтелектуальної власності були захищенні належним чином, щоб існували дієві механізми попередження порушення прав власників в Інтернеті. Так само й споживачі заінтересовані в тому, щоб через неправомірні дії, які порушують права власників доменного імені, вони не були введені в оману. Дана проблематика є дуже популярною тому, що Інтернет став одним із головних майданчиків для реалізації маркетингових стратегій з боку суб'єктів господарювання. З'явились нові виклики з боку як національних, так і міжнародних законодавчих інституцій щодо покращення правового регулювання відносин інтелектуальної власності, пов'язаних із таким засобом індивідуалізації учасників цивільного обороту, як доменне ім'я, – в цій статті йдеться саме про це. Також у статті, міститься порівняльна характеристика вітчизняних правових механізмів із міжнародними у сфері захисту прав на доменне ім'я. Проведений аналіз основних недоліків і прогалин українського законодавства. Разом із тим запропоновані ідеї вдосконалення правового регулювання вітчизняних правових механізмів у сфері охорони прав інтелектуальної власності на доменне ім'я в законодавстві України. Стаття покликана привернути увагу до значущості такого засобу індивідуалізації учасників цивільного обороту, як доменне ім'я, в системі об'єктів інтелектуальної власності, і це підтверджується тим, що доменне ім'я нині відіграє важливу роль в успішності ведення бізнесу суб'єктами господарювання.

Ключові слова: право інтелектуальної власності, Інтернет, торговельні марки, доменні імена.

Постановка проблеми. У зв'язку з розвитком електронної торгівлі багато компаній намагаються позначити себе та власні товари і послуги в глобальній мережі Інтернет за допомогою таких засобів індивідуалізації, як торгівельні марки, комерційні найменування, географічні зазначення, які допомагають їм привернути більше уваги покупців-користувачів Інтернет до своєї діяльності або до власних товарів і послуг, використовуючи для цього, як правило, доменні імена. Назви доменних імен призначені для полегшення зв'язку між комп'ютерами через Інтернет. Але, оскільки назви доменних імен зручні для використання і запам'ятовування, вони також стали формою позначення ділових підприємств. Нині назви доменних імен зазвичай використовуються в рекламі як зазначення присутності ділового підприємства в мережі Інтернет. Із розширенням мережі Інтернет назви доменних імен все більше вступають у конфлікт з об'єктами права інтелектуальної власності. Виникнення таких конфліктів пов'язане, насамперед, з відсутністю зв'язку між системою реєстрації об'єктів інтелектуальної власності, з однієї сторони, та системою реєстрації доменних імен, з іншої [1, с. 387].

Стан дослідженості теми. Проблеми, пов'язані з доменними іменами, розглядали такі вчені, як О. М. Андрусенко, Н. М. Булат, О. М. Коршакова, В. І. Грицай, О. М. Волощенко, С. С. Патрушев, К. Г. Татарникова. Однак без наявності відповідного законодавства наукова дискусія, в якій вони брали участь, залишається теоретичною та, на жаль, мало впливає на правозастосування.

Постановка завдання. Слід зазначити, що питання визначення поняття і специфіки правовідносин, що виникають у Всесвітній мережі Інтернет, є предметом наукового аналізу у численних публікаціях, кандидатських і навіть докторських дисертаціях. Зокрема, є точка зору, відповідно до якої інтернет-відносини – це особливі відносини, які виникають у результаті впливу норм міжнародного та інших галузей права, міжнародних договорів, рішень судів на поведінку людей і організацій (суб'єктів) [4, с. 145–149], а Інтернет-відносини – це новий тип суспільних відносин, які виникають, змінюються і припиняються в кіберпросторі. Принаймні існують специфічні для мережі Інтернет об'єкти, охорона яких на практиці ускладнена. До них, зокрема, належить доменне ім'я, яке за

© А. Самусь, 2018

законодавством України належного захисту не має та захищається, лише якщо співпадає з торговельною маркою.

Метою статті є аналіз деяких проблем, пов'язаних з охороною засобів індивідуалізації суб'єктів господарювання в мережі Інтернет за законодавством України.

Викладення матеріалу. Основними перепонами на шляху розвитку відносин інтелектуальної власності в епоху Інтернет, згідно з думками сучасних фахівців, є: конфлікт доменних імен і товарних знаків у глобальній інформаційній мережі; проблеми охорони творів у цифровій формі; проблеми охорони баз даних; невирішеність питання щодо правомірності патентування способів ведення бізнесу; проблеми максимально широкого доведення до відома суспільства (через мережу Інтернет) інформації про патенти тощо [6, с. 160].

Натепер серед дослідників немає єдиної точки зору з приводу вирішення вищезгаданих проблем. Але є можливість виокремити принаймні три підходи, для того щоб вирішити проблеми охорони та захисту прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет.

1. Охорона прав на об'єкти інтелектуальної власності в Інтернеті є недоцільною, тому що інформація радикально відрізняється від традиційних благ за своєю природою. Прихильники цієї точки зору вважають, що контроль та регламентація процесу поширення і використання об'єктів інтелектуальної власності в мережі не можливі. Саме через неможливість регулювання цих відносин і набирає популярності система безкоштовного розповсюдження програмного забезпечення, подальше використання якого є платним.

2. Охорона прав на об'єкти інтелектуальної власності в Інтернеті потребує створення нового інституційного середовища в даній сфері, тому що ті механізми охорони, які існують на даний момент, довели свою неспроможність дієво захистити права на об'єкти інтелектуальної власності.

3. Охорона прав на об'єкти інтелектуальної власності необхідна. Але треба вдосконалити вже наявні способи захисту шляхом внесення змін до міжнародного та національного законодавства.

Адміністрування системи прав інтелектуальної власності здійснюють державні організації на територіальній (національній або регіональній) основі. Адміністрування системи доменних імен зазвичай здійснюють неурядові організації, які не зв'язані якими-небудь обмеженнями. Така система діє за принципом "першим прийшов – першим зареєстрований". Назви доменних імен пропонують глобальну присутність у мережі Інтернет як родових доменів верхнього рівня, так і кодів країн доменів верхнього рівня. "Кіберсквотери" використовують вказані вище відмінності двох систем, користуючись перевагами реєстрації в глобальній системі доменних імен. Останнім часом у зв'язку з уведенням таких нових родових доменів верхнього рівня, як .info, .biz, .coop, .museum, .aero, .name і .pro, збільшилася кількість конфліктів між назвами доменних імен і засобами індивідуалізації учасників цивільного обороту, їх товарів та послуг [3, с. 64].

З огляду на вищезазначене, стає зрозумілим, що постійне збільшення кількості конфліктів у мережі Інтернет пов'язане з тим, що доменні імена мають певну цінність та використовуються для ідентифікації осіб у мережі Інтернет, фактично виконуючи функції, що притаманні засобам індивідуалізації учасників цивільного обороту, їх товарів та послуг. Але при цьому доменні імена за законодавством багатьох країн, і зокрема України, натепер не вважаються об'єктами права інтелектуальної власності.

Практика свідчить, що найчастіше в мережі Інтернет порушуються права інтелектуальної власності на торгівельні марки, тоді як конфлікти з приводу незаконного використання чужих комерційних найменувань та географічних зазначень трапляються набагато рідше [1, с. 378].

Однією з головних проблем у сфері захисту прав інтелектуальної власності сьогодні є те, що спеціального законодавства про захист інтелектуальної власності в мережі Інтернет в жодній з країн немає, а на міжнародному рівні зараз тільки починається формування відповідного правового регулювання. Тому захист прав власників об'єктів інтелектуальної власності у разі використання останніх у мережі Інтернет відбувається зазвичай на підставі спеціальних законів у сфері інтелектуальної власності, які прийнятті у більшості розвинутих країн світу. Однак далеко не завжди в цих законах є спеціальні правові норми, які регулюють саме правовідносини в мережі Інтернет; як правило, ці закони регулюють правовідносини у сфері інтелектуальної власності в цілому, і їх адаптують до Інтернету. Так відбувається і в Україні.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про телекомунікації» домен – частина ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, яка має унікальну назву, що її ідентифікує, обслуговується групою серверів доменних імен та централізовано адмініструється.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» доменне ім'я – ім'я, що використовується для адресації комп'ютерів і ресурсів в Інтернеті .

Є й інше визначення доменного імені. Так, відповідно до п. 2 Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку підключення до глобальних мереж передачі даних», доменне ім'я – буквено-цифровий вираз, що ідентифікує будь-який комп'ютер абонента у мережі Інтернет.

Наразі не можливо точно охарактеризувати правову природу прав на доменне ім'я. Але існують дві різні точки зору щодо цього питання.

Юристи, які є прихильниками першої точки зору, вважають, що права на доменні ім'я є абсолютними майновими правами (коли праву правовласника протиставляється обов'язок усіх не порушувати це право, яскравий приклад абсолютного права – право власності).

Прихильники другої точки зору наполягають на тому, що доменне ім'я є майном за своєю суттю. Це аргументується тим, що у власника домену з'являються права на підставі договору, які, у свою чергу, мають відносний характер (коли праву правоволодільця протиставляється обов'язок конкретної особи – контрагента за договором із правоволодільцем, яскравий приклад відносного права – договір надання юридичних послуг) і можуть бути реалізовані лише тільки на підставі договору з певним реєстратором і в межах такого договору.

Не претендуючи на вирішення цієї суперечки, зазначимо, що на практиці більш поширеним є другий підхід, оскільки нерідко судді не розуміють, яким саме чином захищати права на доменні імена. Підтверджує таку позицію ст. 418 Цивільного кодексу України (далі – ЦК), згідно з якою об'єктом права інтелектуальної власності може бути визнаний тільки той об'єкт, що визначений цим Кодексом та іншим законом. Але в переліку об'єктів інтелектуальної власності, відповідно до ст. 420 ЦК, немає згадки про доменне ім'я. Так само як і відсутній закон, який би регулював відносини щодо даного об'єкта.

Також велику проблему становить встановлення особи порушника. Насправді її рідко вдається встановити, і часто відповідач у справі порушником не є, а лише відповідає за його дії. Розглянемо це питання докладніше.

Виявивши порушення прав на контент інтернет-сайту, правоволоділець має насамперед встановити особу порушника. Згідно з наявною судовою практикою, щоб зробити це, необхідно з'ясувати, хто власник сайту. Відомості про власника веб-сайта можна витребувати в адміністратора системи реєстрації та обліку доменних назв та адрес українського сегмента мережі Інтернет. Іншими словами, власником сайту визнається відповідний реєстрант доменного імені, яке адресує до цього ресурса. Але цей спосіб визначення особи відповідача не позбавлений недоліків. По-перше, чинні правила реєстрації доменних імен здебільшого не передбачають можливості персоніфікації особи, на ім'я якої реєструється той чи інший домен. Тому не виключено, що доменне ім'я зареєстроване на особу, якої не існує, отже, спроба отримати дані від адміністратора домену .ua, щоб визначити відповідача у справі, не дасть очікуваного результату. По-друге, не зовсім правильно ототожнювати реєстранта доменного імені з власником інтернет-сайту. З'ясувати особу власника сайту можна, встановивши власника його IP-адреси, а це, свою чергою, дозволить визначити хост-провайдера, на сервері якого і розміщений сайт порушника. Після цього можна через суд або іншим чином витребувати дані про особу, з якою хост-провайдер уклав відповідний договір, і майже безпомилково встановити особу власника сайту. Встановивши особу порушника, можна спробувати припинити правопорушення в позасудовому порядку. Як свідчить практика, у більш ніж 90 % випадків, щоб припинити порушення прав, досить надіслати претензію електронною поштою [3, с. 65]. Однак нерідко власник сайту не реагує на такі звернення, а інформація про його особистість може не відповідати дійсності. І завадити цьому неможливо: принцип анонімності в Інтернеті закріплений у Декларації про свободу комунікацій в Інтернеті, прийнятій Комітетом міністрів Ради Європи 28 травня 2003 року.

Нерідко реальні власники сайтів заперечують свою причетність до них. Навіть доменне ім'я, що містить, наприклад, назву компанії, не є доказом, оскільки технічно будь-хто може зареєструвати сайт з такою назвою. Так, наприклад, представники фірми «Фрегат» у суді заявили, що наявність у доменному імені вказаних веб-сайтів назви «fregat» також не є ідентифікуючою ознакою належності їх відповідачу [6]. У цій справі так і не вдалося довести, що відповідні сайти належать цій компанії.

Домен індивідуалізує сайт, саме за доменним іменем споживач може знайти той чи інший сайт, особу, товар або послугу. Це дозволяє говорити про самостійне значення і правову регламентацію доменних імен. На відміну від комп'ютерної програми, доменні імена не знайшли чіткого закріплення в системі об'єктів права інтелектуальної власності. Як правило, положення про доменні імена закріплені в законодавстві, що регулює охорону прав на торговельні марки. Так, відпо-

відно до Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» використанням торгової марки визнається в тому числі застосування її в доменних іменах. При цьому використання без згоди власника зареєстрованого знака або позначення, схожого зі знаком, в доменних іменах визнається порушенням прав власника свідоцтва на торговельну марку.

Правила ICANN RFC 1591 «Політика делегування доменних імен верхнього рівня» присвячені розподілу доменних імен серед кінцевих користувачів. По суті це лише реєстрація нового доменного імені.

Організація, яка реєструє доменні імена, є стороною-реєстрантом. Ця організація також продовжує термін дії вже зареєстрованих доменних імен, для яких встановлена спеціальна реєстрація.

Такими доменами є: кореневі домени, домени верхнього рівня та деякі домени другого рівня (наприклад, co.uk). Для того, щоб створити піддомени для всіх інших доменів, спеціальних повноважень не треба.

ICANN є реєстратором нульового (кореневого) домену. Також ця організація установлює правила реєстрації в міжнародних доменах. У свою чергу, правила реєстрації національних доменів встановлюються реєстраторами та/або державними органами відповідних країн.

До певного часу саме реєстратори вирішували спори щодо доменних імен. Нині реєстратори виступають лише як треті особи або експерти у суді. Це тому що останнім часом майже всі такі організації відмовляються вирішувати спір і відсилають сторони до органів судової влади або до спеціалізованих арбітражних органів.

В Україні ТОВ «Хостмастер» згідно з договором № 1/2001 «Про передачу адміністративних повноважень», який був укладений із громадянами України Дмитром Кохманюком, адміністратором публічного домену «UA», та Ігорем Свиридовим, технічним адміністратором публічного домену «UA», які отримали відповідні повноваження згідно з правилами ICANN, виконувало обов'язки щодо адміністрування публічного домену «UA». Проте 22 липня 2003 р. Кабінет Міністрів України видав розпорядження «Про адміністрування домену «UA», після чого ТОВ «Хостмастер» втратило право здійснювати зазначену діяльність, оскільки така діяльність, згідно з п. 1 розпорядження, повинна здійснюватися об'єднанням підприємств «Український мережний інформаційний центр».

Згідно з умовами «Правил домена.UA» для захисту законних інтересів членів Інтернет-спільноти України щодо їхньої інтелектуальної власності приватні доменні імена другого рівня в домені .UA делегуються виключно у тому разі, коли відповідне доменне ім'я повністю або його компонент другого рівня (до знака «.», але не включаючи цей знак) за написанням збігається зі Знаком, права на використання якого на території України належать відповідному реєстранту [5].

Однак варто зазначити, що доменне ім'я може містити не лише торговельну марку або її елементи, а й, наприклад, комерційне найменування. Тому вважаємо, що охорона доменного імені лише в аспекті охорони торговельної марки є недостатньою. Вважаємо, що варто розглядати доменне ім'я як особливий об'єкт правового регулювання, можливо, особливий засіб індивідуалізації. Наявний «вторинний» захист не відображає значення доменного імені та є не досить ефективним. Не випадково «кіберсквоттинг», тобто порушення саме в цій сфері, є настільки поширеним.

Таким чином, пропонуємо змінити законодавство України, надавши доменному імені особливий правовий режим, не пов'язаний зі знаком для товарів та послуг, а як самостійного об'єкта, який існує в мережі Інтернет. Нині практика без чіткого законодавчого врегулювання захищає доменні імена неоднозначно: можна знайти судові рішення, які обґрунтовують протилежні позиції, тому без чіткого законодавства проблема правозастосування не вирішиться. Необхідне прийняття окремого нормативно-правового акта, який би врегулював охорону доменного імені як окремого об'єкта права промислової власності, що є засобом індивідуалізації.

Висновки.

Нині відсутній точний та повний набір правових інструментів у світі, які б могли повністю захистити права власників на доменне ім'я. Тому саме через це законодавство України, яке регулює охорону засобів індивідуалізації в мережі Інтернет, відповідає міжнародним стандартам, а його недоліки характерні для правового регулювання цієї сфери на світовому рівні. Однак є також певні проблеми, пов'язані з недостатнім розумінням законодавцем специфіки мережі Інтернет, та проблеми правозастосування, пов'язані з недостатньою комп'ютерною грамотністю суддів. Однак вплив останнього чинника з часом зменшується, є надії на повне його подолання. Вдосконалюючи чинне законодавство, необхідно особливу увагу приділити правовому регулюванню охорони доменних імен, найдоцільніше при цьому виділити їх як окремий об'єкт правового регулювання.

Список використаних джерел:

1. Андрусенко О. М. Право на доменне ім'я: проблеми розуміння і реалізації. Альманах права. Ціннісно-правові засади сучасних інтеграційних процесів в Україні. 2015. Вип. 6. С. 387-389.
2. Бошицький Ю. Л. Інтелектуальна власність в Україні та Європі як фактор успіху та стабільності. Трибуна. 2014. № 5/12. С. 9-10.
3. Волощенко О. М. Проблеми нормативно-правового регулювання виключних прав інтелектуальної власності на засоби індивідуалізації товарів та послуг у мережі Інтернет. Право та інновації. 2014. № 3. С. 63-68.
4. Литвинов Є. П. Правовідносини в Інтернет-праві. Часопис Київського університету права. 2013. № 3. С. 145–149
5. Правила домена. UA. URL: http://www.domenua.com.ua/uapolicy-rus.php.
6. Рішення Дніпровського районного суду м. Києва від 29 січня 2018 року у справі № 755/22219/14-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71850002
7. Проблемні питання визначення правової природи і структури правовідносин інтелектуальної власності, що виникають у мережі Інтернет. О. І. Харитонова, Г. О. Ульянова, А. В. Кирилюк, Ю. Ю. Симонян, Н. П. Бааджи, Д. Д. Позова, Г. І. Григор'янц, Л. І. Бурова, І. В. Мартинюк. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Т. 17 / голов. ред. М. В. Афанасьєва ; МОН України, НУ «ОЮА». Одеса : Юрид. л-ра, 2015. С. 159-200.

В статье рассматриваются некоторые проблемы, связанные с охраной доменных имен в сети Интернет. Хотя рассматривается правовое регулирование в Украине, некоторые рассматриваемые проблемы носят международный характер и поэтому рассматриваются с учетом мировых реалий. Важность этого научного исследования подчеркивается тем, что в эпоху постиндустриального, информационного общества компании, которые предлагают те или иные товары и услуги, заинтересованы в том, чтобы их права интеллектуальной собственности были защищены должным образом, чтобы существовали действенные механизмы предотвращения нарушения прав собственников в Интернете. Так же и потребители заинтересованы в том, чтобы из-за неправомерных действий, нарушающих права владельцев доменного имени, они не были введены в заблуждение. Данная проблематика является очень популярной потому, что Интернет стал одной из главных площадок для реализации маркетинговых стратегий со стороны субъектов хозяйствования. Появились новые вызовы со стороны как национальных, так и международных законодательных институтов относительно улучшения правового регулирования отношений интеллектуальной собственности, связанных с таким средством индивидуализации участников гражданского оборота, как доменное имя, – в этой статье речь идет именно об этом. Также в данной статье содержится сравнительная характеристика отечественных механизмов с международными в сфере защиты прав на доменное имя. Проведен анализ основных недостатков и пробелов в украинском законодательстве. Вместе с тем предложены идеи совершенствования правового регулирования отечественных механизмов в сфере охраны прав интеллектуальной собственности на доменное имя в законодательстве Украины.

Ключевые слова: право интеллектуальной собственности, Интернет, торговые марки, доменные имена.

The article deals with some issues related to the protection of domain names on the Internet. Although legal regulation in Ukraine is in the focus, some of the issues under consideration are international in nature and are therefore considered in the light of world realities. The importance of this research is emphasized by the fact that in the post-industrial, informational society, companies which offer certain goods and services are interested in ensuring that their intellectual property rights are properly protected, that there are effective mechanisms to prevent the violation of the rights of owners on Internet. Similarly, consumers are interested in the fact that they were not misleading due to unlawful actions that violate the rights of the owners of the domain name. This problem is very popular because the Internet has become one of the main platforms for implementing marketing strategies by business entities. And new challenges emerged both from national and international legislative institutions to improve the legal regulations of intellectual property relations by such means of individualization of civilian traders as a domain name, and therefore, this article will talk about this. Also, in this article, there is a comparative characteristic of domestic legal mechanisms with international, in the field of protection of rights to the domain name. An analysis of the main shortcomings and gaps in Ukrainian legislation will be conducted. At the same time, ideas will be proposed on improving the legal regulation of domestic legal mechanisms in the area of protection of intellectual property rights in the domain name in the legislation of Ukraine. The article is intended to draw attention to the significance of such means of individualization of participants in civilian circulation as a domain name in the system of objects of intellectual property, and this is confirmed by the fact that the domain name is currently playing an important role in the success of doing business by companies.

Key words: intellectual property right, Internet, trademarks, domain names.

УДК 347.1

Анатолій Сліпченко,
аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна

ВІДЧУЖЕННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Стаття присвячена аналізу наявних у теорії цивільного права поглядів щодо категорії відчуження як елемента цивільного обороту та визначенню меж його застосування. Робиться висновок, що об'єктами відчуження можуть розглядатися лише об'єкти цивільного права. Воно охоплює як випадки, коли об'єкт цивільного права перестає належати одній особі з одночасним присвоєнням його іншою особою, так і випадки, коли він перестає належати кому б то не було, тобто стає чужим, не є своїм абсолютно для всіх.

Ключові слова: цивільний оборот, відчуження, об'єкт цивільного права, речі, благо.

Постановка проблеми. У ч. 1 ст. 178 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) зазначено, що об'єкти цивільних прав можуть вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином, якщо вони не вилучені з цивільного обороту, або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи. Аналіз змісту наведеної норми вказує на те, що відчуження є елементом структури цивільного обороту, а тому розуміння його сутності дозволяє встановити не тільки функціональне призначення цього способу цивільного обороту, а й скласти більш повне уявлення про останній.

Разом із тим **аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми** вказує на те, що сам термін «відчуження» є досить широко вживаним у теорії права. При цьому його наповнюють різним змістом та визначають різні межі застосування [1, с. 22-30], що значно ускладнює його використання у правозастосовній практиці. Адже всі поняття, як і норма права у цілому, повинні бути чіткими, ясно вираженими, зрозумілими всім, щоб уникнути різноманітних тлумачень. Для цього вони повинні бути розкриті формально чіткою мовою у визначеннях – правових дефініціях. Очевидно, що рівною міріою вказане стосується і поняття відчуження.

Тому **завдання** даної **статті** – аналіз наявних у теорії цивільного права поглядів щодо поняття відчуження як елемента цивільного обороту та визначення меж його застосування.

Виклад основного матеріалу дослідження. Визначаючи об'єкт відчуження, деякі вчені стверджують, що такими можуть бути тільки права та обов'язки [2, с. 18; 3, с. 11; 4, с. 335; 5, с. 314; 6, с. 86]. Причому прихильники цієї точки зору поділяються на дві групи. Одні вважають, що в результаті відчуження від однієї особи до іншої права та обов'язки переходять [4, с. 335; 5, с. 314]. Інші виходять із того, що воно вказує не на перехід, а на припинення суб'єктивного права (обов'язку) в однієї особи при збереженні самого блага як об'єкта цивільного права та виникнення однойменного права (обов'язку) на це благо в іншої особи [7, с. 21]. Відмінність наведених підходів полягає не тільки в поглядах на те, що собою являє цивільний оборот (перехід прав та обов'язків чи їх припинення і подальше виникнення), а й у значенні об'єкта цивільного права для цивільного обороту. У першому випадку його начебто не існує взагалі, у другому – на його існування звертається увага, але лише для того щоб поєднати між собою права та обов'язки, що припиняються, з тими, що потім виникають знову. Сам же об'єкт є байдужим для цивільного обороту. Позиції, відповідно до якої об'єктом обороту є права та обов'язки, протиставляється та, представники якої вважають, що відчуженню підлягають матеріальні блага, а не права та обов'язки щодо них [8, с. 124; 9, с. 160; 10]. Є й дослідники, які не вбачають різниці і потреби у протиставлянні відчуженню благ відчуження прав на них [11, с. 7, 21; 8, с. 124].

Що ж стосується правових наслідків, то одні вчені стверджують, що в результаті відчуження об'єкт (благо або право), який належав одній особі, починає належати іншій особі [7, с. 21; 9, с. 160; 4, с. 335; 5, с. 314; 6, с. 86, 89]. Інші розглядають відчуження як будь-яке відсторонення суб'єкта від того, що йому належить. В останньому випадку мається на увазі не тільки перехід чогось від одного суб'єкта до іншого, а й відмова від чогось, коли щось стає нічиїм [12, с. 275].

Аналіз наведених робіт дозволяє схилитись до позиції тих дослідників, які вважа-

© А. Сліпченко, 2018

ють, що термін «відчуження» має декілька значень і, по суті, використовується у праві як омонім.

Так, досліджуючи визначення об'єкта відчуження, не можна не погодитися з позицією тих вчених, які вважають, що таким є суб'єктивні права та обов'язки. Сам же термін використовується для позначення їх динаміки (переходу, припинення та виникнення), що пов'язана зі зміною осіб [1, с. 25]. Підтвердження цьому знаходимо й у чинному законодавстві України. Зокрема, аналіз змісту ч. 2 ст. 115 ЦК України дозволяє зробити висновок, що права, які мають грошову оцінку, є відчужуваними, якщо інше не встановлено законом. А якщо права є відчужуваними, то, відповідно, вони здатні відчужуватися. На таку можливість вказують й інші норми Кодексу. Наприклад, відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 116 ЦК України, учасники господарського товариства мають право у порядку, встановленому установчим документом товариства та законом, здійснити відчуження часток у статутному (складеному) капіталі товариства, цінних паперів, що засвідчують участь у товаристві. А, як відомо, частка у статутному (складеному) капіталі та цінні папери, що засвідчують участь, по суті є суб'єктивними правами. У ч. 2 ст. 407, ст. 411 ЦК України встановлена можливість відчужуватися, якщо інше не передбачено законом, для права користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзиса). Відповідно до ч. 2 ст. 413 ЦК України, відчужуваним є право користування земельною ділянкою, наданою для забудови (суперфіцій). І наведений перелік прикладів не є вичерпним. Причому, як зазначено в юридичній літературі, такий підхід законодавця до визначення того, що є об'єктом відчуження, характерний не тільки для України [13, с. 8-19].

Поряд із цим заслуговує на увагу і позиція тих дослідників, які вважають, що об'єктом відчуження є блага (об'єкти цивільного права). А сам термін використовується для позначення їх динаміки. Підтвердження цьому також міститься у цивільному законодавстві. Так, ч. 2 ст. 47 ЦК України встановлює, що спадкоємці фізичної особи, яка оголошена померлою, не мають права відчужувати протягом п'яти років нерухоме майно, що перейшло до них у зв'язку з відкриттям спадщини. Як можна помітити, у наведеній нормі йдеться про заборону відчуження упродовж п'яти років певних об'єктів цивільного права. У ч. 3 ст. 321 ЦК України визначено випадки, підстави, порядок та умови примусового відчуження об'єктів права власності, якими є речі, які, у свою чергу, є об'єктами цивільного права. Про відчуження саме майна зазначається й у абз. 2 ч. 2 ст. 98, ч. 2 ст. 334, п. п. 1, 6 ч. 1 ст. 346 ЦК України. І цей перелік можна було би продовжувати.

Отже, як видно з вищенаведеного, законодавець використовує термін «відчуження» не тільки щодо суб'єктивних прав, а й щодо об'єктів цивільних прав. Об'єктом відчуження у цивільному обороті майнові права розглядаються лише як об'єкти цивільних прав, а не як елемент змісту правовідносин. Більше того, відповідно до ч. 2 ст. 190 ЦК України майнові права як об'єкти для зручності віднесені до неспоживаних речей, а тому і відчужуватися мають за правилами останніх.

Таким чином, об'єктом відчуження у цивільному обороті повинні розглядатися лише об'єкти цивільного права.

Щодо відчуження як динаміки його об'єкта, то в юридичній літературі більшість науковців схиляються до думки, що в результаті відчуження те, що було своїм, починає належати іншим особам. По суті, стверджується, що це зміна носія права на об'єкт цивільного права [2, с. 18; 7, с. 21; 3, с. 11; 11, с. 21; 13; 9, с. 160; 4, с. 335-336]. Отже, відповідно до наведеної позиції, словесна форма наслідків відчуження має виглядати таким чином: «об'єкт став не мій, не наш, нам (мені) не належить, для мене (нас) є чужим, але одночасно для когось він став своїм». Напевно, саме тому у теорії цивільного права відчуження інколи розглядали як антонім присвоєння.

У цілому з таким підходом важко не погодитися. Навіть не виникає сумнівів, що стосовно одного і того ж об'єкта один і той же юридичний факт може породжувати різні правові наслідки. Наприклад, у результаті купівлі-продажу для одного суб'єкта річ стає своєю, одночасно для іншого суб'єкта вона робиться чужою. Більше того, цивільне законодавство України передбачає цілу низку випадків, які тягнуть за собою адресну зміну присвоєності благ. Так, в абз. 2 ч. 3 ст. 166 ЦК України йдеться про відчуження паю чи його частини іншому членові кооперативу або третій особі; в абз. 2 ч. 2 ст. 735 ЦК України прямо зазначається про відчуження нерухомого майна іншій особі. Подібне випливає й зі змісту ч. 1 ст. 832 ЦК України. Очевидно, що укладення та виконання договорів купівлі-продажу, дарування, міни, довічного утримання тощо створюють для однієї зі сторін стан присвоєності на набуту річ, а для іншої – стан відчуженості.

Разом із тим у сучасній юридичній літературі можна зустріти і дещо розширене тлумачення слова «відчуження». Так, зважаючи

на те, що слово «відчуження» є похідним від слова «чужий», то саме через розуміння останнього й робиться спроба визначити поняття першого [14, с. 36-42]. Звертається увага на те, що тлумачні словники надають декілька значень слова «чужий». Під ним розуміється такий об'єкт, що належить комунебудь іншому, не свій, не власний [15]; не мій, сторонній. При цьому вирази «не свій», «не мій» акцентують увагу на тому, що певні цінності (об'єкти) не належать собі (мені), не мають відношення до мене (нас). Це дає можливість виділити два значення слова «чужий». В одному випадку воно вказує на те, що певне благо не моє, але належить кому-небудь іншому, власність іншого. В іншому випадку воно використовується для того, щоб позначити лише ті об'єкти, які не власні, не свої, не мої, не належать мені, не мають відношення до мене. Очевидно, що в останню групу потрапляють і блага, які нікому не належать, ніким не присвоєні. Адже вони також не свої, не мають відношення до будь-кого, а значить, для всіх чужі. Іншими словами, у другому з наведених значень відчуження – це відторгнення, дистанціювання когось від чогось [8, с. 122].

Як стверджується у юридичній літературі, законодавство України, поряд із розумінням відчуження як правового явища, коли об'єкт «стає не моїм, для мене чужим, але для когось своїм», використовує цей термін і для позначення такого наслідку, коли благо стає «не своє», але при цьому нікому не належить, ніким не присвоєне, для всіх чуже [16; 14, с. 38-39]. І з таким твердженням важко не погодитися. Так, у ч. 3 ст. 353 ЦК України вказано, що реквізоване майно переходить у власність держави або знищується. У зв'язку з тим, що слово «реквізиція» використано у минулому часі, то буквальне тлумачення наведеної норми вказує на те, що вже реквізоване майно (відчужене у минулому) переходить у власність держави або знищується. Іншими словами, як зазначено у юридичній літературі [14, с. 39], майно спочатку стає чужим для тієї особи, у якої реквізується (перестає бути своїм), але при цьому ніким іще не присвоюється. І лише у подальшому, як нічиє (чуже для всіх), або присвоюється державою, або знищується без присвоєння. Таким чином, маємо приклад відчуження майна не на чиюсь користь, а коли воно стає на певний час нічийним. Інакше припис мав би виглядати таким чином: «Реквізоване майно у подальшому може знищуватися», і потреби в його уточненні виразом «переходить у власність держави» не було б.

Підтвердження того, що законодавець розглядає наслідками відчуження не тільки випадки, коли блага стають чужими для одних, але присвоюються іншими, а й випадки, коли об'єкт стає абсолютно чужим для всіх, можна спостерігати й у інших нормах цивільного права. Так, наприклад, у ч. 6 ст. 351 ЦК України, де передбачені певні обов'язки власника земельної ділянки у разі її відчуження на користь іншої особи за наявності рішення про викуп цієї земельної ділянки для суспільних потреб, звертає на себе увагу вираз «відчуження на користь іншої особи». Тлумачення його змісту дало змогу деяким дослідникам підтвердити свою думку, що саме таким чином законодавець вказує на один із двох видів відчуження. «Один – це адресне відчуження, при якому об'єкт стає чужим для особи, від якої він відчужується, але обов'язково стає чиїм-небудь, кому-небудь своїм. Другий – це відчуження, при якому об'єкт стає чужим для особи, від якої він відчужується, але не стає своїм для кого-небудь іншого. Тобто виникає нічийне благо» [14, с. 38]. І справді, якщо під відчуженням об'єкта завжди розуміти перенесення від одного суб'єкта до іншого стану його присвоєності, то, як і у попередньому прикладі з реквізицією, немає потреби в його уточненні словами «на користь іншої особи». Інакше отримуємо тавтологію. Адже, якщо відчуження – це завжди перенесення від однієї особи на користь іншої стану присвоєності блага, то отримуємо такий вираз, використаний у наведеній нормі: перенесення від однієї особи на користь іншої (поняття відчуження виключно як перенесення)... на користь іншої (уточнюючі слова)... Аналогічний підхід законодавця міститься й у ч. 3 ст. 407, ч. 3 ст. 413 ЦК України тощо.

На можливість існування у двох значеннях слова «відчуження» вказує і зміст ч. 2 ст. 47 ЦК України. У ній зазначено, що спадкоємці фізичної особи, яка оголошена померлою, не мають права відчужувати протягом п'яти років нерухоме майно, що перейшло до них у зв'язку з відкриттям спадщини. Не викликає сумнівів, що заборона на відчуження стосується не тільки передачі права власності від однієї особи іншій, а й відмови від права власності. Інакше такі спадкоємці, керуючись ст. 347 ЦК України, могли б відмовитися від права власності на успадковану нерухомість і тим самим ускладнити задоволення інтересів особи, яка спочатку була оголошена померлою, а потім з'явилася або надала відомості про себе чи своє місцезнаходження. Наприклад, особа з'явилась через три роки після оголошення її померлою. А через рік після оголошення спадкоємці відмовилися від права власності на успадковану нерухомість, а ще через рік це майно

перейшло у комунальну власність територіальної громади і було реалізовано нею (ч. 4 ст. 48 ЦК України). Очевидно, що таке майно навряд чи зможе собі повернути та особа, яка була оголошена померлою.

Розширено, а не тільки як зміну суб'єкта присвоєння, розкриває поняття відчуження і Податковий кодекс України (далі – ПК України). Відповідно до п. 14.1.31 ст. 14 ПК України відчуження майна – це будь-які дії, унаслідок вчинення яких особа у порядку, передбаченому законом, втрачає право на майно, що їй належить. Як бачимо, наведена норма не виключає, але і не вказує на те, що стан присвоєності в результаті відчуження переходить від однієї особи до іншої. Очевидно, що такий підхід законодавця дозволяє розглядати відчуження і як випадок, коли благо для однієї особи чуже, але для іншої своє, і як випадок, коли воно чуже для всіх. Розширене значення слова «чужий» використано й у ч. 1 ст. 344 ЦК України. Адже якщо зважити на те, що у добросовісного володільця право власності за набувальною давністю може виникнути як на майно, що вже належить на праві власності іншим особам, так і на те, яке не має власника [17; 18], то очевидним стає висновок, що чужі – це не тільки ті об'єкти, які належать іншим суб'єктам, а й ті, що нікому не належать (нічийні, безхазяйні). Такого висновку можна дійти і в результаті використання до слів «чуже», «не чуже» синонімів відповідно «не своє», «своє». Тоді, якщо річ, яка нікому не належить (наприклад, не має власника), не є чужою для особи на момент заволодіння, то вона повинна визнаватися своєю (використано синонім до слова «чуже»). А твердження про те, що можливо присвоїти свою річ виглядатиме абсурдно.

Такий підхід до розуміння відчуження, наслідком якого об'єкт стає нічиїм, не є новаторським у сучасній цивілістиці. Його існування допускали і раніше. Більше того, ще у римському праві одним із видів відчуження розглядався вираз волі управомоченої особи на те, щоб припинити своє право без перенесення його на іншу особу [19, с. 107]. Це так зване безадресне відчуження [16, с. 79].

Висновки з дослідження.

Об'єктами відчуження як способу цивільного обороту можуть розглядатися лише об'єкти цивільного права. Відчуження завжди вказує на те, що певне благо не належить (перестає належати) особі, «не її», «чуже їй» тощо. При цьому воно охоплює як випадки, коли об'єкт цивільного права перестає належати одній особі з одночасним присвоєнням його іншою особою, так і випадки, коли він перестає належати кому б то не було, тобто стає чужим, не є своїм абсолютно для всіх.

Перспективи подальших розвідок у даному науковому напрямі полягають у тому, що викладене розуміння відчуження як способу цивільного обороту вказує на необхідність проведення подальших наукових досліджень його змісту та сутності. У свою чергу, виникає потреба визначення відмінних ознак таких видів динаміки об'єктів, як відчуження та перехід об'єктів, встановлення юридичних форм таких процесів. Це створить можливість установити чіткі межі механізму цивільного обороту, забезпечити стабільність останнього.

Список використаних джерел:

1. Уразова Г. О. Категорія відмови в цивільному праві України : монографія. Х. : Право, 2016. 248 с.
2. Мамалуй А. П., Гриценко А. А. К вопросу о внутренней структуре категории собственности. Изв. АН СССР. Серия «Экономическая». 1978. № 1. С. 16-20.
3. Николайчук Л. М. Цивільно-правові договори як підстави виникнення права приватної власності громадян: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Івано-Франківськ, 2004. 188 с.
4. Уразова Г. О. Розмежування понять «відмова», «зречення» та «відчуження». Проблеми цивільного права та процесу : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. О. А. Пушкіна. Х. : Харк. нац. ун–т внутр. справ, 2013. С. 333–336.
5. Наконечний А. Б. Основні поняття та категорії інституту примусового відчуження. Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.), В. М. Дрьомін (заст. голов. ред.), Ю. П. Аленін [та ін.] ; МОН України, НУ ОЮА. Одеса : Юрид. л-ра, 2014. Вип. 71. С. 312-320.
6. Имекова М. П. Соотношение гражданско-правовых категорий «распоряжение» и «отчуждение». Вестник Томского государственного университета. Серія «Право». № 1 (11). 2014. С. 84–91.
7. Ломидзе О. Отчуждение обязательственных прав. Хозяйство и право. № 6. Приложение, 2002. 66 с.
8. Місяць А. Категорія відчуження у цивільному праві: вступ до проблематики. Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. 2011. № 6(9). С. 121–125.
9. Коструба А. В. Понимание правопрекращающих юридических фактов с точки зрения оснований прекращения права собственности: гражданско-правовой аспект. Часопис Київського університету права. 2013. № 2. С. 159–164.
10. Куций О. В. Щодо проблеми обмеження цивільного обороту речей. Актуальні проблеми держави і права. 2012. Вип. 66. С. 166–171. URL : http://apdp.in.ua/v66/25.pdf.

11. Пейчев К. П. Правове регулювання відчуження земельних ділянок : дис... канд. юрид наук : 12.00.06. Х., 2004. 185 с.

12. Афендик Н. Догмы римского права : конспект. Киев : Тип. С. В. Кульженко, 1889. 110 с.

13. Белов В. А. Отчуждение и приобретение по российскому Гражданскому кодексу (понятийно-терминологическая сторона вопроса). Законодательство. 2006. № 7. С. 8–19.

14. Сліпченко С. О. Відчуження як елемент цивільного обороту та як правовий стан належності об'єктів. Університетські наукові записки. № 4 (52). 2014. С. 36–42.

15. Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980) URL : http://sum.in.ua/s/chuzhyj.

16. Бірюков І. А. Адресне безвідплатне відчуження фізичною особою-власником своїх рухомих речей. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2014. № 4. С. 78–84. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmju_2014_4_37;

17. Про практику застосування судами законодавства під час розгляду цивільних справ про захист права власності та інших речових прав : Лист Вищого спеціалізованого суду України від 28.01.2013 № 24-150/0/4-13 URL: http://document.ua/pro-praktiku-zastosuvannja-sudami-zakonodavstva-pid-chas-roz-doc130596.html

18. Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав : Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Дебет-Кредит: Інформаційний бухгалтерський портал. URL : http://www.dt-kt.com/postanovlenye-vyissheho-spetsyalyzyrovannoho-suda-ukraynyi-po-rassmotrenyyu-hrazhdanskyh-y-uholovnyih-del-o-sudebnoj-praktyke-po-delam-o-zaschyte-prava-sobstvennosty-y-druhyh-veschnyih-prav-ot-07/.

19. Барон Ю. Система римского гражданского права. Выпуск первый. Книга первая. Общая часть. М., 1909. 244 с.

Статья посвящена анализу существующих в теории гражданского права точек зрения относительно категории отчуждения как элемента гражданского оборота и определению границ его применения. Делается вывод, что объектами отчуждения могут рассматриваться только объекты гражданского права. Оно охватывает как случаи, когда объект гражданского права перестает принадлежать одному лицу с одновременным присвоением его другим лицом, так и случаи, когда он перестает принадлежать кому бы то ни было, то есть становится чужим абсолютно для всех.

Ключевые слова: гражданский оборот, отчуждение, объект гражданского права, вещи, благо.

The article is devoted to the analysis of points of view existing in the theory of civil law regarding the concept of alienation, as an element of civilian turnover, and the definition of the limits of its application. It is concluded that only objects of civil law can be considered objects of alienation. It covers as cases when the object of civil law ceases to belong to the same person with the simultaneous assignment of it by another person, and cases when he ceases to belong to someone else, that is, becomes a stranger, is not his absolute for all.

Key words: civil turnover, alienation, object of civil law, things, good.

УДК 346.5

Євгенія Авер'янова,
здобувач Інституту економіко-правових досліджень
Національної академії наук України

ЛІЦЕНЗУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СПЕЦІАЛЬНОМУ ПОРЯДКУ: ХАРАКТЕРНІ РИСИ ТА НАПРЯМИ УДОСКОНАЛЕННЯ

У статті проаналізовані норми вітчизняного законодавства, які регулюють відносини щодо ліцензування господарської діяльності у спеціальному порядку. Автором виділено три порядки ліцензування: загальний, особливий та спеціальний; обґрунтована необхідність віднесення зовнішньоекономічної діяльності до видів діяльності, які ліцензуються у спеціальному порядку. Крім того, досліджено спеціальний порядок ліцензування на прикладі діяльності у галузі телебачення та радіомовлення, виділено характерні риси зазначеного порядку ліцензування та запропоновано напрями його удосконалення.

Ключові слова: спеціальний порядок ліцензування, ліцензування зовнішньоекономічної діяльності, ліцензія на мовлення, ліцензійні умови мовлення.

Постановка проблеми. Закон України «Про ліцензування видів господарської діяльності» [1] (далі – Закон про ліцензування) закріплює різні підходи до правового регулювання порядку ліцензування певних видів діяльності залежно від обсягу поширення на конкретний вид діяльності вимог цього закону. Види господарської діяльності за цією ознакою можна поділити на три групи. Перша об'єднує види діяльності, які підлягають ліцензуванню у точній відповідності до вимог Закону про ліцензування. Ліцензування другої групи відбувається відповідно до норм Закону про ліцензування, але з урахуванням особливостей, визначених спеціальними законами. До третьої групи належать ті види діяльності, ліцензування яких здійснюється відповідно до спеціальних законів. Комплекси законодавчих вимог щодо ліцензування зазначених груп видів діяльності складають окремі порядки ліцензування.

Якщо ліцензування перших двох груп видів діяльності відбувається у більш-менш уніфікованих та подібних один до одного порядках, то третій порядок відрізняється для кожного з видів діяльності, до яких він застосовується. Законодавчі норми, що регулюють відносини стосовно ліцензування у цьому порядку, уникають впливу сучасних тенденцій спрощення ведення господарської діяльності, вимог щодо дерегуляції бізнесу, їх не торкнулося осучаснення системи ліцензування, що відбулося останніми роками. Тим не менш суспільний запит на встановлення прозорих та зрозумілих умов ведення бізнесу зумовлює потребу у «ревізії» норм законодавства, яке регулює відносини щодо ліцензування у спеціальному порядку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На наявність відмінностей у порядках ліцензування різних видів господарської діяльності звертали увагу у своїх роботах такі науковці, як А. А. Баженова, Н. В. Барахтян, О. В. Кашперський, М. В. Шапочкіна та інші. Проте детальний аналіз особливостей ліцензування господарської діяльності безпосередньо у спеціальному порядку в сучасній українській науці відсутній. Зазначене свідчить про актуальність подальшого дослідження порядку видачі ліцензій, що відбувається без урахування вимог базового закону на підставі виключно спеціального законодавства.

Постановка завдання. Мета цієї статті – проаналізувати законодавство України, відповідно до вимог якого здійснюється ліцензування у спеціальному порядку, дослідити притаманні йому особливості та проблеми застосування, а також запропонувати шляхи вдосконалення спеціального порядку ліцензування господарської діяльності.

Виклад основного матеріалу. Відмінності у порядках ліцензування видів господарської діяльності передбачені безпосередньо у Законі про ліцензування. Спираючись на ці відмінності, М. В. Шапочкіна говорить про існування двох адміністративно-правових режимів ліцензування: загального та спеціального, при цьому у складі спеціального режиму пропонується ще виділити спеціальний профільний та спеціальний індивідуальний адміністративно-правові режими ліцензування [2, с. 32-33]. А. А. Баженова своєю чергою заявляє про поділ видів діяльності на такі, що ліцензуються в загальному порядку, та такі, що підлягають ліцензуванню у спеці-

© Є. Авер'янова, 2018

альному порядку. При цьому наголошується, що, на відміну від чинного Закону про ліцензування, у попередньому законі існувало не два, а три порядки ліцензування [3, с. 105].

Загалом погоджуючись із тим, що Закон про ліцензування не виділяє в окрему групу види діяльності, які ліцензуються з урахуванням спеціального законодавства, автор не підтримує твердження, що зазначений нормативно-правовий акт закріплює лише два порядки ліцензування. Встановлений статтею 7 перелік ліцензованих видів діяльності містить у деяких пунктах посилання на нормативно-правові акти, які застосовуються поряд із базовим Законом про ліцензування, що дозволяє говорити про окремий порядок ліцензування цих видів.

Враховуючи викладене, автор пропонує таку класифікацію порядків ліцензування відповідно до особливостей їх регулювання:

1) загальний – уніфікований порядок ліцензування, який встановлюється Законом про ліцензування;

2) особливий – порядок ліцензування, який ґрунтується на нормах Закону про ліцензування, але має певні специфічні ознаки, особливості, визначені спеціальним законодавством;

3) спеціальний – порядок ліцензування, який здійснюється відповідно до спеціальних законів та на який не поширюється дія Закону про ліцензування.

Станом на липень 2018 року ліцензуванню у загальному порядку підлягають 22 види господарської діяльності, в особливому – 7 видів та у спеціальному – 3 види діяльності.

Правники справедливо заявляють про невизначеність порядку ліцензування зовнішньоекономічної діяльності після прийняття Закону про ліцензування. Згідно з пунктом 25 статті 7 зазначеного закону ліцензуванню підлягає «зовнішньоекономічна діяльність відповідно до статті 16 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність"». «Таке формулювання не дає змоги однозначно віднести цей вид діяльності до таких видів ліцензованої господарської діяльності, на які взагалі не поширюється дія Закону, або до таких, які ліцензуються з урахуванням спеціального законодавства» [3, с. 106].

З одного боку, всі види діяльності, на які поширюється спеціальний порядок ліцензування, перераховані у статті 2 Закону про ліцензування, і зовнішньоекономічної діяльності серед них немає. Проте порівняння формулювань, використаних у законі щодо видів діяльності, які ліцензуються в особливому та спеціальному порядках, дозволяє дійти висновку, що зовнішньоекономічна діяльність все ж таки підлягає ліцензуванню за спеціальним порядком.

Такий висновок безпосередньо узгоджується з порядком ліцензування, визначеним Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність» [4]. Стаття 16 зазначеного закону встановлює підстави запровадження режиму ліцензування, види ліцензування зовнішньоекономічної діяльності, порядок звернення за ліцензією та порядок її видачі тощо. Зміст зазначених складників порядку ліцензування зовнішньоекономічної діяльності не узгоджується з нормами Закону про ліцензування. Крім того, за своєю суттю ліцензування зовнішньоекономічної діяльності відрізняється від ліцензування інших видів господарської діяльності, що й зумовлює відмінний порядок його здійснення та різні підстави запровадження.

Історія питання також підтверджує зроблені вище висновки: раніше чинний Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» [5] закріплював зовнішньоекономічну діяльність серед видів, які підлягають ліцензуванню відповідно до спеціальних законів.

Таким чином, доцільно вдосконалити в цій частині Закон про ліцензування, доповнивши частину другу статті 2, яка визначає види діяльності, на які не поширюється дія цього закону, новим пунктом такого змісту: «4) зовнішньоекономічна діяльність, яка ліцензується відповідно до статті 16 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність».

Для кращого розуміння характерних рис спеціального порядку ліцензування доцільно проаналізувати порядок видачі ліцензії на конкретний вид діяльності. Яскравим прикладом спеціального порядку ліцензування може слугувати ліцензування діяльності у галузі телебачення і радіомовлення.

Питання ліцензування зазначеної діяльності регулюються Законами України «Про телебачення і радіомовлення» [6] (далі – Закон про телебачення), «Про Національну раду з питань телебачення і радіомовлення» [7] та низкою підзаконних нормативно-правових актів.

Виходячи зі змісту Закону про телебачення, ліцензуванню підлягає діяльність з мовлення та діяльність провайдерів програмної послуги. Органом ліцензування для них є Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення (далі – Нацрада).

Згідно з нормами Закону про телебачення ліцензіатом є фізична або юридична особа. Зі змісту визначення поняття мовника також виходить, що ним може бути і юридична і фізична особа-підприємець.

Водночас Закон про телебачення визначає, що суб'єкт інформаційної діяльності у сфері телебачення і радіомовлення – це юридична особа, що здійснює господарську діяльність у сфері телебачення і радіомовлення (телерадіоорганізація, провайдер програмної послуги тощо). Зазначена норма знаходить свій розвиток і в інших положеннях Закону про телебачення – майже в усіх його нормах, що стосуються здійснення мовлення, використовується термін «телерадіорганізація», яка може бути лише юридичною особою. Можна констатувати, що визначення ліцензіата як фізичної або юридичної особи є справедливим лише для провайдера програмних послуг, ліцензію ж на мовлення зможе отримати виключно юридична особа. Зауважимо, що за європейською практикою телемовником може бути як юридична, так і фізична особа [8]. Варто погодитися з думкою, що необґрунтовано унеможливлюючи отримання ліцензії фізичними особами, законодавець в Україні суттєво звужує коло осіб, які можуть здійснювати мовлення та, відповідно, визнаватися суб'єктами виключних прав на програму (передачу) [9, с. 186].

Провайдер програмної послуги не створює власного продукту, а лише надає абонентам можливість перегляду пакетів програм, використовуючи для передавання цих програм ресурси багатоканальних телемереж, тому процедура отримання цієї ліцензії спрощена та здійснюється без конкурсу за реєстраційним принципом.

Інша ситуація з ліцензією на мовлення. Враховуючи велике суспільне значення мовлення, безпосередній вплив телерадіоорганізацій на громадян, ліцензуванню цього виду діяльності приділяється значно більша увага законодавця.

В Україні ліцензування мовлення здійснюється двома способами: за результатами відкритих конкурсів або без конкурсу (за заявковим принципом). На конкурсних засадах ліцензується ефірне мовлення та багатоканальне мовлення з використанням радіочастотного ресурсу, в інших випадках конкурс не проводиться.

Щодо діяльності з мовлення не існує ліцензійних умов у розумінні Закону про ліцензування як єдиного нормативно-правового акта. Зобов'язання ліцензіата організаційно-технічного, фінансового, інвестиційного характеру, так само як організаційні, технологічні та змістовні характеристики мовлення, охоплюються поняттям «умови ліцензії на мовлення». Також у Законі про телебачення закріплено близький за змістом до ліцензійних умов термін «ліцензійні вимоги», який, втім, використовується у тексті закону лише декілька разів. Так, наприклад, визначено, що підставою для відмови у видачі ліцензії може бути невідповідність ліцензійним вимогам на певний вид мовлення. Водночас Закон про телебачення не встановлює серед умов отримання ліцензії відповідність ліцензійним вимогам, що свідчить про внутрішню неузгодженість Закону про телебачення.

Водночас Закон про телебачення, як і Закон України «Про Національну раду з питань телебачення і радіомовлення», оперує і терміном «ліцензійні умови», зокрема, закріплює повноваження Нацради здійснювати нагляд за дотриманням ліцензіатами ліцензійних умов та умов ліцензії.

Частина дванадцята статті 25 Закону про телебачення передбачає, що конкурсні умови включають, окрім іншого, ліцензійні умови для відповідного виду мовлення. При цьому зазначений закон, як і жоден інший нормативно-правовий акт, не містить ні визначення поняття, ні переліку складових частин ліцензійних умов мовлення. Аналіз конкурсних умов, затверджених Нацрадою, дозволяє припустити, що в цьому разі під ліцензійними умовами орган ліцензування розуміє вимоги до заяви про видачу ліцензії та перелік підтверджуючих документів, які до неї додаються.

Для забезпечення визначеності закону та уникнення термінологічної плутанини доцільним є доповнення Закону про телебачення визначенням поняття «ліцензійні умови мовлення» як частини конкурсних умов, яка закріплює перелік вимог до ліцензіатів, дотримання яких є обов'язковим для здійснення відповідного типу мовлення, та перелік документів, що додаються до заяви про видачу ліцензії. Поряд із цим необхідно прибрати із законодавства термін «ліцензійні вимоги», замінивши його на термін «ліцензійні умови». Варто зауважити, що ліцензійні умови як окремий нормативно-правовий акт відсутні і для інших видів діяльності, що підлягають ліцензуванню у спеціальному порядку.

Порівняно із загальним порядком процедура підготовки документів та подання заяви про видачу ліцензії на мовлення обтяжена відсутністю у Законі про телебачення заборон на вимагання оригіналів документів та документів, що підтверджують або спростовують інформацію про здобувача, які видаються іншими органами державної влади, органами місцевого самоврядування або їх посадовими особами (виписки, витяги, довідки, листи).

Ще одне проблемне питання пов'язане із колізією норм Закону про телебачення та законодавства, яке регулює порядок реєстрації юридичних осіб. Нині після проведення

державної реєстрації юридичної особи статут їй не повертається, текст затвердженого статуту можна переглянути на сайті Міністерства юстиції, маючи відповідний код доступу. Водночас, відповідно до вимог Закону про телебачення, до заяви про видачу ліцензії на мовлення здобувач має подати копії затверджених у встановленому порядку установчих та статутних документів заявника як суб'єкта господарювання. З огляду на викладене, доцільним є доповнення переліку документів для отримання ліцензії на мовлення нормою, згідно з якою юридичні особи, що пройшли процедуру реєстрації або затвердили нову редакцію статуту після 01.01.2016, замість подання копій статутних документів зазначають код доступу до результатів надання адміністративних послуг у сфері державної реєстрації.

Необхідно звернути увагу, що строк, наданий органу ліцензування для прийняття рішення про видачу ліцензії на мовлення, є значно більшим порівняно із загальним порядком ліцензування. Так, для прийняття рішення про надання чи відмову у видачі ліцензії за реєстраційним принципом у порядку позаконкурсного розгляду Нацраді надається місячний строк з дня надходження відповідної заяви.

Щодо розгляду питання про видачу ліцензії за результатами проведеного конкурсу, то відповідно до частини тринадцятої статті 25 Закону про телебачення Нацрада приймає рішення в місячний термін після завершення прийому заяв. Зазначена норма не узгоджується з положенням пункту «б» частини п'ятої цієї ж статті, який визначає, що у повідомленні про проведення конкурсу Нацрада вказує граничні терміни підбиття підсумків конкурсу, які не повинні перевищувати 60 днів після завершення прийому заяв на видачу ліцензії. Очевидно, що прийняття рішення про переможця, про яке йдеться у частині тринадцятій статті 25, і є підбиттям підсумків конкурсу. Враховуючи зазначене, доцільно узгодити між собою норми Закону про телебачення, визначивши, що у повідомленні про оголошення конкурсу Нацрада вказує граничні терміни підбиття підсумків конкурсу, які не повинні перевищувати місячний строк після завершення прийому заяв на видачу ліцензії.

На відміну від ліцензій, які видаються у загальному та особливому порядках, ліцензія на мовлення і ліцензія провайдера програмної послуги мають паперову форму. Закон про телебачення прямо закріплює, що ліцензія – це документ державного зразка.

Аналогічна ситуація з виданням ліцензій на банківську діяльність та на виробництво та реалізацію спирту, алкогольних напоїв та тютюнових виробів, які також оформлюються у паперовому вигляді на спеціальних бланках. Видача паперових ліцензій у зазначених сферах господарської діяльності здається застарілою, необґрунтованою практикою. З метою переходу до більш прогресивної електронної форми ліцензії необхідно внести зміни до відповідних спеціальних законів, передбачивши, що ліцензія оформлюється органом ліцензування в електронному вигляді як запис про рішення органу ліцензування щодо видачі ліцензії суб'єкту господарювання в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань.

Ще одна відмінність ліцензії на мовлення від ліцензій, що видаються у загальному порядку, полягає у її строковому характері. Видача ліцензії мовнику на обмежений строк є загальноприйнятою світовою практикою. Спочатку строковий характер ліцензії обґрунтовувався обмеженістю радіочастотного ресурсу, проте ця концепція почала втрачати свої позиції з появою кабельного та супутникового мовлення. Натепер стверджується, що ліцензування та контроль над ефіром є необхідними для підтримки суспільно значущих програм, розвитку культури і зміцнення національної ідентичності, освіти населення, захисту інтересів дітей та виховання підростаючого покоління [10].

Закон про телебачення передбачає, що у разі відсутності порушень законодавства та умов ліцензії протягом її дії ліцензію може бути продовжено необмежену кількість разів, що ставить під сумнів обґрунтованість видачі ліцензії на певний строк. За умови порушення мовником законодавства чи умов ліцензії Нацрада може застосовувати санкції, в тому числі анулювання ліцензії, тож немає необхідності очікувати закінчення строку її дії, щоб позбавити ресурсу безвідповідального ліцензіата. Врешті-решт, на забезпечення доступу до частотного ресурсу не всіх бажаючих, а лише гідних здобувачів спрямована процедура проведення конкурсу на отримання ліцензії. Викладене свідчить про доцільність переходу до видачі безстрокової ліцензії на мовлення.

Ще один аргумент на підтримку запровадження безстрокової ліцензії на мовлення пов'язаний з можливістю зловживань з боку Нацради та безпідставної відмови у продовженні дії ліцензії. Так, як одну з підстав відмови визначено порушення ліцензіатом протягом дії ліцензії вимог чинного законодавства та умов ліцензії. Ці порушення повинні бути підтверджені рішеннями та санкціями Нацради. Закон не встановлює

ані ступеню серйозності таких порушень, ані кількості їх. Фактично досить одного попередження від Нацради, щоб отримати відмову у продовженні строку дії ліцензії.

Скасувати рішення Нацради про застосування санкції можна або звернувшись до самої Нацради, або оскарживши рішення у судовому порядку. При цьому аналіз рішень Нацради свідчить, що наявність судового провадження щодо оскарження її рішень не зупиняє розгляду питання про продовження строку дії ліцензії. Як приклад можна навести розгляд питання про продовження строку дії ліцензії «ВЕСТИ.РАДИО» на мовлення у м. Харкові. Нацрада визнала, що рішення про застосування санкцій оскаржуються заявником у судовому порядку, проте рішення щодо них ще не винесені, тож є підстави для відмови у продовженні строку дії ліцензії [11].

У цьому аспекті необхідно звернути увагу, що Нацрада володіє виключними повноваженнями у галузі телебачення і радіомовлення, оскільки є фактично єдиним регулюючим та наглядовим органом у цій сфері. Варто погодитися, що внаслідок неправомірних дій такий орган може створити пряму небезпеку маніпуляцій суспільною свідомістю в інтересах окремих осіб і груп та створити прецедент недобросовісної конкуренції на медійному ринку [12].

У зв'язку з особливим незалежним статусом Нацради контроль за її діяльністю не здійснюється, відповідальність Нацради за прийняття незаконного рішення, затягування процесу розгляду заяв, недотримання встановлених законом строків відсутня. Фактично єдиний доступний ліцензіатам спосіб боротьби за свої права – судове оскарження, яке може тривати досить довго. Отже, одним із запобіжників для зловживань з боку Нацради може бути відмова від строкового характеру ліцензії на мовлення та перехід до видачі ліцензій на необмежений строк.

Таким чином, аналіз порядку ліцензування діяльності у галузі телебачення і радіомовлення дозволяє говорити, що спеціальне законодавство майже не зачіпають загальні зміни, спрямовані на осучаснення порядку ліцензування, спрощення умов ведення господарської діяльності. Законодавчі норми, які регулюють спеціальний порядок, у багатьох аспектах є застарілими, їх не торкнулася загальна тенденція до спрощення порядку отримання дозвільних документів та дерегуляції ведення бізнесу. Закон про ліцензування наразі передбачає більш прогресивні інструменти регулювання відносин у сфері ліцензування. Водночас бракує обґрунтування твердженню, що виправдало би себе введення єдиного порядку ліцензування на всій території країни та у всіх видах господарської діяльності [13, с. 1166]. Впровадження для всіх видів діяльності, що підлягають ліцензуванню, таких запобіжників як, наприклад, конкурс на ліцензію, є недоцільним та не буде узгоджуватися з політикою дерегуляції бізнесу. Водночас, зважаючи на особливості здійснення окремих видів діяльності, встановлення додаткових способів контролю щодо них здається обґрунтованим.

Не можна підтримати також пропозицію виключити із Закону про ліцензування норми, якими визначаються види діяльності, що підлягають ліцензуванню відповідно до спеціальних законів, та замінити їх на таке формулювання: «Якщо спеціальні закони містять відмінний від цього Закону порядок ліцензування окремих видів господарської діяльності, застосовується спеціальний закон у частині, що не суперечить цьому Закону» [14, с. 170]. Такі зміни є недоцільними, адже вони не досягнуть поставленої мети уніфікації порядку ліцензування, а, навпаки, призведуть до розпорошення норм щодо ліцензування у різних нормативно-правових актах, відстежити які буде вкрай важко. Види діяльності, що підлягають ліцензуванню у загальному, особливому чи то спеціальному порядку мають бути чітко закріплені безпосередньо у Законі про ліцензування із посиланням на нормативно-правовий акт, який встановлює особливості ліцензування чи спеціальні вимоги. Інакше багаторічні зусилля законодавця із систематизування законодавства про ліцензування зійдуть нанівець.

Висновки з дослідження.

Проведене дослідження дозволяє виокремити риси, притаманні спеціальному порядку ліцензування, що відрізняють його від загального та особливого порядків:

1) паперова форма ліцензії;
2) строковий характер дії ліцензії;
3) відсутність ліцензійних умов як єдиного нормативно-правового акта;
4) неможливість подання заявки на отримання ліцензії в електронному вигляді;
5) особливий статус органів ліцензування, відсутність звичного державного нагляду за реалізацією ними повноважень з ліцензування;
6) застарілі вимоги щодо надання оригіналів документів, які видаються іншими органами державної влади, органами місцевого самоврядування або їх посадовими особами.

Очевидно, що спеціальний порядок ліцензування потребує якщо не наближення до загального порядку, то очищення від застарілих норм та перейняття прогресивного

досвіду ліцензування – впровадження електронної форми ліцензій, використання даних державних реєстрів замість подання оригіналів довідок, прозорі процедури накладення та скасування санкцій тощо.

Спеціальний порядок є важливим складником системи ліцензування господарської діяльності, яка за умови належного регламентування може бути ефективним засобом регулювання видів діяльності, що мають особливе суспільне значення. Удосконалення спеціального порядку ліцензування сприятиме розвитку відповідних видів господарської діяльності, забезпечить баланс інтересів держави та ліцензіатів (здобувачів) та матиме позитивний вплив на систему ліцензування в цілому.

Список використаних джерел:

1. Про ліцензування видів господарської діяльності: Закон України від 02.03.2015 № 222-VIII із змін., внес. згідно із законами України: станом на 15.10.2017. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/222-19.

2. Шапочкіна М.В. Санкції у структурі адміністративно-правового режиму ліцензування: дис. ... канд.юр.наук: 12.00.07. Ірпінь, 2017. 215 с.

3. Баженова А. А. Реформування нормативно-правового регулювання ліцензування господарської діяльності. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 6. С. 104-108.

4. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України № 959-XII від 16.04.1991 / Верховна Рада України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/959-12 (дата звернення 26.06.2018).

5. Про ліцензування певних видів господарської діяльності: Закон України від 01.06.2000 № 1775-III. Відомості Верховної Ради України. 2000. № 36. Ст. 299.

6. Про телебачення і радіомовлення: Закон України № 3759-XII від 21.12.1993 / Верховна Рада України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3759-12 (дата звернення 26.06.2018).

7. Про Національну раду з питань телебачення і радіомовлення: Закон України № 538/97-ВР від 23.09.1997 / Верховна Рада України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/538/97-%D0%B2%D1%80 (дата звернення 26.06.2018)

8. Європейська конвенція про транскордонне телебачення: Конвенція № ETS(132) від 05.05.1989 / Рада Європи. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_444 (дата звернення 27.06.2018)

9. Андрусів У. Б. Правовий статус організацій мовлення. Часопис Київського університету права. 2014. № 4. С. 185-189.

10. Международные стандарты и зарубежная практика регулирования журналистики: учебное пособие. Издание ЮНЕСКО. Москва. 2011. С. 179.

11. Про заяви ТОВ «ТРВК «МАСТЕР», м. Харків, щодо переоформлення та продовження строку дії ліцензії на мовлення (НР № 00185-м від 12.02.2010) (ефірне, позивні: «ВЕСТИ.РАДИО»): Рішення Нацради № 224 від 23.02.2017. URL: https://www.nrada.gov.ua/decisions/pro-zayavy-tov-trvk-master-m-harkiv-shhodo-pereoformlennya-ta-prodovzhennya-stroku-diyi-litsenziyi-na-movlennya-nr-00185-m-vid-12-02-2010-efirne-pozyvni-vesty-radyo/ (дата звернення 27.06.2018).

12. Мамука С.Л. Особливості формування державної регуляторної політики у сфері телебачення і радіомовлення в Україні. Державне управління: теорія та практика. 2010. № 1. URL: http://academy.gov.ua/ej/ej11/txts/10msltru.pdf (дата звернення 24.06.18).

13. Кашперський О. В. Поняття та зміст ліцензування певних видів господарської діяльності. Форум права. 2011.№ 1. С. 1164-1169.

14. Барахтян Н. В. Сучасний стан правового регулювання ліцензування господарської діяльності: проблеми і перспективи. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2012. № 2. С. 166-172.

В статье проанализированы нормы отечественного законодательства, регулирующие отношения по лицензированию хозяйственной деятельности в специальном порядке. Автором выделены три порядка лицензирования: общий, особый и специальный; обоснована необходимость отнесения внешнеэкономической деятельности к видам деятельности, которые лицензируются в специальном порядке. Кроме того, исследован специальный порядок лицензирования на примере деятельности в области телевидения и радиовещания, выделены характерные черты указанного порядка лицензирования и предложены направления его совершенствования.

Ключевые слова: специальный порядок лицензирования, лицензирование внешнеэкономической деятельности, лицензия на вещание, лицензионные условия вещания.

The article analyzes the norms of domestic legislation that regulate relations regarding the licensing of economic activity in a special procedure. The author distinguishes three licensing procedures: general, special and special; the necessity of referring international economic activity to activities that are licensed in a special procedure is substantiated. In addition, the activity in the field of television and radio broadcasting as an example of special licensing procedure was investigated, features of the specified licensing procedure have been identified and directions of its improvement have been proposed.

Key words: special licensing procedure, licensing of foreign economic activity, license for broadcasting, licensing terms of broadcasting.

УДК 346.546

Тетяна Швидка,
канд. юрид. наук, асистент кафедри господарського права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ВИЗНАЧЕННЯ СКЛАДУ АНТИКОНКУРЕНТНИХ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ У ФОРМІ СПОТВОРЕННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ТЕНДЕРІВ ЯК ВИДУ КОНКУРЕНТНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

Стаття присвячена розгляду антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів як прояву змови учасників або замовників та учасників публічних закупівель. У статті зроблено детальний аналіз складу даного правопорушення та виділені основні складники, необхідні для застосування до правопорушників відповідальності, сумірної зі шкодою. Поряд із цим розглянуто приклади найбільш популярних корупційних та спекулятивних схем у сфері здійснення публічних закупівель, розглянуті найбільш актуальні проблеми стосовно оскарження публічних закупівель та процесуальних моментів випадків відхилення пропозицій замовниками.

Ключові слова: антиконкурентні узгоджені дії, економічна конкуренція, торги, тендери, конкурсні процедури, публічні закупівлі, тендерні (цінові) пропозиції, замовник, учасник торгів, спотворення результатів торгів.

Постановка проблеми. Змови під час здійснення публічних закупівель мають місце досить часто, що шкодить функціонуванню конкуренції та є конкурентним правопорушенням, за яке передбачена відповідальність. Але процес притягнення до відповідальності є справжньою перепоною у роботі антимонопольних органів, так само і як і процес виявлення, розслідування та доказування факту правопорушення. Недостатність законодавчого врегулювання процесуальних моментів розкриття таких змов та аналізу складу конкурентних правопорушень потребує ретельної уваги з боку державних органів та закріплення відподвіних питань за законодавчому рівні, модернізації законодавства та запозичення норм із зарубіжного досвіду.

Мета статті – розглянути антиконкурентні узгоджені дії як прояв змови учасників або замовників та учасників публічних закупівель, що призвели до спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів, зробити детальний аналіз складу даного правопорушення, а також на основі типових схем обминання закону та принципу змагальності запропонувати зміни до законодавства України з точки зору як матеріального права, так і процесуальних аспектів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням у сфері конкурентного права займалися О. Каштанов, О. Бакалінська, О. Безух, Т. Удалов, С. Валітов, Н. Борсук тощо, проблемам публічних закупівель у своїх працях приділяють увагу А. Олефір, О. Колтик, О. Новицький, Є. Очередько тощо, але конкретно питанням притягнення до відповідальності за спотворення результатів тендерів, торгів, аукціонів, конкурсів не було приділено багато уваги в аспекті правової науки.

Виклад основного матеріалу. Конкуренція є основою функціонування ринкової економіки, що передбачає вільне здійснення господарської діяльності на основі принципу багатоманітності та свободи здійснення підприємницької діяльності. Основним спрямуванням конкурентної політики держави є здійснення конкурентної боротьби за допомогою добросовісних методів. Антимонопольний комітет України здійснює контроль за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції та сприяє розвитку добросовісної конкуренції. Поряд із цим завданням Антимонопольного комітету є захист конкуренції у сфері державних закупівель [2].

Сфера публічних та лердавних закупівель є ареною для здійснення конкурентних правопорушень у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, що призвели до спотворення результатів тендерів, торгів, аукціонів, конкурсів. На жаль, рівень змов у сфері публічних закупівель вкрай високий, що є наслідком прогалин у конкурентному законодавстві.

© Т. Швидка, 2018

Розглядаючи такий вид конкурентних правопорушень, як антиконкурентні узгоджені дії, потрібно звернути увагу на їх особливості та класифікацію. Особливістю антиконкурентних узгоджених дій є те, що вони завжди вчиняються групою осіб і не можуть бути вчинені одиничним суб'єктом. Антиконкурентні узгоджені дії можуть мати як національний, так і міжнародний масштаб. Класифікувати їх можна за ступенем взаємовідносин між учасниками на горизонтальні, вертикальні, конгломератні та змішані узгоджені дії. Але треба напевно встановити факт змови. Велике значення має повторюваність таких правопорушень, що можуть мати ознаки довготривалої змови, яка у світовій літературі отримала назву картелю, або мати одноразовий характер. Частіше за все антиконкурентні узгоджені дії мають прихований характер і мають назву "джентельменські угоди", або неформальні. За спрямуванням змови можуть мати прямий умисел – перешкоджання конкуренції – або мати зовсім інше спрямування. Спрямуванням антиконкурентних змов може бути координація конкурентної поведінки на ринку, що передбачає встановлення певних квот, обмежень, нав'язувань умов придбання товарів, застосування різних умов до рівнозначних покупців тощо. Але всі ці змови становлять небезпеку для функціонування ринкової економіки загалом та існування вільної конкуренції зокрема. Антиконкурентні узгоджені дії є забороненими у всьому світі, за них передбачена відповідальність згідно із законодавством.

За законодавством України за антиконкурентні узгоджені дії передбачена відповідальність у вигляді штрафу. Максимальний розмір штрафу може становити до 10 відсотків доходу суб'єкта господарювання за останній звітний рік. Підставою для застосування відповідальності є ст. 52 Закону України "Про захист економічної конкуренції" [1]. Але закон визначає лише максимальну межу штрафу. На жаль, натепер на законодавчому рівні не затверджено жодної методики обчислення штрафів за конкурентні правопорушення. На нашу думку, така методика повинна включати диференціацію правопорушень та передбачати застосування відповідальності для кожного конкурентного випадку, враховуючи ступінь шкоди, завданої економіці та конкретному суб'єкту.

На законодавчому рівні ЄС цю проблему було вирішено шляхом прийняття окремого нормативного документа, який передбачає порядок визначення розміру штрафу за порушення у сфері конкуренції. Розроблена спеціальна методика призначення штрафів за антиконкурентні узгоджені дії, що дає можливість адекватно визначити розмір штрафу залежно від наслідків [9].

Обчислення штрафів пов'язане саме з доходом підприємства, але ні для кого не секрет, що ведеться чорна бухгалтерія та рівень незаконно одержаного прибутку в Україні набагато більший, ніж закріплений у поданих документах. Більш того, Закон передбачає випадки не встановлення доходу суб'єкта господарювання та сплати штрафу у фіксованому розмірі – двадцять тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян.

Отже механізм накладення штрафів за антиконкурентні узгоджені дії, що призвели до спотворення результатів тендерів, потребує удосконалення у частині як притягнення до відповідальності, так і розрахунку суми штрафу.

Вагоме значення для визначення відповідальності має врахування пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин. Законодавство ЄС передбачає наявність вичерпного переліку таких обставин, закріпленого у спеціальному нормативно-правовому акті, виданому Комісією ЄС [9]. Світова практика передбачає застосування системи Liniency у разі змов, що означає надання послаблень під час визначення розміру штрафу залежно від співпраці суб'єкта господарювання із правозастосовними органами та надання доказової бази, що значно полегшує розкриття змов. Це значно полегшує роботу з виявлення антимонопольними та правоохоронними органами факту узгодженої поведінки. У вітчизняному законодавстві також передбачена норма стосовно звільнення від відповідальності особи, яка раніше за всіх повідомила про злочин та надала необхідні дані. Практика ЄС враховує наявність обтяжуючих обставин для правопорушників – учасників узгоджених дій, що відмовилися від співпраці з Європейською Комісією у розкритті правопорушення. Обтяжуючими обставинами, зокрема, визнаються ознаки повторюваності вчинення правопорушень, роль організатора та підбурювача в ньому тощо.

Т. Г. Удалов проаналізував склад правопорушень у сфері захисту економічної конкуренції [10]. На основі розгляду законодавчих норм та позицій науковців автором було зроблено власний аналіз конкретного виду правопорушення, передбаченого п. 4 ч. 2 ст. 6 Закону України "Про захист економічної конкуренції", у виді антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів тендерів, торгів, аукціонів, конкурсів.

До складу будь-якого правопорушення входять об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт,

суб'єктивна сторона. Визначивши всі складники, можна зрозуміти більш детально ознаки таких правопорушень та визначити алгоритм застосування відповідальності, наявність пом'якшуючих та обтяжуючих обставин під час кваліфікації правопорушення та застосування відповідальності.

Регулювання конкурентних правопорушень має фрагментарний характер, немає чітких визначень правопорушень, механізму притягнення до відповідальності, чіткого алгоритму визначень розміру штрафів тощо. Аналіз конкурентних правопорушень, зокрема антиконкурентних узгоджених дій, вказує на те, що такі правопорушення можуть мати формальний або матеріальний склад. Дефініція ст. 6 Закону України "Про захист економічної конкуренції" визначає антиконкурентні узгоджені дії як узгоджені дії, що призвели чи можуть призвести до усунення чи обмеження конкуренції. Отже, наслідки можуть настати, а можуть і не настати. Для визначення розміру штрафу це не має суттєвого значення.

Розглянемо складники антиконкурентних узгоджених дій, що призводять до спотворення результатів тендерів. Об'єктом цих правопорушень є суспільно-економічні відносини, що виникають під час проведення тендерів, публічних закупівель, аукціонів, конкурсів. Ці відносини мають форму змови, але характер змови може мати різні форми: це може бути змова між учасником і замовником, змова між учасниками, змова між учасником і тендерним комітетом.

Для визначення об'єктивної сторони мають значення лише дії учасників закупівель, які спрямовані на спотворення результатів торгів, порушення принципів вільної конкуренції, принципу недискримінації суб'єктів господарювання, рівного доступу до ринку як споживачів, так і підприємців; порушення прав підприємців щодо рівної можливості брати участь у тендерах. Ці дії мають форму змови. Наслідки, що настали через змову, не мають значення для кваліфікації та призначення відповідальності. Сам факт змови вже є правопорушенням. На наш погляд, наслідки мають велике значення для кваліфікації правопорушення. Масштабність наслідків повинна бути врахована під час визначення виду відповідальності та розрахунку розміру штрафу.

Як зазначалося вище, суб'єктом конкурентних правопорушень можуть бути як одиничні суб'єкти господарювання, так і групові. Зокрема, антиконкурентні узгоджені дії можуть вчинятися лише групою суб'єктів господарювання. Учасниками змови можуть бути або рівнозначні суб'єкти, що є конкурентами, або вертикальні, що не є конкурентами, це може бути змова між постачальником і продавцем, покупцем і продавцем. Антиконкурентні дії можуть мати і форму конгломератних змов або змішаних. Однією з особливостей є те, що у публічних закупівлях завжди бере участь держава в ролі замовника, а отже, суб'єктом може також виступати держава в особі органів державної влади, місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, та такі дії вже будуть кваліфікуватися за ст. 15 Закону України "Про захист економічної конкуренції" [1].

Змістом суб'єктивної сторони є наявність таких складників, як вина, мотив і мета. Вини може бути у формі прямого та непрямого умислу. Спотворення результатів частіше за все відбувається через змову, але якщо мала місце якась помилка, збій в електронний системі, то можна розглядати спотворення і без змови, а отже за відсутності умислу. Метою правопорушень у формі антиконкурентних узгоджених дій, що призвели до спотворення результатів торгів, може бути усунення, обмеження конкуренції, але частіше за все головною метою є отримання власної переваги над іншими учасниками, задоволення власних потреб завдяки використанню методів недобросовісної конкуренції, перешкоджання участі інших учасників, що має кінцевою метою спотворення результатів торгів або тендерів. Ці правопорушення можуть мати як корисливий, так і некорисливий мотив.

Якщо йдеться про антиконкурентні дії органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, то вони можуть виявлятися, зокрема, у наданні переваг одним суб'єктам над іншими без законних на це підстав, що ставить у дискримінаційне положення інших учасників, створює несприятливі умови одним учасникам поряд з іншими та обмежує або усуває вільну конкуренцію. Але цей вид правопорушень має також формальний склад, а отже, наслідки не мають значення, що є недоліком законодавства.

На кваліфікацію правопорушення і визначення відповідальності, на нашу думку, повинна впливати також наявність застосування санкцій за такого роду правопорушення у попередніх періодах, масштабність та вартість тендерної пропозиції, ступінь усунення конкуренції тощо. Урахування всіх факторів у сукупності, в тому числі допомоги у розкритті та попередженні змов, узгодженої поведінки під час публічних закупівель, є край актуальним.

У 2016 році було прийнято новий Закон України «Про публічні закупівлі», основною метою якого є забезпечення ефективного прозорого здійснення закупівель, створення конку-

рентного середовища у сфері публічних закупівель, запобігання проявам корупції у цій сфері та розвиток добросовісної конкуренції [3].

Новий Закон передбачає застосування електронної форми проведення торгів [3], що була запроваджена задля зниження рівня спекуляції та корупції у сфері публічних закупівель.

Антимонопольний комітет є органом оскарження публічних закупівель [2]. Також необхідно пам'ятати про можливість звернення до Державної аудиторської служби, прокуратури, НАБУ, Рахункової палати, СБУ тощо. Не можна залишити поза увагою електронну платформу dozorro.org [https://dozorro.org], що здійснює громадський контроль державних закупівель, надає можливість уникнути зловживань з боку учасників та допуску недобросовісних учасників до тендерів.

Але Новий Закон не вирішив усіх проблемних питань щодо спотворень результатів та проведення прозорої досконалої електронної системи. З появою електронної платформи ProZorro одразу з'явилися корупційні схеми обминання закону, спекулювання та порушення основних принципів тендерних закупівель.

Оскаржити процес проведення публічних закупівель із порушенням вимог закону не так просто і легко. По-перше, висока ціна подання скарги (5 000 гривень – оскарження товарів (послуг), 15 000 грн – робіт). По-друге, оскаржити можна лише надпорогові показники закупівлі товарів, тобто вищі за 200 тис грн щодо товарів (послуг), 1,5 млн –м щодо робіт. По-третє, Антимонопольний комітет, навіть якщо знайде ознаки правопорушення у проведенні закупівель, не визнає вас автоматично переможцем, а лише надає можливість взяти участь, у тендері, якщо він проводитиметься заново. Цей факт дещо зупиняє суб'єктів, які постраждали від нечесного проведення тендеру.

Доцільним було б урегулювання процесуальних питань стосовно правопорушень у сфері конкуренції та закріплення їх у кодифікованому акті. Концепція Конкуренційного процесуального кодексу України була схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 березня 2002 року, але такий акт так і не було прийнято [5]. Не менш важливим моментом є приведення норм сфери публічних закупівель у відповідність до умов СОТ [6] та директив Європейського Союзу [11], що дасть можливість запровадити у національне законодавство принципи відкритості, прозорості, громадського контролю, які є основою для запобігання корупції у вказаній сфері.

Україна приєдналася до угоди СОТ про державні закупівлі на підставі Закону України «Про приєднання України до Угоди про державні закупівлі» від 16.03.2016 [7].

Як зазначає А. Олефір, для удосконалення процедур проведення публічних закупівель доцільно імплементувати у вітчизняне законодавство правила угоди щодо строків для подання тендерних пропозицій, черговості перевірки технічної відповідності тендерних пропозицій та їх оцінки, закріплення порядку консультування замовників і постачальників з метою врегулювання спору без звернення до Антимонопольного комітету України або до суду [8].

Висновки.

Зробивши аналіз антиконкурентних узгоджених дій, що призвели до спотворення результатів тендерів, торгів, автор виділяє об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкт, суб'єктивну сторону. Об'єктом є відносини під час проведення закупівель, що можуть бути між учасником і замовником, між учасниками та між учасником і тендерним комітетом. Ці відносини повинні мати характер змови.

Об'єктивну сторону становлять змови між суб'єктами, переліченими вище. Сам факт змови вже є правопорушенням. Наслідки та причинно-наслідковий зв'язок значення для кваліфікації не має. Але, на нашу думку, повинен мати значення для застосування обтяжуючих чи пом'якшуючих обставин.

Суб'єктами є учасники змов в особі суб'єктів господарювання або органів державної влади, місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю.

Суб'єктивна сторона передбачає наявність вини, мотиву і мети. У цих правопорушеннях вина може мати форму прямого та непрямого умислу. Мотив також може бути як корисливий, так і некорисливий. Мета може бути загальна, така як усунення, обмеження конкуренції, але частіше за все головною метою є отримання власної переваги над іншими учасниками, задоволення власних потреб завдяки використанню методів недобросовісної конкуренції, перешкоджання участі інших учасників, що має кінцевою метою спотворення результатів торгів або тендерів.

Враховуючи рівень і кількість спотворень тендерів, можна з упевненістю стверджувати, що механізм публічних закупівель потребує ретельного аналізу, перегляду на законодавчому рівні як з точки зору проведення тендерів, так і з точки зору повноважень АМКУ у сфері виявлення, припинення зазначених правопорушень та застосування відповідальності.

Потребує детальної уваги та закріплення на законодавчому рівні питання механізмів регулювання відносин у сфері публічних закупівель. Необхідність закріплення механізмів виявлення, розслідування, доказування та притягнення до відповідальності є очевидною.

Закон зачіпає питання застосування відповідальності у вигляді штрафу за антиконкурентні узгоджені дії, що призвели до спотворення результатів тендерів, лише фрагментарно. Окремої уваги потребує розроблення методики визначення штрафів, застосування та врахування пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин. На кваліфікацію правопорушення і застосування відповідальності, на нашу думку, повинна впливати також наявність застосування санкцій за такого роду правопорушення у попередніх періодах, масштабність та вартість тендерної пропозиції, ступінь усунення конкуренції тощо.

Завдяки зробленому аналізу складу такого правопорушення, як антиконкурентні узгоджені дії, що призвели до спотворення результатів тендерів, торгів, запропоновано на законодавчому рівні закріпити окрему статтю, присвячену конкретно цьому виду правопорушення. А в більш масштабному вигляді конкурентне законодавство потребує кодифікації як процесуальних моментів, так і норм матеріального права, зокрема тих, що стосуються застосування заходів юридичної відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 № 2210–III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 12. Ст. 64.

2. Про Антимонопольний комітет України : Закон України від 26.11.1993 № 3659-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 50. Ст. 472.

3. Про публічні закупівлі : Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII. Відомості Верховної Ради . 2016. № 9. Ст. 89.

4. Борсук Н. Я. Антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання як один із видів порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Наше право. 2010. № 2, ч. 2. С. 102–107.

5. Про схвалення Концепції Конкуренційного процесуального кодексу України : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 18.03.2002. № 145-р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/145-2002-р.

6. Угода про державні закупівлі СОТ: Міжнародний документ від 15.04.1994. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/981_050/page2

7. Про приєднання України до Угоди про державні закупівлі: Закон України від 16.03.2016 №1020-VIII. Відомості Верховної Ради. 2016. № 16. Ст. 166.

8. Олефір А. Угода про державні закупівлі СОТ: правові наслідки для України. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 3. С. 79-84.

9. Guidelines on method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation № 1/2003. URL: www.trc.government.bg/euro_documents/download/7528

10. Удалов Т. Г. Конкурентне право: навчальний посібник. Київ: Школа, 2004. 496 с.

11. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council «On public procurement and repealing Directive 2004/18/EC» of 26 February 2014. URL: http://eur- lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.094.01.0065.01.ENG.

Статья посвящена рассмотрению антиконкурентных согласованных действий, касающихся искажения результатов торгов, аукционов, конкурсов, тендеров как проявления сговора участников или заказчиков и участников публичных закупок. В статье сделан детальный анализ состава данного правонарушения и выделены основные составляющие, необходимые для применения к правонарушителям ответственности, соразмерной с вредом. Наряду с этим рассмотрены примеры наиболее популярных коррупционных и спекулятивных схем в сфере осуществления публичных закупок, рассмотрены наиболее актуальные проблемы относительно обжалования публичных закупок и процессуальных моментов случаев отклонения предложений заказчиками.

Ключевые слова: антиконкурентные согласованные действия, экономическая конкуренция, торги, тендеры, конкурсные процедуры, публичные закупки, тендерные (ценовые) предложения, заказчик, участник торгов.

The article is devoted to the consideration of anticompetitive concerted actions concerning the distortion of the results of auctions, auctions, tenders, tenders as a manifestation of conspiracy of the participants, or customers and participants in public procurement. The article makes a detailed analysis of the structure of this offense, and identifies the main components necessary for the application to offenders of liability, proportionate to the damage. Along with this are considered examples of the most popular corruption and speculative schemes in the field of public procurement, considered the most actual problems regarding the appeal of public procurement and procedural moments of cases of rejection of offers by customers.

Key words: anti-competitive concerted actions, economic competition, auction, tenders, competitive procedures, public procurement, tender (price) offers, customer, bidder, distortion of auction results.

УДК 346.12:346.9

Ольга Ясиновська,
здобувач Інституту економіко-правових досліджень Національної академії наук України

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНИХ ГОСПОДАРСЬКИХ ОБ'ЄДНАНЬ ТА ПІДПРИЄМСТВ-УЧАСНИКІВ ЗА СПІЛЬНИМИ ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ

У статті здійснено аналіз підстав та умов відповідальності державного господарського об'єднання та підприємств-учасників за спільними зобов'язаннями. Розглядається питання залучення об'єднання до субсидіарного виконання обов'язків підприємств-учасників, що прийняті на виконання вказівок об'єднання або вчинені під його впливом. Досліджується відповідальність підприємств-учасників як представників об'єднання.

Ключові слова: державне господарське об'єднання, підприємство-учасник, господарське зобов'язання, господарська відповідальність, субсидіарна відповідальність.

Постановка проблеми. Державне господарське об'єднання та підприємства, що входять до його складу, є самостійними суб'єктами господарювання та від власного імені вступають у господарські відносини, відповідно, самостійно несуть відповідальність за господарськими зобов'язаннями. Проте у разі спільної діяльності їхня відповідальність може бути сумісною. Це пов'язано з тим, що, з одного боку, об'єднання має право координувати діяльність підприємств та в деяких випадках надавати обов'язкові для виконання вказівки, що може негативно відбитися на діяльності підприємств. З іншого боку, учасники об'єднання мають право укладати договори від імені об'єднання, які можуть мати негативні наслідки для об'єднання, що також ставить питання відповідальності учасників.

Аналіз останніх досліджень. В юридичній літературі висвітлювалися окремі проблеми правового регулювання відповідальності в державних господарських об'єднаннях багатьма радянськими вченими. Деякі аспекти відповідальності об'єднання та його підрозділів у діяльності Волзького автомобільного заводу висвітлені в роботі П. М. Кацури та М. Н. Мещерякової "Нові форми організації промислового виробництва (досвід ВАЗу)". Зокрема, розглядаються форми економічного стимулювання, а також санкції за невиконання в строк завдань з освоєння виробничих показників. Питання субсидіарної відповідальності виробничої одиниці за невиконання або неналежне виконання господарських договорів, що укладені нею від імені об'єднання, досліджувалось І. К. Ільїним. В. В. Лаптєв аналізує питання матеріальної відповідальності об'єднань за невиконання плану, що реалізується за допомогою створення фондів економічного стимулювання. Також дослідник аналізує відповідальність управління об'єднання перед підприємствами-учасниками за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань, що пов'язані зі здійсненням ним централізованих функцій. Однак більшість наукових робіт ґрунтується на радянському законодавстві. Практично відсутня комплексна розробка даної проблематики в сучасних умовах.

Метою статті є визначення підстав відповідальності державного господарського об'єднання та підприємств-учасників за спільними зобов'язаннями.

Виклад основного матеріалу. Традиційно відповідальність державних господарських об'єднань та підприємств-учасників є обмеженою. Як свідчить аналіз законодавства Української РСР, цей принцип був проголошений ще у Постанові Ради Міністрів СРСР "Про затвердження положення про соціалістичне державне виробниче підприємство" від 4 жовтня 1965 року [1, абз. 2 п. 9]. Чинним законодавством також передбачено, що об'єднання не відповідає за зобов'язаннями підприємства, а підприємство – за зобов'язаннями об'єднання [2, ч. 4 ст. 123]. Такий підхід відповідає усталеним у юридичній науці уявленням, адже ще радянський вчений М. І. Коняєв аргументовано стверджував, що центр господарської системи[1] бере участь у правовідносинах від

[1] Див. Кравець І. М. Поняття та класифікація сучасних господарських систем. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. 2013. № 3 (97). С. 74.

© О. Ясиновська, 2018

свого імені [3, с. 154] і, як наслідок, несе самостійну майнову відповідальність за рахунок централізованих коштів [3, с. 154-155]. Недвозначно з цього приводу висловлювався В. В. Лаптєв: "Управління об'єднання не відповідає за зобов'язаннями нижчих ланок, а останнє – за зобов'язаннями управління" [4, с. 99]. Виняток становить лише випадок, коли відповідальність передбачена статутом об'єднання [2, ч. 4 ст. 123]. Наприклад, у статуті може бути передбачено, що учасники об'єднання несуть субсидіарну відповідальність за його зобов'язаннями своїм майном у розмірі, який встановлюється статутом; об'єднання несе субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями підприємства-учасника щодо компенсації збитків третій стороні, з якою підприємство-учасник уклало договір за дорученням об'єднання.

Крім того, така відповідальність може виникнути в силу закону. Так, згідно з вимогами Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" в разі банкрутства боржника з вини його засновників (учасників, акціонерів) або інших осіб, у тому числі з вини керівника боржника, які мають право давати обов'язкові для боржника вказівки чи мають можливість іншим чином визначати його дії, на засновників (учасників, акціонерів) боржника – юридичної особи або інших осіб у разі недостатності майна боржника може бути покладена субсидіарна відповідальність за його зобов'язаннями [5, абз. 2 ч. 5 ст. 41]. Отже, для того, щоб позов до об'єднання з боку підприємства-учасника був задоволений, необхідні такі умови: наявність права об'єднання надавати підприємству-учаснику обов'язкові для виконання вказівки чи наявність можливості іншим чином визначати його дії; виконання такої вказівки учасником або вчинення дій, визначених об'єднанням; причинно-наслідковий зв'язок між наданою вказівкою (вчиненням дій, визначених об'єднанням) та неплатоспроможністю або банкрутством підприємства-учасника.

Згідно з **першою умовою** об'єднання повинно мати право давати обов'язкові вказівки підприємству-учаснику чи мати можливість іншим чином визначати його дії. Слід вказати, що в законодавстві не розкривається поняття "обов'язкові вказівки" і не описується, в якій формі вони мають бути представлені. Із Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" виходить, що вказівка – це можливість визначати дії боржника [5, абз. 2 ч. 5 ст. 41] шляхом прямого роз'яснення, як йому діяти. "Визначення дій боржника іншим чином" також по суті є вказівками, але вони здійснюються шляхом застосування непрямих заходів. Єдиним нормативним актом, який опосередковано роз'яснює сутність вказівок, є Закон України «Про захист економічної конкуренції", відповідно до якого надання обов'язкових для виконання вказівок є одним зі способів контролю – вирішального впливу однієї чи декількох пов'язаних юридичних та/або фізичних осіб на господарську діяльність суб'єкта господарювання чи його частини, який здійснюється безпосередньо або через інших осіб [6, абз. 4 ч. 1 ст. 1]. За допомогою контролю об'єднання забезпечує організацію господарської діяльності підприємств у визначеному напрямі та вносить корективи в їхню діяльність.

Перш ніж перейти до дослідження поняття "вказівка", видається необхідним чітко відмежувати його від інших понять, оскільки виконання учасником конкретних дій за дорученням об'єднання може здійснюватися також на інших підставах. Наприклад, за договором підприємство-учасник зобов'язується поставити об'єднанню товар певної кількості, якості, асортименту. За договором доручення підприємство-учасник (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок об'єднання (довірителя) певні юридичні дії [7, ч. 1 ст. 1000]: укласти договір, продати товар об'єднання, одержати матеріальні цінності об'єднання та таке інше. На підставі довіреності, що ґрунтується на акті органу юридичної особи [7, ч. 2 ст. 244], в нашому випадку – об'єднання, підприємство-учасник зобов'язане представляти об'єднання перед третіми особами [7, ч. 3 ст. 244]: в судових органах, в банках під час здійснення банківських операцій, перед уповноваженими державними органами під час здійснення операцій, пов'язаних із рухомим та нерухомим майном об'єднання, та інше.

Для відмежування терміна "обов'язкові вказівки" від вищеназваних понять слід відзначити, що обов'язкові вказівки визначають дії підприємства-учасника, тобто йдеться про рішення, що приймаються безпосередньо підприємством на виконання вказівок об'єднання і стосуються його діяльності. Право надавати вказівки, про яке йдеться в Законі України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом", вказує на юридичну основу відносин, що повинні існувати між об'єднанням і підприємством-учасником. Тобто йдеться про суб'єктивне право об'єднання, що виникає в силу певних юридичних фактів (наприклад, в силу закону або закріплення в статуті відповідних положень).

Слід зазначити, що Законом України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" не врегульовано, в яких документах має закріплюватися право об'єднання надавати учаснику

обов'язкові для виконання вказівки. Видається, що уточнення змісту вказівок здійснюється об'єднанням у планових актах, наказах, розпорядженнях об'єднання. Д. В. Давидов із цього приводу слушно запропонував замінити поняття "надання обов'язкових вказівок" на "прийняття відповідного рішення" [8].

Д. В. Давидов, аналізуючи проблеми солідарного виконання обов'язків у державному холдингу, задається питанням: що слід визнавати обов'язковими вказівками – наказ про вчинення конкретної угоди або затверджений загальний план розвитку холдингу, на виконання якого підприємство вступає в різні господарсько-правові відносини [9, с. 433]. Державні господарські об'єднання формують та реалізують єдину для всіх учасників маркетингову, рекламну, фінансово-економічну, цінову, інвестиційну політику. У процесі реалізації проектів та програм, затверджених об'єднанням, учасники самостійно вибирають спосіб їх реалізації. Наприклад, на основі затверджених об'єднанням стратегічних напрямів довгострокової і середньострокової перспективи використання фінансів підприємство приймає фінансові та інвестиційні рішення щодо власної діяльності: залучає внутрішні та зовнішні джерела фінансування, укладає договори купівлі-продажу предметів та засобів праці, організує збутові служби та інше. У зв'язку із вказаним слід погодитися з Д. В. Давидовим у тому, що "... плани та бізнес-програми не можуть свідчити про рішення (волю) основного товариства" [9, с. 433].

Згідно з тлумачним словником С. І. Ожегова, вказівка – це роз'яснення, що зазначає, як діяти [10, с. 827]. На основі вказаного можна стверджувати, що обов'язкова вказівка – це правовий акт об'єднання, який має роз'яснення, адресоване підприємствам-учасникам з питань координації їх виробничої, наукової та іншої діяльності. Під час аналізу абз. 2 ч. 5 ст. 41 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" виникає важливе питання: які саме вказівки може надавати об'єднання підприємству-учаснику? Об'єднання, координуючи діяльність підприємств, має певні функції централізованого управління господарською діяльністю учасників. Для виконання своїх функцій органи управління наділені певними повноваженнями, які знаходять прояв у господарських об'єднаннях неоднаково, залежно від організаційно-правової форми. В асоціації вони є менш вираженими, оскільки, як випливає з ч. 2 ст. 119 Господарського кодексу України, асоціація не має права втручатися в господарську діяльність підприємств-учасників [2, ч. 2 ст. 119]. Концерн відносять до "жорстких" форм об'єднання [11, с. 200], які централізують значну частину виробничо-господарських функцій [12, с. 47]. Його органи управління мають широкі повноваження щодо координації інвестиційної, фінансової, зовнішньоекономічної та іншої діяльності підприємств, концерн будує свою діяльність на основі фінансової залежності від одного або групи учасників [2, ч. 5 ст. 120]. Корпорація регулює діяльність учасників лише в окремих напрямах виробництва. Повноваження консорціуму щодо координації діяльності підприємств залежить від мети його створення. Отже, ступінь впливу об'єднання на господарську діяльність підприємств залежить від його організаційно-правової форми.

Між тим, згідно з ч. 1 ст. 118 та ст. 120 Господарського кодексу України, координація діяльності підприємств-учасників здійснюється різними способами [ч. 1 ст. 118 та ст. 120] і не обов'язково означає право об'єднання давати підприємствам вказівки. Наприклад, деякі об'єднання створюються лише для обслуговування підприємств шляхом створення комплексу допоміжних структурних підрозділів (перевезення вантажів, ремонт устаткування, постачання та збут, науково-дослідна діяльність).

Норма абз. 2 ч. 5 ст. 41 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" також вказує, що засновники (учасники, акціонери) або інші особи несуть відповідальність у зв'язку з "можливістю" іншим чином визначати дії боржника [5, абз. 2 ч. 5 ст. 41]. Як вказано в юридичній літературі, "зазначене поняття, по суті, означає будь-яку здатність (заходів, як економічного, так і позаекономічного характеру) впливати на дії іншої особи..." [13].

Друга умова – виконання вказівки або вчинення інших дій під контролем об'єднання. Зазначена умова є логічним продовженням першої. Зважаючи на те, що об'єднання може централізувати функції науково-технічного і виробничого розвитку, інвестиційної, фінансової, зовнішньоекономічної та іншої діяльності, воно може давати підприємствам-учасникам вказівки щодо конкретних дій зі створення і розміщенню реклами; просунення товарів і послуг за певними напрямами; встановлення стратегічних напрямів, які визначають довгострокову і середньострокову перспективу використання фінансів. Перелік підстав притягнення до субсидіарної відповідальності не обмежений лише правом надавати обов'язкові вказівки – можна навести будь-які інші обставини, що підтверджують можливість об'єднання іншим чином визначати дії учасника. До числа таких обставин можна віднести випадок, коли один або кілька учасників фінансово залежать від об'єднання [2, ч. 5 ст. 120].

Третя умова – наявність причинно-наслідкового зв'язку між наданою вказівкою та вчиненням дій під контролем та неплатоспроможністю чи банкрутством підприємства-учасника. Слід враховувати, що підприємство-учасник зберігає статус юридичної особи, а тому може брати на себе господарські зобов'язання без участі державного господарського об'єднання. З огляду на це, умовою покладення на об'єднання відповідальності за зобов'язаннями учасника має виступати причетність об'єднання до виникнення стану його неплатоспроможності, а саме надання вказівки шляхом видання об'єднанням наказу або розпорядження, що було обов'язковим для виконання підприємством-учасником, або вчинення дій під контролем об'єднання, що стало причиною його неплатоспроможності чи банкрутства. Якщо причинно-наслідковий зв'язок покаже, що неплатоспроможність стала наслідком виконання вказівок або вчинення дій під контролем об'єднання і підприємство-учасник не мало права відмовитись від їх виконання, то об'єднання зобов'язане нести субсидіарну відповідальність за його зобов'язаннями. Якщо виявиться, що у підприємства-учасника був вибір, виконувати вказівку об'єднання чи проігнорувати (виконувати дії під контролем чи ні), то логічно, що відповідальність покладається на підприємство-учасника.

Згідно з абз. 2 ч. 5 ст. 41 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" субсидіарна відповідальність об'єднання настає лише в разі банкрутства або неплатоспроможності підприємства-учасника. У законодавстві відсутній правовий механізм притягнення до відповідальності засновників (учасників, акціонерів) або інших осіб у разі виникнення збитків у боржника, що спричинені обов'язковими вказівками, не в рамках процедури банкрутства. Разом із тим збитки – це також негативний економічний результат, що полягає у витратах, втратах або пошкодженні майна, а також не отриманні доходів, які підприємство одержало б у разі належного виконання зобов'язання або додержання правил здійснення господарської діяльності об'єднанням [2, ч. 2 ст. 224]. Отже, характер відносин, що складаються у разі надання об'єднанням обов'язкових вказівок підприємству, умови, за яких вони надаються, наслідки надання таких вказівок є схожими з тими, що складаються в процедурі банкрутства. Однак права підприємства-учасника, що пов'язані із заподіянням йому збитків обов'язковими вказівками, суттєво відрізняються від подібних відносин, що складаються в процедурі банкрутства, тому логічним є висновок про різне правове регулювання однакових за природою правових відносин. Тому, видається, в законодавстві слід закріпити норму, яка встановлює притягнення об'єднання до субсидіарної відповідальності в разі, якщо обов'язковими вказівками об'єднання підприємству-учаснику було завдано збитків.

Слід вказати, що підприємство-учасник також несе відповідальність за зобов'язаннями об'єднання, якщо це передбачено статутом об'єднання [2, ч. 4 ст. 123]. Крім того, радянські вчені пропонували закріпити в законодавстві відповідальність виробничих одиниць за вчинення ними правочинів від імені об'єднання, що призвело до збитків об'єднання. При цьому виробнича одиниця мала високу "ступінь економічної та правової самостійності у порівнянні з підрозділами підприємства" [4, с. 142]. Так, В. В. Лаптєв вказує: "Не повною мірою відповідає економічній та правовій природі виробничих одиниць регулювання відповідальності за договірними зобов'язаннями – пряме покладання відповідальності на об'єднання в цілому ... Первинна відповідальність повинна була б покладатися на саму виробничу одиницю" [4, с. 163]. І. К. Ільїн поділяє цю точку зору, зазначаючи, що виробнича одиниця має право укладати договори від імені об'єднання, і більш доцільним було б запровадити субсидіарну відповідальність підприємств за такими договорами [14, с. 75].

В. В. Лаптєв, доводячи доцільність впровадження вказаної норми, зазначає, що підставою відповідальності є той факт, що виробнича одиниця «виступає в господарсько-договірних відносинах, як частина цілого, що діє і в інтересах цілого, і в своїх власних інтересах. Адже виробничі одиниці укладають господарські договори хоча і від імені об'єднання, але для забезпечення своєї нормальної діяльності» [4, с. 163]. Дослідник додає, що в даному випадку не виникають відносини представництва, оскільки виробнича одиниця не є сторонньою організацією стосовно об'єднання [4, с. 163].

Чи є підстави для подібних тверджень стосовно сучасних державних господарських об'єднань? Для вирішення цього питання слід з'ясувати, в якості кого виступає підприємство-учасник у договорах, сторонами якого є об'єднання та третя особа. Визначення характеру правовідносин є ключовим у розгляді вказаного питання. Без такого визначення неможливо встановити, які права і обов'язки мають об'єднання та учасники, а отже, встановити факт порушення цих прав або невиконання обов'язків. Відсутність факту порушення права (або невиконання обов'язку) тягне за со-

бою неможливість застосування заходів відповідальності. Отже, для того, щоб вирішити вказану ситуацію, необхідно правильно кваліфікувати відносини.

Підприємства-учасники, перебуваючи в складі об'єднання, зберігають статус юридичної особи, мають відокремлене майно та самостійний баланс, тому ототожнення об'єднання та підприємств-учасників є помилковим. Як вказує І. М. Кравець, господарські об'єднання виступають центрами господарських систем, метою яких є ефективне здійснення господарської діяльності [15, с. 74]. Центр системи та підпорядковані йому учасники тісно взаємодіють між собою [3, с. 153; 4, с. 26; 15, с. 74] шляхом взаємного дотримання прав та обов'язків [15, с. 74], виконання яких забезпечує ефективне функціонування системи в цілому; виконання учасниками рішень центру [16, с. 42]; встановлення контролю центру за виконанням його рішень учасниками [16, с. 42], що дає підстави для можливості представництва підприємством-учасником об'єднання при здійсненні ним господарської діяльності [2, ч. 1 ст. 295]. Наприклад, підприємство за розпорядженням об'єднання має отримати товар у постачальника, з яким об'єднання уклало договір поставки, та передати його об'єднанню. Характер відносин між об'єднанням та учасниками свідчить про представництво, адже представник вчиняє правочини не від свого імені, а від імені об'єднання.

Аналіз норм ч. 3 ст. 237 Цивільного кодексу України та ч. 1 ст. 303 Господарського кодексу України свідчить, що представництво виникає на підставі договору [7, ч. 3 ст. 237; 2, ч. 1 ст. 303], закону, акта органу юридичної особи та з інших підстав [7, ч. 3 ст. 237]. Виходячи з наведеного, підприємство може представляти об'єднання за договором доручення [7, ст. 1000], агентським договором [2, ч. 1 ст. 303], розпорядженням, наказом об'єднання [7, ч. 3 ст. 237]. Оскільки підприємство діє як представник, то не несе відповідальності перед об'єднанням за невиконання або неналежне виконання обов'язків третьою особою за укладеним договором від імені об'єднання. Також підприємство не несе відповідальності перед третьою особою за невиконання або неналежне виконання обов'язків об'єднанням. Виняток становить надання підприємством гарантії об'єднанню виконання третіми особами зобов'язань за угодами, укладеними за його посередництва [2, ч. 2 ст. 303].

Разом із тим підприємство несе відповідальність перед об'єднанням у разі невиконання або неналежного виконання своїх зобов'язань, наприклад, за несвоєчасне отримання платежів, товару, пред'явлення рахунків, визнання правочину таким, що був вчинений з порушенням закону, та таке інше [2, ч. 2 ст. 218, ч. 1 ст. 303]. Такими порушеннями закону можуть бути: укладення підприємством-учасником угод без повноваження на їх укладення або з перевищенням повноважень (ч. 2 ст. 298 Господарського кодексу України), вчинення правочинів з перевищенням повноважень (ч. 1 ст. 241 Цивільного кодексу України), передання учасником своїх повноважень іншому учаснику без дотримання вимог законодавства щодо такої передачі (ст. 240 Цивільного кодексу України), що може мати своїм наслідком визнання таких договорів недійсними. Це, у свою чергу, може привести до збитків іншої сторони. Як випливає зі змісту Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 29.05.2013 № 11, відшкодування збитків та моральної шкоди, завданої у зв'язку з вчиненням недійсного правочину, здійснюється винною стороною, тобто підприємством-учасником, який укладав договір від імені об'єднання, за загальними правилами, встановленими для зобов'язань, що виникають із факту заподіяння шкоди, за правилами позадоговірної (деліктної) відповідальності – § 1 глави 82 Цивільного кодексу України [17, абз. 3 п. 2.14]. Такий спір може бути вирішений судом під час провадження у справі про визнання правочину недійсним або окремо від нього – залежно від змісту позовних вимог [17, абз. 3 п. 2.14]. Отже, у вказаних випадках підприємство-учасник несе відповідальність як представник об'єднання.

Перевищення повноважень може мати місце тоді, коли підстава виникнення представництва не надає підприємству-учаснику повноважень щодо вчинення конкретних правочинів, наприклад, на укладення певного виду господарських договорів або якщо перевищено обмеження суми договору. Разом із тим, згідно з ч. 2 ст. 298 Господарського кодексу України, наступне схвалення юридичною особою правочину, вчиненого від її імені представником з перевищенням повноважень, робить угоду дійсною з дня її укладення [2, ч. 2 ст. 298]. Згідно з Постановою Пленуму Вищого господарського суду України від 29.05.2013 № 11, доказами такого схвалення можуть бути відповідне письмове звернення уповноваженого органу (посадової особи) об'єднання до другої сторони правочину чи до її представника (лист, телефонограма, телеграма, телетайпограма тощо) або вчинення зазначеним органом (посадовою особою) дій, які свідчать про схвалення правочину (прийняття його виконання, здійснення платежу другій стороні, підписання товаророзпорядчих документів та ін.) [17, п. 3.4].

Крім того, підприємство-учасник несе відповідальність у разі передачі своїх повноважень третій особі (повністю або частково), коли підстава виникнення представництва не надавала права передоручення [7, ст. 240]. Водночас порушення цієї норми не є безумовною підставою для визнання правочину недійсним, оскільки подальше його схвалення об'єднанням унеможливлює визнання такого правочину недійсним [17, п. 3.4].

Висновки.

У результаті проведеного дослідження встановлено, що об'єднання несе субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями підприємства-учасника відповідно до абз. 2 ч. 5 ст. 41 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" за наявності сукупності таких умов: 1) в установчих документах об'єднання зазначено, що воно має право давати підприємству-учаснику обов'язкові для виконання вказівки або має можливість іншим чином визначати дії учасника; 2) виконання підприємством-учасником вказівок об'єднання або дії об'єднання вплинули на підприємства-учасника; 3) є причинно-наслідковий зв'язок між наданими вказівками (визначення дій іншим чином) та неплатоспроможністю (банкрутством) підприємства-учасника.

З метою захисту майнових прав підприємств-учасників необхідно закріпити в законодавстві норму, відповідно до якої на об'єднання покладається субсидіарна відповідальність за боргами боржника в разі спричинення йому збитків обов'язковими для виконання вказівками.

З'ясовано, що підприємство-учасник відповідає за зобов'язаннями об'єднання як представник за умови невиконання або неналежного виконання своїх обов'язків, а саме в разі укладення угод без повноважень на їх укладення або з перевищенням повноважень, передання своїх повноважень іншому учаснику без дотримання вимог законодавства щодо такої передачі. При цьому наступне схвалення об'єднанням таких правочинів унеможливлює визнання їх недійсними.

Список використаних джерел:

1. Об утверждении Положения о социалистическом государственном предприятии: Постановление Совета Министров СССР от 4 октября 1965 г. № 731 / Совет Министров СССР. Собрание постановлений СССР. 1965. № 19-20. Ст. 155.

2. Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV / Верховна Рада України. Офіційний вісник України. 2003. № 11. Ст. 462.

3. Коняев Н.И. Хозяйственные системы в период зрелого социализма : правовые вопросы. Саратов, 1980. 161 с.

4. Лаптев В. В. Правовое положение промышленных и производственных объединений. Москва, 1978. 248 с.

5. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14 травня 1992 р. № 2343-XII / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 31. Ст. 440.

6. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 р. № 2210-III / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 12. Ст. 64.

7. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / Верховна Рада України. Офіційний вісник України. 2003. № 11. Ст. 461.

8. Давыдов Д. В. Правовое положение государственных холдингов в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2009. 24 с. URL: http://www.dissercat.com/content/pravovoe-polozhenie-gosudarstvennykh-kholdingov-v-rossiiskoi-federatsii (дата обращения 23.06.2018).

9. Давыдов Д.В. Проблема солидарного исполнения обязательств основным и дочерним обществами государственного холдинга. Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 2. С. 432-434.

10. Ожегов С.И. Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. Москва, 1990. 921 с.

11. Кулиняк І.Я. Характеристика організаційно-правових норм об'єднань підприємств. Науковий вісник НЛТУ України. 2010. Вип. 20.12. С. 199-205.

12. Мамутов В.К., Грудницкая С.Н. Корпорация: правовой статус, отличительные особенности. Экономика Украины. 1994. № 2. С. 46-50.

13. Правовое регулирование отношений акционерного общества и лица, имеющего право давать обществу обязательные указания. URL: http://www.halbien-info.ru/stati/pravov_regulir.htm (дата обращения 23.06.2018).

14. Ильин И.К. Производственное объединение – основное звено промышленности. Плановое хозяйство. 1974. № 9. С. 70-80.

15. Кравець І.М. Поняття та класифікація сучасних господарських систем. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. 2013. № 3 (97). С. 71-76.

16. Кравець І.М. Ознаки господарських об'єднань як центрів господарських систем. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. 2011. № 88. С. 41-44.

17. Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними: Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 29.05.2013 р. № 11 / Вищий господарський суд України. Вісник господарського судочинства. 2013. № 4. Стор. 22.

В статье осуществлен анализ оснований и условий ответственности государственного хозяйственного объединения и предприятий-участников по общим обязательствам. Рассматривается вопрос привлечения объединения к субсидиарному выполнению обязанностей предприятий-участников, принятых во исполнение указаний объединения или совершенных под его влиянием. Исследуется ответственность предприятий-участников как представителей объединения.

Ключевые слова: государственное хозяйственное объединение, предприятие-участник, хозяйственное обязательство, хозяйственная ответственность, субсидиарная ответственность.

The article analyses the grounds and conditions of liability of a state economic association and participating companies under joint obligations. The issue of engagement of the association to subsidiary fulfillment of obligations of participating companies assumed to fulfill directions of the association or executed under its influence. The liability of participating companies as representatives of the association is studied.

Key words: state economic association, participating company, economic obligation, economic liability, subsidiary liability.

УДК 349.2(477)

Ірина Василько,
канд. юрид. наук, доцент кафедри правового забезпечення господарської діяльності факультету № 6 Харківського національного університету внутрішніх справ

ДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРИНЦИПІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТРУДОВИХ ПРАВ ПРАЦІВНИКІВ, ЯКІ ПРАЦЮЮТЬ У РОБОТОДАВЦІВ – ФІЗИЧНИХ ОСІБ

Стаття присвячена узагальненню характеристики принципів реалізації трудових прав працівників, які працюють у роботодавців – фізичних осіб. Проведено систематизацію принципів реалізації трудових прав працівників, які працюють у роботодавців – фізичних осіб, шляхом аналізу. Наголошено, що принципи трудового права насамперед мають регулююче значення, впливаючи на правову поведінку суб'єктів трудових та інших, тісно пов'язаних з ними відносин, та виступають як вихідна точка для подальшого розвитку законодавчої та правозастосовної діяльності.

Ключові слова: принципи, принципи права, принципи трудового права.

Постановка проблеми. З переходом нашої країни до ринкової економіки в системі трудового права виникли нові поняття та відносини. Це спричинило ряд змін у трудовому праві і праві соціального забезпечення. Історичний досвід розвитку суспільства визначає важливість інституту трудових прав громадян в усіх цивілізованих державах світу. Право на працю людини закріплюється не лише у внутрішніх законах держав, а й міжнародними нормативно-правовими актами. Нині у трудовому законодавстві великої кількості держав світу значна увага приділяється проблемам подолання проявів дискримінації та забезпечення рівності прав працівників у трудових відносинах. Особлива роль при цьому належить процесу обґрунтування ствердження відповідних принципів, які мають суттєво підвищити якість та ефективність забезпечення трудових прав і законних інтересів працівників. Саме тому необхідно більш детальну увагу приділити аналізу принципів забезпечення трудових прав працівників, які працюють у роботодавців – фізичних осіб.

Стан дослідження. Дослідженню проблеми, пов'язаної з особливостями реалізації принципів забезпечення трудових прав працівників, які працюють у роботодавців – фізичних осіб, приділяли увагу такі науковці, як М. Г. Александров, В. М. Божко, Н. Б. Болотіна, В. С. Венедиктов, М. І. Іншин, В. В. Лазор, К. Ю. Мельник, Л. В. Могілевський, С. М. Прилипко, О. У. Процевський, О. М. Ярошенко та інші.

Метою статті є визначення, розкриття змісту та систематизація принципів реалізації трудових прав працівників, які працюють у роботодавців – фізичних осіб.

Виклад основного матеріалу. Принципи права є результатом багатовікового розвитку людства, результатом осмислення закономірностей розвитку суспільства в цілому, втілення демократичної та гуманістичної традицій.

Узагальнюючи наукові погляди вчених щодо визначення сутності таких понять, як «принцип» та «принципи права», ми дійшли висновку, що принципи реалізації трудових прав працівників, які працюють у роботодавців – фізичних осіб, визначено як вимоги, що лежать в основі галузі трудового права, визначають її сутнісний зміст та спрямованість як регулятора трудових і тісно пов`язаних із ними відносин, а також зумовлюють характер її внутрішньої організації як єдиної, злагодженої, цілеспрямованої системи. Традиційно у теорії права принципи класифікують залежно від того, на яку сферу правових норм вони поширюються. Так, на думку Л. С. Явич, існує три основні групи принципів права: загальні, галузеві, міжгалузеві [1, с. 142]. Загальні принципи – це основні начала, які визначають найбільш суттєві риси права у цілому, його зміст і особливості як регулятора усієї сукупності суспільних відносин. Вони з однаковою силою діють в усіх галузях права незалежно від характеру і специфіки суспільних відносин, що ними регулюються [2, с. 143]. Галузеві правові принципи характеризують найважливіші

© І. Василько, 2018

риси конкретної галузі права (наприклад, адміністративного або цивільного права). Галузеві принципи підкреслюють особливості конкретної галузі права і нарівні з предметом і методом сприяють індивідуалізації галузі як самостійної в загальній системі права [3, с. 162]. Галузеві принципи, незважаючи на їхню відносну стабільність, не є незмінною аксіомою і повинні відповідати змінам, що відбуваються у суспільстві. Міжгалузевими називаються принципи, що діють відразу в кількох галузях права. Майже всі принципи мають міжгалузевий характер, бо більш-менш одноманітно виражені в нормах кількох галузей права [4].

На нашу думку, принципи трудового права, що забезпечують трудові права працівників, які працюють у роботодавців – фізичних осіб, умовно можна поділити на дві групи. До першої групи належать загальні принципи права, зокрема: принцип законності; принцип справедливості; принцип рівності; принцип свободи праці. З погляду В. В. Копєйчикова, принцип законності виражається у здійсненні всіх правових форм діяльності держави, функціонуванні громадського суспільства, громадян на основі й відповідно до норм права, природних прав та обов'язків людини [5]. Зміст принципу законності становить система конкретних вимог, до основних із них належать: – продумана система правових демократичних законів і інших нормативно-правових актів; – забезпечення верховенства закону в системі правових актів; – відповідність підзаконних нормативних актів законам і Конституції; – чітке формулювання і закріплення компетенції, функціональних прав і обов'язків всіх державних органів і їх посадових осіб, підприємців і організацій, політичних партій і громадських об'єднань, їхнього правового статусу; – закони та інші нормативно-правові акти є загальними й обов'язковими для всіх учасників суспільних відносин, для яких їх суворе дотримання є беззаперечним; – неприпустимість протиставлення вимогам закону доцільності та раціональності.

У контексті нашого дослідження принцип законності полягає в тому, що всі трудові договори між працівником та фізичною особою-підприємцем мають бути укладені відповідно до чинного законодавства України. Порядок укладання та зміст трудового договору визначені Законами України та іншими нормативно-правовими актами. Дотримання всіх умов та змісту договору є обов'язковим для всіх сторін, і невиконання їх може призвести до настання відповідальності. Усі спори, що виникають між працівником і роботодавцем, можуть бути вирішені лише у встановленому законами порядку. Таким чином, принцип законності є дуже важливим з точки зору захисту прав працівників, які є найбільш вразливою стороною у разі укладання трудового договору з фізичною особою-підприємцем.

Принцип справедливості із загальноправової точки зору означає, що право виступає як міра справедливості в усіх сферах життєдіяльності людини. Принцип справедливості містить у собі вимогу відповідності між практичною роллю різних індивідів (соціальних груп) у житті суспільства та їхнім соціальним становищем, між їхніми правами та обов'язками, злочином і покаранням, заслугами людей та їхнім суспільним визнанням. Принцип справедливості є важливим у вирішенні конкретних юридичних справ (наприклад, у визначенні міри кримінального покарання) [6, с. 24-25].

З точки зору принципів забезпечення трудових прав працівників, які працюють у роботодавців – фізичних осіб, принцип справедливості полягає у тому, що кожен працівник має право на справедливі умови праці. До таких умов належить: справедлива зарплата і рівна винагорода за працю рівної цінності без будь-якої різниці, причому, зокрема, жінкам повинні гарантуватись умови праці, не гірші від тих, якими користуються чоловіки, з рівною платою за рівну працю; задовільне існування для них самих та їхніх сімей; умови роботи, що відповідають вимогам безпеки та гігієни; однакову для всіх можливість просування по роботі на відповідні більш високі ступені виключно на підставі трудового стажу і кваліфікації; відпочинок, дозвілля і розумне обмеження робочого часу та оплачувану періодичну відпустку так само, як і винагороду за святкові дні [7, ст. 23; 8].

Становлення принципу рівності в українському праві напряму пов'язане з розвитком ідеї конституціоналізму в період національного відродження. Найвагоміше значення у цьому плані мають конституційні проекти: «Начерки Конституції Республіки» Г. Л. Андрузького (1846-1847 рр.). Уперше в українській правовій думці зміст та значення принципу рівності було розкрито у перших двох конституційних проектах Георгія (Юрія) Левовича Андрузького 1846-1947 рр. Зокрема, одна з одинадцяти частин другого проекту конституції мала назву «Про рівність» [9]. Нині принцип рівності всіх громадян та організацій перед законом та судом є однією з найзагальніших умов сучасних правових систем. Закріплення цього принципу вважається неабияким здобутком суспільства, зумовленим імперативами цивілізації, об'єктивно існують[10, с. 20]. Принцип рівності закріплений у багатьох статтях Трудо-

вого Кодексу. Він передбачає заборону дискримінації у сфері трудових відносин. Так, наприклад, роботодавець не може вдаватися до необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу [11]. Заборона такої відмови є важливою гарантією реалізації права на працю: кожна особа має рівні права для влаштування на роботу. З урахуванням практики необґрунтованою відмовою слід вважати: по-перше, незаконну відмову, причини якої належать до заборонених законодавством; по-друге, ту, що не стосується професійних та ділових якостей особи, яка приймається на роботу; по-третє, немотивовану відмову, тобто відмову без посилання на будь-які причини (у тому числі й законні) [12].

У ст. 43 Конституції України закріплено принцип свободи праці: кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується [13]. У цій же статті говориться про заборону використання примусової праці. Не вважається примусовою працею військова або альтернативна (невійськова) служба, а також робота чи служба, яка виконується особою за вироком чи іншим рішенням суду або відповідно до законів про воєнний і про надзвичайний стан [14].

До другої групи принципів, що забезпечують трудові права працівників, які працюють у роботодавців – фізичних осіб, належать принципи, що є найбільш властивими саме для трудового права. До них належать: принцип домовленості (договірний характер); принцип визначеності трудової функції; принцип матеріальної зацікавленості; принцип безпеки праці; принцип забезпечення права на працю; принцип забезпечення права на обов'язкове соціальне страхування працівників; принцип забезпечення права працівників на об'єднання для захисту своїх прав та інтересів; принцип соціального партнерства.

Принцип домовленості, або принцип договірного характеру, тісно пов'язаний з принципом законності. Перед тим, як почати трудові відносини, працівник та роботодавець – фізична особа-підприємець – повинні в обов'язковому порядку укласти трудовий договір, в якому обумовлюються всі умови праці. Пункти угоди не повинні суперечити Законам України та іншим нормативно-правовим актам. Стаття 2 КЗпП конкретизує право на працю, проголошене Конституцією України, визначаючи, що воно реалізується шляхом укладення трудового договору про роботу на підприємстві, в установі, організації. При цьому вільний вибір професії, роду занять і роботи забезпечується державою. Робота, що виконуватиметься працівником, тобто трудова функція, визначається угодою між сторонами [12, ст. 21]. Таким чином, закріплюється принцип договірного характеру трудових відносин.

Принцип укладання договору тісно пов'язаний з наступним принципом визначеності трудової функції, який полягає у встановленні трудової функції в договірному порядку, а конкретна форма застосування праці працівника визначається вільним волевиявленням самого працівника і роботодавця. Умова про трудову функцію, що виконуватиметься працівником, – це основа трудового договору [15, с. 141]. Він не може вважатися укладеним, якщо сторони не домовляться щодо професії, спеціальності, кваліфікації чи посади працівника. У КЗпП закріплюється принцип договірного характеру трудових відносин і визначеності трудової функції, яка виконується працівником. Право на працю працівники реалізують шляхом укладення трудового договору, в якому, власне, трудова функція і визначається [12].

Принцип матеріальної зацікавленості є одним із найбільш важливих для працівників. Законом України від 24 березня 1995 р. «Про оплату праці» конкретизоване право на винагороду і закріплено принцип матеріальної зацікавленості працюючих у результатах своєї праці [16]. Даний принцип полягає в тому, що оплата праці повинна проводитися без будь-якої дискримінації і не нижче встановленого державного мінімального рівня. Він забезпечує право працівників на отримання заробітної плати за виконану роботу, при цьому захищаючи їх від неправомірної поведінки роботодавця.

Наступним важливим та необхідним принципом є принцип безпеки праці. Він полягає в тому, що кожна людина має право на умови праці, що відповідають вимогам безпеки і гігієни [12]. Цей принцип зобов'язує роботодавця встановити умови праці, які гарантують працівникові безпеку праці, захист від каліцтва та компенсацію шкоди, заподіяної його здоров'ю під час виконання трудових обов'язків. Цей принцип забезпечується здійсненням нагляду і контролю за охороною праці, конкретизується нормами інституту трудового договору (при прийнятті на роботу та переведенні працівника на іншу роботу), нормами охорони праці, а також охорони праці жінок та молоді, державного нагляду за охороною праці, відповідальності роботодавця за ушкодження здоров'я працівника [17, с. 145].

Наступним є принцип забезпечення права на працю. Держава гарантує працездатним громадянам, які постійно проживають на території України: вільний вибір виду діяльності; безплатне сприяння державних служб зайнятості у підборі підходящої роботи і працевлаштуванні відповідно до покликання,

здібностей, професійної підготовки, освіти, з урахуванням суспільних потреб; надання підприємствами, установами, організаціями відповідно до їх попередньо поданих заявок роботи за фахом випускникам державних вищих навчальних, професійних навчально-виховних закладів; безплатне навчання безробітних нових професій, перепідготовку в навчальних закладах або у системі державної служби зайнятості з виплатою стипендії; компенсацію відповідно до законодавства матеріальних витрат у зв'язку з направленням на роботу в іншу місцевість; правовий захист від необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу і незаконного звільнення, а також сприяння у збереженні роботи [16].

Принцип забезпечення права на обов'язкове соціальне страхування працівників закріплюється в різних нормативних правових актах. Його сутністю є вимога про обов'язок роботодавця страхувати своїх працівників на випадок: тимчасової непрацездатності; відпустки по вагітності та пологах; при народженні дитини; відпустки по догляду за дитиною до досягнення нею віку 1,5 років; пенсіями за віком, по інвалідності та у разі втрати годувальника, також пенсіями за вислугу років [18]. Система обов'язкового соціального страхування включає також страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань. Воно здійснюється відповідно до Закону «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» від 23.09.1999 № 1105-XIV, який, передбачаючи обов'язок роботодавців здійснювати страхові відрахування, покладає відповідальність за виплату компенсацій постраждалим на виробництві (їх утриманцям) на державу в особі Фонду соціального страхування [19, с. 97; 18].

Наступним є принцип забезпечення права працівників на об'єднання для захисту своїх прав та інтересів. Він полягає у тому, що працівники можуть вступати в об'єднання для захисту своїх трудових прав та інтересів. Такими об`єднаннями, як правило, є профспілки, основне завдання яких – представляти інтереси працівників у відносинах з роботодавцями, органами державної влади, місцевого самоврядування, здійснювати захист їхніх трудових прав [20; 12].

Останній принцип, якому, на нашу думку, слід приділити увагу, є принцип соціального партнерства, що означає участь працівників і їх представницьких органів в управлінні виробництвом і встановленні умов праці, колективних переговорах, укладанні колективних договорів і угод. Принцип соціального партнерства передбачає рівноправність сторін і дотримання норм законодавства, добровільність і обов'язковість прийнятих зобов'язань [21]. До основних форм соціального партнерства належать такі: спільні консультації представників сторін на всіх рівнях; колективні переговори на всіх рівнях; укладання договорів та угод на всіх рівнях; погодження на національному й регіональному рівнях політики доходів і соціально-економічної політики в цілому, включаючи основні критерії і показники соціальної справедливості, заходи щодо захисту місцевого ринку праці та виробника і т. ін.; спільне розв'язання колективних трудових спорів (конфліктів), запобігання їм на всіх рівнях; організація примирних та арбітражних процедур на всіх рівнях; участь найманих працівників в управлінні виробництвом; участь представників сторін у роботі органів соціального партнерства на всіх рівнях; спільне управління представниками сторін фондами соціального страхування; участь найманих працівників у доходах підприємства на умовах, визначених колективним договором; розгляд претензій та розбіжностей, що виникають між сторонами соціального партнерства відповідного рівня, і їх вирішення шляхом компромісів, співробітництва, узгодження позицій; обмін необхідною інформацією; контроль за виконанням спільних домовленостей на всіх рівнях та ін. [17, с. 154].

Висновки.

Таким чином, принципи трудового права насамперед мають регулююче значення, впливаючи на правову поведінку суб'єктів трудових та інших тісно пов'язаних з ними відносин та виступають як вихідні для подальшого розвитку законодавчої та правозастосовної діяльності. На сучасному етапі економіко-правового розвитку держави великого значення набуває якісне забезпечення трудових прав працівників, які працюють у роботодавців – фізичних осіб. Це багато в чому залежить від якості законів і ефективності правового регулювання суспільних відносин, пов'язаних із функціонуванням ринку праці, у зв'язку з чим більш глибокого дослідження потребують принципи трудового законодавства та права в цілому.

Підсумовуючи це дослідження, можна зробити висновок про те, що принципи є одним із ключових елементів юридичного механізму забезпечення прав і законних інтересів робітників, які працюють за трудовим договором у фізичних осіб. Особлива роль досліджуваних принципів зумовлена тим, що саме вони формують правовий базис, ідейне підґрунтя зазначеного механізму, визнаючи ті найважливіші соціальні цінності та пріоритети, що склалися і діють у суспільстві в цілому та сфері трудових відносин зокрема, з урахуванням яких повинен відбуватися

процес забезпечення трудових прав, свобод і законних інтересів найманих працівників. Звідси зрозуміло, що вдосконалення як законодавчого, так і правозастосовного складників системи забезпечення зазначених прав й інтересів має передбачати глибокий та змістовний аналіз сутності ключових закономірностей суспільного розвитку загалом, а також закономірностей організації, функціонування та розвитку ринку праці зокрема.

Список використаних джерел:

1. Явич Л.С. Право: суть і принципи. М.: Юрид. літ., 2001. 395 с.
2. Хропанюк В.Н. Теория государства и права: учебное пособие для высших учебных заведений / под ред. В.Г. Стрекозова. М., 1995. 384 с.
3. Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: учеб. пособие для вузов. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2003. 381 с.
4. Головатий С. П. Верховенство права : у 3-х кн. К. :Фенікс, 2006. Кн. 1: Відідеї – до доктрини. 624 с.
5. Загальна теорія держави і права: навчальний посібник / Колодій А.М., Копєйчиков В.В., Лисенков С.Л., Пастухов В.П., Тихомиров О.Д. К.: ЮрінкомІнтер, 1998. С. 164.
6. Трудовое право: учебник / Бриллиантова Н. А., Киселев И. Я., Малов В. Г. и др.; под ред. О. В. Смирнова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 1998. С. 24–25.
7. Загальна декларація прав людини : міжнародний документ : від 10 груд. 1948 р. Офіційний вісник України. 2008. № 93. Ст. 3103.
8. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16 груд. 1966 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_042.
9. Трудове право України: навч. посібник / за ред. П. Д. Пилипенка. К. : Вид-во Ін Юре. 2003. 536 с
10. Алексеев С.С. Общая теория права. М.: Юридическая литература, 1981. Т. 2. 359 с.
11. Маврін С.П. Принципи трудового права в умовах ринкової економіки. Правознавство. 1992. № 2.
12. Кодекс законів про працю : Закон України : від 10 груд. 1971 р. № 322-VIII. Відомості Верховної Ради УРСР. 1971. № 50.
13. Конституція України : від 28 черв. 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
14. Піскунова І.І. Принцип соціальної справедливості в сфері правового регулювання праці. Вісті вузів. Правознавство. 1989. № 6.
15. Загальна теорія держави і права : навч. посіб. / А. М. Колодій, В. В. Копєйчиков, С. Л. Лисенков та інші; за ред. В. В. Копейчикова. К. : ЮрінкомІнтер, 2000. 320 с.
16. Про оплату праці : Закон України від 24 бер. 1995 р. № 108/95-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1995. № 17. Ст. 121.
17. Захаров А.Л. Свобода праці як міжгалузевий принцип права і його значення для розвитку підприємств. Правове регулювання діяльності господарюючого суб'єкта. Ч. 3. Самара: Вид. Самарської державної економічної академії, 2002.
18. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування : Закон України від 23 верес. 1999 р. № 1105-XIV. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 46-47. Ст. 403.
19. Пилипенко П. Д. Проблеми теорії трудового права. Львів: Видавничий центр Львів. національного ун-ту ім. І. Франка, 1999. 214 с.
20. Дмитрієва І.К. Принципи трудового права і його предмет, значення приватноправових і публічно-правових засад (принципів). LexRussica. 2004. № 4.
21. Сєдова Н.П. Основні принципи правового регулювання трудових правовідносин. Актуальні проблеми юриспруденції. Випуск 4. Володимир, 2003.
22. Захаров А.Л. Свобода праці як міжгалузевий принцип права і його значення для розвитку підприємств. Правове регулювання діяльності господарюючого суб'єкта. Ч. 3. Самара: Вид. Самарської державної економічної академії, 2002.

Статья посвящена обобщению характеристики принципов реализации трудовых прав работников, работающих у работодателей – физических лиц. Проведена систематизация принципов реализации трудовых прав работников, работающих у работодателей – физических лиц, путем анализа. Отмечено, что принципы трудового права в первую очередь имеют регулирующее значение, воздействуя на правовое поведение субъектов трудовых и других тесно связанных с ними отношений, и выступают в качестве отправных начал для дальнейшего развития законодательной и правоприменительной деятельности.

Ключевые слова: принципы, принципы права, принципы трудового права.

The article is devoted to the generalization of the characteristics of the principles of the implementation of labor rights of employees who work from employers – individuals. The systematization of the principles of realization of labor rights of employees who work from employers – individuals through analysis is carried out. It is emphasized that the principles of labor law are primarily regulative, affecting the legal behavior of subjects of labor and other closely related relations and act as starting points for the further development of legislative and enforcement activities.

Key words: principles, principles of law, principles of labor law.

УДК 347.91/95

Світлана Вишновецька,
докт. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного права і процесу
Національного авіаційного університету

Тетяна Іваницька,
студентка магістратури
Навчально-наукового юридичного інституту
Національного авіаційного університету

СУДОВА ПРАКТИКА ТА ЇЇ РОЛЬ У РОЗВИТКУ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

У статті проаналізовано поняття судової практики, визначено її роль у розвитку трудового законодавства України та місце в системі джерел трудового права. На підставі аналізу останніх правових позицій з розгляду трудових спорів зроблено висновок про те, що з внесенням істотних змін до трудового законодавства судова практика з трудових питань, яка формувалася десятиліттями, виявилась застарілою, наслідком чого є неоднакове застосування судами норм трудового права.

Ключові слова: судова практика, рішення Конституційного Суду України, джерела трудового права, правові акти Верховного Суду України, трудове законодавство.

Постановка проблеми. Вивчення й аналіз судової практики щодо застосування трудового законодавства судовими органами свідчать про те, що ціла низка питань судами вирішується по-різному. Актуальність даної теми зумовлена тим, що в юридичній науці немає єдиної думки щодо визначення поняття «судова практика», а також її ролі, значення та місця в системі джерел трудового права. Невирішені проблеми в розумінні судової практики, у співвідношенні її з джерелами трудового права спричиняють негативні результати в застосуванні норм трудового законодавства й нерідко зумовлюють порушення трудових прав і законних інтересів працівників. Усі ці обставини свідчать про наукове і практичне значення вибраної теми публікації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Останніми роками спостерігається тенденція до збільшення кількості наукових досліджень з визначення поняття судової практики та її ролі у розвитку трудового законодавства.

Значний інтерес викликають проблеми судової практики у співвідношенні з джерелами трудового права у представників науки трудового права, зокрема А. К. Безіної, П. І. Жигалкіна, К. І. Кеник, О. І. Кіт, В. Л. Костюка, С. В. Ломакіної, А. М. Лушнікова, С. М. Прилипка, К. Л. Томашевського, О. М. Ярошенка.

Формування цілей статті. Метою публікації є дослідження в теоретичному і практичному аспектах проблем, пов'язаних із роллю судової практики в розвитку трудового законодавства, правильним застосуванням і вдосконаленням його норм.

Виклад основного матеріалу дослідження. Насамперед необхідно проаналізувати науково-теоретичні розробки поняття «судова практика» та визначення його змісту. У правовій науці й нині залишається досить дискусійним трактування судової практики. При цьому позиції вчених щодо визначення статусу рішень (правових позицій) Конституційного Суду України також відрізняються, не збігаються їхні позиції щодо визначення природи постанов Пленуму Верховного Суду України, що містять відповідні роз'яснення, надані судам загальної юрисдикції.

Визначення судової практики як видового поняття не повинно суперечити своєму родовому та типовому поняттю – «юридична і соціальна практика». Судова практика являє собою певну діяльність судових органів з напрацювання і закріплення у своїх рішеннях правоположень на підставі набутого правозастосовного досвіду.

Такі дослідники, як А. К. Безіна, С. Ю. Головіна, В. І. Смолярчук, А. І. Ставцева, визначають судову практику в широкому і вузькому значенні.

У широкому розумінні судова практика – це діяльність усіх ланок судової системи щодо виконання покладених на них завдань.

Судова практика у вузькому розумінні являє собою правоположення, які створю-

© С. Вишновецька, Т. Іваницька, 2018

ються судовими органами та конкретизують норми права. Виділяють три види таких правоположень, що є одночасно і змістом судової практики:

1) ті, що виникають у результаті заповнення прогалин у праві;

2) ті, що конкретизують і деталізують зміст приписів загального характеру;

3) ті, що виникають у результаті конкретизації й деталізації загальних положень, понять і термінів законодавства (тобто тлумачення норм права).

Судова практика являє собою досвід індивідуально-правової діяльності суддів, яка складається завдяки застосуванню права під час вирішення юридичних справ [1, с. 18].

Теорія права розрізняє три види судової практики, які умовно позначаються як поточна, прецедентна й керівна.

Поточна – це досвід застосування законодавства, виражений у рішеннях судів по конкретних юридичних справах.

Прецедентна практика – досвід використання законодавства, виражений у рішеннях вищих судових органів по конкретних справах, причому принципового характеру.

Керівна практика – це досвід застосування законодавства, виражений в особливих актах центральних судових органів, у яких дані практики узагальнюються, формулюються у вигляді конкретизуючих нормативних приписів. Це вища форма практики. І саме в такому значенні найчастіше вживається поняття судової практики на противагу судовому прецеденту.

На відміну від поняття «судовий прецедент», що застосовується до рішень суду в конкретній справі, які є обов'язковими під час вирішення аналогічних справ у майбутньому, поняття «судова практика» використовується для позначення відповідних роз'яснень і постанов вищих судових органів. У судових рішеннях розкривається зміст закону, його норм, дається їх тлумачення як загальних правил поведінки, і судове рішення у конкретній трудовій справі не є загальнообов'язковим правилом для вирішення інших трудових справ.

Важливу роль у забезпеченні законності в трудових відносинах відіграють акти судових органів, а саме рішення Конституційного Суду України та постанови Пленуму Верховного Суду України.

Рішення Конституційного Суду України мають допоміжне значення в системі актів трудового законодавства (щодо визнання неконституційними окремих актів законодавства та тлумачення норм Конституції та законів України). З правової точки зору такі акти загальнообов'язкові для виконання на території України.

В юридичній науці, як вітчизняній, так і зарубіжній, до сьогодні немає єдиної думки стосовно того, що являють собою акти Конституційного Суду. Так, з точки зору М. С. Кельмана, акти Конституційного Суду за своєю політикоправовою спрямованістю поступово набувають значення правового феномена, при цьому автор просто визнає, що вони є джерелом права [2, с. 15].

У такому самому аспекті визначає правову природу актів Конституційного Суду України М. Савчин, який сприймає останні як джерела права, що мають вторинний характер, оскільки є похідними від норм та принципів Конституції України і безпосередньо пов'язані з ними [3, с. 8].

Натомість С. В. Ломакіна, визнаючи важливу роль Конституційного Суду РФ в оцінці конституційності закону, що визначається в контексті тлумачення Конституції РФ, конкретизації її принципів і норм, виражених у судових актах (правових позиціях) Конституційного Суду РФ, доходить висновку, що ці судові акти все-таки являють собою не нормативно-правові встановлення, а особливий різновид актів тлумачення права [4, с. 22-23].

Дослідження джерел права, в тому числі й трудового права, пов'язані з визначенням судової практики, актуальні в науці трудового права, хоча й відображають дискусійність і неоднозначність позицій учених. В одних випадках, визнаючи значення рішень (правових позицій) Конституційного Суду України чи постанов, які містять роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, вчені відносять їх до джерел трудового права, тоді як інші вчені не поділяють таку позицію і не відносять судову практику до джерел трудового права, визнаючи її важливу роль у правозастосовній діяльності судів, у забезпеченні єдності судової практики, в удосконаленні і розвитку трудового законодавства.

Так, наприклад, В. Л. Костюк щодо системи джерел трудового права робить висновок, що серед них особливе місце займають рішення Конституційного Суду, і пропонує їх розмістити після законів, оскільки вони стосуються офіційних тлумачень законодавчих актів [5, с. 8].

В юридичній літературі підкреслюється, що поява нормативних приписів судової практики зумовлена, передусім, тим, що під час застосування абстрактних законодавчих норм у реальних життєвих обставинах суди змушені трактувати, деталізувати їх, унаслідок чого формуються більш конкретні правила. Серед чинників, що сприяють цьому, вирізняють такі: подолання судами прогалин і колізій, застосування «оціночних» понять

трудового законодавства (грубе порушення трудових обов'язків, аморальний проступок, поважна причина) та ін. [6, с. 13].

Правові акти Верховного Суду України – це рішення, ухвалені Верховним Судом України з питань неоднакового застосування судами норм матеріального права з кола однорідних правовідносин, які мають обов'язковий характер для суб'єктів владних повноважень і підлягають оприлюдненню. У зв'язку з цим правові акти Верховного Суду України покликані забезпечити якісний і системний судовий контроль у системі джерел трудового права на основі вироблення дієвих механізмів щодо їх однозначного розуміння й застосування.

Враховуючи вищезазначене, В. Л. Костюк виділяє такі особливості правових актів Верховного Суду України в системі джерел трудового права: 1) забезпечують реалізацію судового контролю на всій території України; 2) спрямовані на забезпечення правомірності (законності) системи джерел трудового права, вирішуючи справи щодо питань неоднакового застосування судами норм матеріального права з певного кола однорідних правовідносин; 3) забезпечують правомірність (законність) у питаннях дотримання, реалізації, гарантування та правової охорони права на працю й інших трудових прав особи; 4) мають багаторазове використання; 5) застосовуються на всій території України та мають загальнообов'язковий характер для суб'єктів владних повноважень; 6) є остаточними й не можуть бути оскарженими; 7) підлягають оприлюдненню; 8) виступають своєрідними правовими орієнтирами правозастосовної практики щодо джерел трудового права; 9) виконують допоміжну роль у системі джерел трудового права [7, с. 329].

Отже, на думку автора, правові акти Верховного Суду України є допоміжними джерелами трудового права.

О. І. Кіт джерелами трудового права вважає такі акти судової влади: рішення Конституційного Суду України за результатами розгляду справ щодо відповідності Конституції України (конституційності) законів та інших правових актів і щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України; рішення адміністративних судів, що скасовують дію нормативно-правових актів; рішення судів за аналогією закону а права, а також на основі норм, що містять оціночні поняття; рішення судів, у яких безпосередньо використано конституційні норми; постанови пленумів вищих спеціалізованих судів України; постанови Пленуму Верховного Суду України; рішення Верховного Суду України, які ухвалені за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих же норм матеріального права у подібних правовідносинах; остаточні рішення та консультативні висновки з правових питань Європейського суду з прав людини; нормативні акти суддівського самоврядування. При цьому, на думку автора, постанови пленумів вищих судів України необхідно вважати джерелом трудового права, оскільки ці акти поширюють свою дію на неперсоніфіковане коло суб'єктів, розраховані на невизначену кількість застосувань та фіксують результат нормотворчої діяльності – норму права. Спеціально визначений порядок їх ухвалення та обов'язкове опублікування в офіційному друкованому виданні постанов пленумів вищих спеціалізованих судів України підтверджують їх загальновідомість та формальну визначеність [10-11, с. 329].

Звернемося до конкретних прикладів з практики Верховного Суду України. Йдеться про проблеми застосування статті 117 Кодексу законів про працю України та впливу рішень Верховного Суду України на її тлумачення. Даною статтею встановлено, що в разі невиплати з вини власника або уповноваженого ним органу належних звільненому працівникові сум у строки, зазначені в статті 116 цього Кодексу, за відсутності спору про їх розмір, підприємство, установа, організація повинні виплатити працівникові його середній заробіток за весь час затримки по день фактичного розрахунку.

За наявності спору про розміри належних звільненому працівникові сум власник або уповноважений ним орган повинен сплатити зазначене в цій статті відшкодування в тому разі, коли спір вирішено на користь працівника. Якщо спір вирішено на користь працівника частково, то розмір відшкодування за час затримки визначає орган, який виносить рішення по суті спору.

До січня 2014 року, вирішуючи трудові спори, суди застосовували правову позицію Верховного Суду України щодо періоду виплати середнього заробітку за статтею 117 Кодексу, яка була викладена ним у пункті 20 постанови Пленуму «Про застосування законодавства про оплату праці» від 24 грудня 1999 року. А саме: установивши під час розгляду справи про стягнення заробітної плати у зв'язку із затримкою розрахунку у разі звільнення, що працівникові не були виплачені належні йому від підприємства, установи, організації суми в день звільнення, коли ж він у цей день не був на роботі, – наступного дня після пред'явлення ним роботодавцеві вимог про розрахунок, суд на

підставі статті 117 Кодексу стягує на користь працівника середній заробіток за весь період затримки розрахунку, а у разі не проведення його до розгляду справи – по день постановлення рішення, якщо роботодавець не доведе відсутності в цьому своєї вини.

Тобто Верховний Суд України в 1999 році дійшов висновку, що період, за який застосовується відповідальність за затримку розрахунку при звільненні, обмежується датою постановлення рішення судом. Закономірно, що ця дія суду – постановлення рішення – може мати місце виключно у разі судового розгляду трудового спору. Тобто обмеження періоду, за який застосовується відповідальність за статтею 117 Кодексу, датою постановлення рішення має місце у разі застосування судом норми матеріального права (статті 117 Кодексу) до правовідносин сторін.

Проте останнім часом судова практика почала змінюватися. 29 січня 2014 року Верховний Суд України у постанові по справі № 6-144цс13 змінив правила застосування статті 117 Кодексу до правовідносин сторін. Суд у вказаній постанові зазначив, що не проведення з вини роботодавця розрахунку з працівником у строки, визначені у статті 116 Кодексу, є підставою для відповідальності, передбаченої статтею 117 зазначеного Кодексу, тобто виплати працівникові його середнього заробітку за весь час затримки по день фактичного розрахунку. Після ухвалення судового рішення про стягнення заборгованості із заробітної плати роботодавець не звільняється від такої відповідальності. Таким чином, Верховний Суд України принципово змінив підхід до визначення періоду відповідальності роботодавця у разі затримки розрахунку з працівником при звільненні. Відтепер такий період обмежений виключно датою фактичного розрахунку, факт винесення рішення судом по справі вже не обмежує вказаний період.

Цей приклад вказує на те, що тлумачення та застосування норми трудового законодавства залежить від рішень Верховного Суду України та застосування ним кожної конкретної норми. Це характеризує судову практику як джерело трудового права.

Аналіз останніх правових позицій з розгляду трудових спорів, зокрема, за 2016-2017 рр. свідчить про те, що з внесенням істотних змін до трудового законодавства судова практика з трудових питань, яка формувалася десятиліттями, виявилась застарілою, наслідком чого є неоднакове застосування судами норм трудового права.

Висновки.

Отже, роль судової практики полягає в тому, що вона виступає критерієм правильного й однакового (однозначного) застосування норм трудового законодавства, сприяє виявленню прогалин у трудовому законодавстві, неоднозначності змісту окремих його норм, а також створює основу для вдосконалення норм і розвитку трудового законодавства.

Також варто звернути увагу на те, що з набуттям чинності новим Трудовим кодексом України однією з основних проблем, з якою доведеться певний час миритися як працівникам, так і роботодавцям, є те, що вся судова практика з трудових питань, яка формувалася десятиліттями, виявиться застарілою, а для формування нової знадобиться досить тривалий час. А отже, в цій площині насправді можуть виникнути проблеми неоднакового застосування судами норм трудового права, що може стати причиною порушення прав та інтересів не лише працівників, але й роботодавців.

Список використаних джерел:

1. Жигалкін П. І., Прилипко С. М., Ярошенко О. М. Судова практика та її значення для регулювання відносин у сфері праці: монографія. Харків: Вид-во «ФІНН», 2008. 544 с.

2. Кельман М. С. Конституційний контроль як засіб захисту конституцій у національних правових системах континентального права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2001. 19 с.

3. Савчин М. В. Конституційний суд України як гарант конституційного ладу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2003. 17 с.

4. Ломакина С. В. Судебная практика и ее роль в развитии трудового законодательства России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Москва, 2012. 34 с.

5. Костюк В. Л. Джерела трудового права України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. К., 2000. 20 с.

6. Ярошенко О. М. Джерела трудового права України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. Х., 2007. 42 с.

7. Костюк В. Л. Правові акти Верховного суду України в системі джерел трудового права. Актуальні проблеми держави і права. 2015. Вип. 75. С. 323–329.

8. Кіт О. І. Акти судової влади як джерела трудового права України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2013. 16 с.

В статье проанализировано понятие судебной практики, определена ее роль в развитии трудового законодательства Украины и место в системе источников трудового права. На основании анализа последних правовых позиций по рассмотрению трудовых споров сделан вывод о том, что с внесением существенных изменений в трудовое законодательство судебная практика по трудовым вопросам, которая формировалась десятилетиями, оказалась устаревшей, следствием чего является неодинаковое применение судами норм трудового права.

Ключевые слова: судебная практика, решения Конституционного Суда Украины, источники трудового права, правовые акты Верховного Суда Украины, трудовое законодательство.

The article analyzes the concept of judicial practice, defines its role in the development of labor legislation of Ukraine and its place in the system of sources of labor law. Based on the analysis of the latest legal positions on the consideration of labor disputes, it is concluded that with the introduction of significant changes in the labor legislation, the judicial practice on labor issues, which was formed over decades, was outdated, resulting in the unequal application of labor law by the courts.

Key words: judicial practice, decisions of the constitutional Court of Ukraine, sources of labor law, legal acts of the Supreme Court of Ukraine, labor legislation.

УДК 342.734

Олена Гостюк,
аспірант кафедри трудового та господарського права
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПРАВО НА ПРАЦЮ ЯК СУБ'ЄКТИВНЕ ПРАВО ЛЮДИНИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ ПОГЛЯД НА ПРОБЛЕМУ

Проаналізовані основні доктринальні підходи щодо категоріальної сутності поняття «право на працю» та з'ясована позиція законодавця у вирішенні даного питання. Проаналізовані рішення Конституційного Суду України в контексті семантики та правової природи права на працю в умовах сучасності. Визначені роль та місце права на працю в системі основних прав людини. З урахуванням аналізу положень законодавства та наукових точок зору з приводу етимології поняття «право на працю» запропоновано авторське визначення відповідної категорії правової дійсності.

Ключові слова: право на працю, право на роботу, реалізація права на працю, право на працю як суб'єктивне право, свобода праці, право індивідуального вибору.

Постановка проблеми. Не викликає заперечення той факт, що право на працю належить до числа фундаментальних прав і свобод людини. Така ситуація має об'єктивне пояснення, адже в основі відповідного права праця – природна властивість людини, її сутність та потреба. А тому право на працю та його реалізація є надто важливими для людини, яка є носієм здатності до праці, та суспільства, в якому та заради добробуту якого така праця здійснюється. А тому не є перебільшенням твердження, що таке право потребує належного правового механізму як здійснення, так і захисту у разі створення перепон на шляху його реалізації. Крім того, право на працю не втрачає своєї актуальності з огляду на категоріальну сутність юридичної конструкції, якою є «право на працю» у правовій доктрині. А зважаючи на вагому роль у житті людини, суспільства і держави, особливої значимості набуває і проблема нормативного вирішення відповідного питання. Адже неоднозначність на рівні закону, безсумнівно, є перепоною на шляху реалізації будь-яких прав і свобод людини, в тому числі і права на працю.

Стан дослідження. З огляду на свою актуальність та важливість, право на працю є предметом численних наукових дискусій та об'єктом наукових досліджень. Зокрема, фундаментальною основою та пріоритетним напрямом подальших наукових досліджень відповідної тематики вважаються монографії А. Є. Пашерстника (Пашерстник А. Е. Право на труд. Очерки по советскому праву. М: Академия наук СССР, 1951. 228 с.), О. В. Смирнова (Смирнов О. В. Природа и сущность права на труд в СССР. М.: Юрид. лит-ра, 1964. 210 с.), О. І. Процевського (Процевський О. І. Методологічні засади трудового права : монографія. Х.: ХНАДУ, 2014. 260 с.). Вагомий внесок у розвиток доктринальних досліджень з приводу даної проблеми здійснили С. М. Братусь, Р. З. Лівшиць та Ю. К. Толстой. Окремі аспекти даної проблеми на сторінках наукових журналів, у матеріалах круглих столів і науково-практичних конференцій висвітлюють такі вчені: Л. Ю. Бугров, В. Я. Бурак, В. В. Жернаков, Н. Д. Гетьманцева, Г. С. Гончарова, О. В. Карпушкін, О. О. Конопельцева, Є. В. Краснов, П. Д. Пилипенко, В. І. Прокопенко, Г. І. Чанишева, В. І. Щербина, М. М. Якименко, О. М. Ярошенко та інші вчені.

Постановка завдання. З огляду на фундаментальний характер та пріоритетне значення права на працю в системі прав людини, метою відповідної статті є теоретико-правовий аналіз категоріальної сутності права на працю за законодавством України та з'ясування правової природи права на працю у сучасному вимірі.

Виклад основного матеріалу. Традиційною є думка, що право на працю належить до числа фундаментальних прав людини, що визнані міжнародним співтовариством та закріплені на національному рівні. Своєю чергою, фундаментальність права на працю пояснюється ключовим значенням праці в житі кожного індивіда та суспільства в цілому.

Так, М. І. Марчук, аналізуючи дане питання, стверджує, що право на працю є уособленням соціальних можливостей людини, які виражають потребу людини у праці та є результатом її біологічного та соціального розвитку. А основою даного права, за слова-

© О. Гостюк, 2018

ми науковця, є природна здатність до праці, що належить людині, зважаючи на її людську природу [10, с. 193].

З іншого боку, праця як об'єкт потреби пов'язана із соціальною сутністю людини. Праця є дійсно складним і багатогранним процесом взаємодії людини з природою та довкіллям, вона забезпечує фізіологічний і духовний рівень життя людини та суспільства відповідно до досягнутого суспільного прогресу. Працею і тільки працею людини створюються матеріальні і духовні цінності, завдяки яким існує і може існувати суспільство [13, с. 19, 27], праця дає людині «можливість повністю реалізувати свій людський потенціал» [3, с. 87].

Потреба ж у праці належить до головних у системі відносин особистості, тому за своїм призначенням праця є тією потребою людини, яка здатна задовольнити всі запити та інтереси як окремої людини, так і суспільства й держави. При цьому сама праця може проявлятися як мотив і виступати як об'єкт потреби [4, с. 64].

Отже, що являє собою «праця» та яке її значення в житті кожного індивіда та суспільства в цілому, з'ясуємо в процесі аналізу окремих наукових точок зору.

Так, О. В. Карпушкін зазначає, що праця є основною формою діяльності, історично вихідною «клітинкою» всіх форм діяльності людини. Її важливою сутнісною характеристикою є те, що трудова діяльність – це не лише задоволення природних потреб людини, але і спосіб її існування, основа всіх її багатопланових взаємозв'язків. Тобто праця, створюючи основу матеріального буття людини, окрім цього, належить до всіх сфер взаємин між людьми, які, на перший погляд, до праці не мають жодного відношення. Проте будь-які взаємозв'язки в суспільстві або засновані на трудовій діяльності, або виникають у зв'язку з використанням результатів праці [7, с. 14].

Цікаву точку зору з приводу цього питання висловив Р. Н. Зиятдинов, який, зокрема, визначає працю як основний спосіб самореалізації людини, вираження її внутрішнього потенціалу, перетворення зовнішньої необхідності у внутрішню потребу [6, с. 14].

Своєю чергою досить ґрунтовно до визначення категоріальної сутності поняття «праця» підходить О. М. Ярошенко. Зокрема, науковець стверджує, що «праця – головна сила, глибинний матеріальний зв'язок, який поєднує всіх членів суспільства, всі його соціальні групи в єдине ціле, в єдиний соціальний орган і визначає взаємодію між його елементами. Уся складна побудова суспільства й суспільних відносин будується на фундаменті праці, трудової діяльності в різних її проявах» [18, с. 24].

У контексті вищезазначеного, на наш погляд, доречними є слова фундатора наукової думки О. І. Процевського: «Праця – це людська суть, власне - сама людина, для розвитку якої й існує держава. Тому держава й визнала та закріпила в Конституції України саме право на виявлення своєї людської суті, на вільну можливість її виявлення» [13, с. 81].

Тому і саме з цією метою право на працю займає надзвичайно важливе місце в системі основних прав людини, а в її житті – має неоціниме значення. Зважаючи на це і враховуючи, що для реалізації всіх можливостей, які створюються завдяки праці, людина повинна мати гарантоване право таку працю здійснювати.

Отже, ст. 43 Основного Закону держави проголошує, що кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно вибирає або на яку вільно погоджується. Відповідне твердження, на переконання більшості науковців, є відображенням загальновизнаних міжнародних стандартів у сфері праці та усталеної практики міжнародного співтовариства.

Але, що лежить в основі концептуального розуміння та сутнісного призначення даної категорії, з'ясуємо в процесі теоретико-правового аналізу законодавства та правової доктрини.

Так, на думку О. І. Процевського, щоб зрозуміти зміст права на працю, що закріплено в Конституції України, треба розкласти його на частини. Перша частина стосується самого права на працю. Цікаво, що йдеться про природне право людини, але воно закріплене в Основному Законі держави. Тому, керуючись ст. 3 Конституції України (далі – КУ), можна з упевненістю стверджувати, що мета такої редакції – скоріше наголосити про обов'язок держави гарантувати забезпечення своїх громадян роботою, завдяки якій і будуть створюватися матеріальні і духовні цінності для існування суспільства і самої держави. Тому в другій частині змісту права на працю йдеться не про право як таке, а про наслідки для працівника, який буде застосовувати свою унікальну природну здатність до праці – «можливість заробляти собі на життя працею». І саме тут підкреслюється, що ця можливість заробляти собі на життя позбавлена примусу: «вільно обирати собі роботу, або вільно погоджуватися на ту, яку громадянину пропонують» [14, с. 252-253].

Таким чином, О. І. Процевський стверджує, що право на працю передбачає кореспондуючий обов'язок держави гарантувати забезпечення своїх громадян роботою. Зауважимо, що ст. 2 Кодексу законів про працю

України категорії «право на працю» та «право на роботу» розглядає як тотожні, у зв'язку з чим проголошує, що право громадян на працю, тобто на одержання роботи, включаючи право на вільний вибір професії, роду занять і роботи, забезпечується державою.

Однак у сучасному вимірі сутність права на працю зводиться до того, що дане право надає кожній працездатній особі можливість самостійно розпоряджатися своєю здатністю до праці, проте не гарантує реальне забезпечення її конкретною роботою [9, с. 150].

Так, О. О. Конопельцева стверджує, що право на працю є невід'ємним правом людини, а держава відповідальна за його реалізацію. Саме тому право на працю перебуває в центрі уваги науки трудового права як одне з найважливіших соціально-економічних прав, оскільки з правом на працю пов'язані всі інші права та обов'язки працівника [8, с. 76].

Своєю чергою, ч. 2 ст. 43 КУ визначає, що держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю, гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності, реалізовує програми професійно-технічного навчання, підготовки і перепідготовки кадрів відповідно до суспільних потреб.

З приводу колізійної ситуації маємо офіційну позицію Конституційного Суду України (далі – КСУ). Так, право на працю відповідно до рішення № 8-рп/2007 від 16 жовтня 2007 року означає можливість кожного заробляти собі на життя працею, вільно вибирати професію чи спеціальність відповідно до своїх здібностей і бажань, реалізовувати свої бажання щодо зайняття працею за трудовим договором (контрактом) на підприємстві, в установі, організації незалежно від форм власності або самостійно забезпечувати себе роботою [15]. А згідно з рішенням № 14-рп/2004 від 7 липня 2004 року право на працю є невідчужуваним і по суті означає забезпечення саме рівних можливостей кожному для його реалізації. Стосовно ролі держави, яку вона відіграє у процесі реалізації права на працю, КСУ сформулював такий висновок: «Виходячи із зазначеної позиції, можна стверджувати, що право на працю означає не гарантування державою працевлаштування кожній особі, а забезпечення саме рівних можливостей для реалізації цього права [17].

Крім того, у рішенні КСУ від 15 жовтня 2013 року у справі № 1-18/2013 зазначено, що право на працю є природною потребою людини своїми фізичними та розумовими здібностями забезпечувати своє життя [16]. Дане твердження, на наш погляд, підтверджує, що в процесі забезпечення практичної реалізації права на працю держава відповідальна за створення умов та організацію сприятливого середовища, щоб праця та її здійснення не лише приносили людині заробіток, але й сприяли її розвитку як особистості та фахівця своєї справи.

Повертаючись до тверджень О. І. Процевського з приводу досліджуваної проблематики, відзначимо, що ідею про суб'єктивний характер права на працю він не заперечує, у зв'язку з чим зазначає: «Якщо праву людини у сфері праці кореспондує обов'язок конкретного суб'єкта – держави або роботодавця, то таке право є суб'єктивним. З огляду на це науковець дійшов висновку, що усі права і свободи людини у сфері праці, у тому числі і право на працю, що закріплені в нормативно-правових актах міжнародного і національного законодавства, є суб'єктивними правами людини [13, с. 65-67].

Та, зрештою, ідея про суб'єктивний характер права на працю в умовах сучасності є домінантною для науки трудового права.

До прикладу, переконливими є твердження Н. Д. Гетьманцевої, яка розглядає право на працю як суб'єктивне право у широкому та вузькому значеннях. У широкому розумінні право на працю – це право кожного громадянина вимагати у держави створення правових механізмів, які гарантують кожному громадянину можливість вибору місця роботи, виду діяльності та роду занять, а також створюють умови і фактори, що спрямовані на реалізацію права на працю, самовираження людини у процесі трудової діяльності та її захист. У вузькому розумінні – це забезпечене і гарантоване на конституційному рівні право особи мати можливість реалізувати свою здатність до праці шляхом укладення трудового договору чи в інший спосіб для задоволення своїх матеріальних і духовних потреб, а отже, юридично гарантована можливість вимагати від роботодавця усунення незаконних перепон для реалізації даного права [3, с. 87-88].

Наукову точку зору щодо суб'єктивного характеру права на працю підтримав і А. В Пономаренко. Так, досліджуючи це питання, науковець дійшов висновку: «Оскільки право на працю є конституційним правом, яке дає право особі реалізовувати свою здібність до праці, а держава має обов'язок надати особі можливість для реалізації права на працю – можна стверджувати, що право на працю, закріплене в Конституції, є суб'єктивним правом [12, с. 75].

Визначаючи право на працю з точки зору його суб'єктивних властивостей, окремо скажемо про зміст відповідного поняття.

Так, конституційне право на працю включає право вільного вибору праці. Вільний вибір праці та вільне погодження на неї, за словами Л. Д. Нечипорук, означає, що тільки самій людині належить виключне право розпоряджатися своїми здібностями до творчої і продуктивної праці. При цьому людина може вибрати той чи інший вид діяльності і рід занять [11, с. 192]. А О. М. Ярошенко зауважує, що в основі права працівника самому розпоряджатися здібностями до праці лежить не право власності, а міжнародно визнане і конституційно закріплене право людини на вільний розвиток [18 с. 24].

З огляду на вищезазначене правило, можемо констатувати, що людина вільна у своєму виборі, а отже, норма ст. 43 Конституції України опосередковано визначає принцип свободи праці.

Так, К. Ю. Герман зазначає, що свобода праці походить від природного стану людини, яка народжується вільною і повинна залишатися такою протягом усього свого життя [2, с. 25].

Т. А. Занфірова, досліджуючи питання свободи праці та аналізуючи дану проблему на рівні законодавства, зазначає, що особливість принципу свободи праці виражається у вигляді комплексу можливостей власника цієї свободи, однак не обмежується лише такими можливостями, позаяк стосується також обов'язків інших осіб стосовно власника цієї свободи [5, с. 137].

У свою чергу російські дослідники В. І. Анішина та Ю. П. Попонов не обмежують інтерпретацію даного поняття однозначним розумінням та пропонують визначати свободу праці в широкому та вузькому значеннях. Широке розуміння охоплює активний та пасивний прояви. Активна форма передбачає можливість людини вільно розпоряджатися своїми здібностями до праці шляхом вступу у будь-які суспільні відносини з приводу праці. Натомість пасивна форма передбачає відмову від будь-яких дій взагалі. Вузьке розуміння свободи праці зводиться до можливості реалізації своїх здібностей до праці поза будь-якими формами примусу до неї [1, с. 88, 90].

Висновки.

Таким чином, аналізуючи вищенаведені положення, ми доходимо висновку, що ідея про суб'єктивний характер права на працю є такою, що характеризує природу відповідної категорії в повному обсязі з урахуванням сутнісного значення його конструктивних властивостей. З огляду на це ми стверджуємо, що право на працю не варто зводити виключно до сфери трудового права та праці, що реалізується в межах трудової діяльності. На наше переконання, відповідне право охоплює цілий комплекс можливостей людини, які вона здатна реалізувати через те, що володіє природною здатністю до праці. Але зауважимо, що особливе значення дане право набуває саме в площині трудових правовідносин. І з урахуванням специфіки трудової діяльності як такої право на працю, на нашу думку, варто розглядати з позиції комплексного підходу, що охоплює такі структурні елементи: 1) право на працю – це законодавчо визначена та гарантована можливість реалізувати свою природну здатність до праці та потребу в ній; 2) це суб'єктивна можливість індивідуального вибору – працювати чи ні, а якщо так – свобода вибору професії та роду трудової діяльності; 3) право здійснювати працю в умовах, що є найбільш оптимальними для задоволення потреб та інтересів працівника, включаючи право на справедливу оплату праці, на належні, безпечні і здорові умови праці; 4) право на захист від зловживань та порушень у сфері праці.

Таким чином, право на працю як суб'єктивне право людини – це законодавчо визначена та гарантована можливість індивідуального вибору у сфері праці, що реалізується шляхом вступу у трудові правовідносини, здійснення трудової діяльності, відмови від участі у такій, здійснення праці в умовах, що відповідають міжнародним стандартам у сфері праці та є оптимально сприятливими для задоволення потреб та інтересів найманих працівників.

Список використаних джерел:

1. Анишина В.И., Попонов Ю.Г. Свобода труда или право на труд. Актуальные вопросы правоприменения. 2007. № 4 (124). С. 86-96.
2. Герман К.Ю. Принцип свободи трудового договору в системі правових принципів. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2015. Вип. 35. Ч. II. Т. 2. С. 24-28.
3. Гетьманцева Н.Д. Забезпечення реалізації права на працю і захисту громадян від безробіття. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 6. С. 84-89.
4. Гетьманцева Н.Д. Поняття і сутність праці як правової категорії. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 7. С. 60-65.
5. Занфірова Т.А. Основні складові принципу свободи праці. Науковий вісник публічного та приватного права. 2016. Вип. 1-1. С. 135-138.
6. Зиятдинов Р.Н. Отношение к труду как ценности: дис. ... канд. филос. наук: 09.00.11. Пермь, 2004. 146 с.
7. Карпушкин А.В. Конституционные права и свободы в сфере труда в России: монография. М.: Юрлитинформ, 2013. 304 с.

8. Конопельцева О.О. Юридична характеристика права на працю: поняття і зміст. Право і суспільство. 2016. № 6. Ч. 2. С. 74-81.

9. Краснов Є.В. Право на працю за законодавством України та деяких зарубіжних країн. Вісник Запорізького національного університету. 2015. № 1 (1). С. 147-153.

10. Марчук М.І. Право на працю у конституційно-правовій доктрині України. Сфера дії трудового права та права соціального забезпечення: матер. V Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 28 жовтня 2016 р.). С. 191-194.

11. Нечипорук Л.Д. Конституційне право на працю. Конституційне будівництво в Україні: теорія та практика: матер. Міжнар. наук.- практ. конф., присвяченої 4-й річниці Конституції України. 1-3 червня 2000 року / голов. ред. Г.М. Курій; орг. Комітет В. Я. Тацій. Ужгород : Закарпаття, 2000. С. 191-195.

12. Пономаренко А.В. Окремі проблеми визначення сутності права на працю в умовах соціально-орієнтованої економіки. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2014. Випуск 6-1. Том 2. С. 73-75.

13. Процевський О.І. Методологічні засади трудового права: монографія. Х.: ХНАДУ, 2014. 260 с.

14. Процевський О.І. Чи справді держава не гарантує громадянам право на працю? Право України. 2014. № 1. С. 249-257.

15. Рішення Конституційного Суду України № 8-рп/2007 від 16 жовтня 2007 року у справі 8-рп/2007. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-07

16. Рішення Конституційного Суду України від 15 жовтня 2013 року у справі № 1-18/2013. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-13

17. Рішення Конституційного Суду України від 7 липня 2004 року у справі № 14-рп/2004. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v014p710-04

18. Ярошенко О.М. Основні напрями утвердження засад соціальної держави у трудовому праві. Право та інновації. 2016. № 1 (13). С. 23-29.

Проанализированы основные доктринальне подходы к категориальной сущности понятия «право на труд» и выяснена позиция законодателя по решению данного вопроса. Проанализированы решения Конституционного Суда Украины в контексте семантики и правовой природы права на труд в условиях современности. Выяснена роль и место права на труд в системе основных прав человека. С учетом анализа положений законодательства и научных точек зрения о семантике понятия «право на труд» предложено авторское определение соответствующей категории правовой действительности.

Ключевые слова: право на труд, право на работу, реализация права на труд, право на труд как субъективное право, свобода труда, право индивидуального выбора.

The main doctrinal approaches concerning the categorical essence of the concept of "right to work" are analyzed and the position of the legislator in solving this question is clarified. The decisions of the Constitutional Court of Ukraine in the context of the etymological essence and the legal nature of the right to work in the present conditions are analyzed. The role and place of the right to work in the system of basic human rights are determined. Taking into account the analysis of the provisions of the legislation and the scientific points of view concerning the etymology of the concept of "the right to work", an author's definition of the appropriate category of legal reality is proposed.

Key words: right to work, right to work, realization of the right to work, right to work as a subjective right, freedom of work, right of individual choice.

УДК 349.42

Тетяна Курман,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри земельного та аграрного права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ВИКОРИСТАННЯ БІОТЕХНОЛОГІЙ В УМОВАХ СТАЛОГО РОЗВИТКУ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ВИРОБНИЦТВА

Стаття присвячена аналізу теоретичних і правових засад використання біотехнологій в процесі сільськогосподарського виробництва за умов забезпечення його сталого розвитку, а також формулюванню на його основі висновків і пропозицій, спрямованих на вдосконалення чинного аграрного законодавства у зазначеній сфері.

Ключові слова: біотехнологія, генетично модифікований організм, сільськогосподарське виробництво, сталий розвиток, біопестициди.

Постановка проблеми. Останнім часом як в Україні, так і в усьому світі у зв'язку з розвитком генної інженерії та біотехнологій все більшого поширення в процесі сільськогосподарського виробництва набуває використання результатів останніх, з'являється чимало трансгенної сільськогосподарської продукції рослинного і тваринного походження. Сьогодні Україна розглядається біотехнологічними компаніями світу як привабливий ринок вирощування і збуту трансгенної сільськогосподарської продукції та як лабораторія для проведення експериментів. Натепер, за оцінками фахівців, у різних регіонах України вирощується до 80 % генетично модифікованої сої, насаджень трансгенної кукурудзи – понад 20 %, соняшнику – 10 % тощо, а загалом під ГМ-сільгоспкультурами вже зайнято понад 1 млн. га (понад 3 % усіх сільськогосподарських угідь). Проте офіційних даних із цього приводу немає [1, с. 217, 219]. У зв'язку з цим виникає питання: чи можуть використовуватися біотехнології за умов сталого розвитку сільськогосподарського виробництва і яким чином дані відносини мають бути врегульовані?

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Незважаючи на відносну новизну проблеми правового регулювання відносин у сфері використання біотехнологій і ГМО в процесі сільськогосподарського виробництва, її актуальність вже викликала чималий інтерес з боку наукової спільноти. Дану проблематику досліджували у своїх роботах такі вчені-правознавці, як: Г. І. Балюк, А. П. Гетьман, І. В. Гиренко, В. М. Єрмоленко, В. С. Кайдашов, Т. О. Коваленко, В. В. Курзова, В. І. Курило, Л. В. Лейба, О. І. Менів, Д. С. Піддубна, О. Ю. Піддубний, Л. В. Струтинська-Струк, В. Ю. Уркевич та ін. Однак питання правових засад використання біотехнологій саме в умовах забезпечення сталого розвитку сільськогосподарського виробництва поки що залишаються не досить дослідженими аграрно-правовою наукою, що робить їх дослідження вкрай актуальним.

Метою даної статті є аналіз теоретичних та правових засад використання біотехнологій в процесі сільськогосподарського виробництва за умов забезпечення його сталого розвитку, а також формулювання на його основі висновків і пропозицій, спрямованих на вдосконалення чинного аграрного законодавства у зазначеній сфері.

Виклад основного матеріалу. Слід погодитися з І. І. Бочковою в тому, що розвиток біотехнологій у найширшому розумінні охоплює два етапи: стародавній і сучасний [2, с. 159]. Якщо звернутися до історії, то першими почали використовувати біотехнології ще стародавні землероби, виявивши, що додавання дріжджів до кіста дозволяє отримати м'який хліб, а виноградний сік таким чином перетворюється на вино. У такий же спосіб можна приготувати сири, пиво, кисломолочні продукти, оцет, обробити льон чи шкіру. Так людина застосувала першу біотехнологію. Надалі протягом тривалого часу біотехнологія застосовувалась лише у харчовій і переробній промисловості. Сам термін «біотехнологія» з'являється лише у 20-30-х роках минулого століття. Саме в цей час набуває значного поширення використання мікробіологічного методу боротьби зі сільськогосподарськими шкідниками [3, с. 10]. І тільки наприкінці XX століття можливості біотехнологій значно розши-

© Т. Курман, 2018

рилися у зв'язку з початком використання біохімічних механізмів живих організмів у тому числі й у сфері сільського господарства. Наприкінці 1980-х років американською фірмою Monsanto було розроблено перші трансгенні продукти. Через 10 років у США у продажу з'явилися перші генетично модифіковані помідори. Натепер у світі масово вирощуються ГМ-сорти переважно чотирьох видів сільськогосподарських культур: соя, кукурудза, бавовна та ріпак.

Сфера біотехнологій – це сукупність видів наукової і технічної діяльності у різних галузях суспільного буття, що включає застосування прийомів та методів використання біологічних процесів з метою задоволення потреб людини і суспільства [4, с. 41]. В Україні найбільш врегульованими з точки зору права, хоча й недостатньо, є саме відносини у сфері використання ГМО в процесі сільськогосподарського виробництва.

Використання біотехнологій, зокрема ГМО, в процесі сільськогосподарського виробництва дозволить досягти певних позитивних результатів, насамперед вирішити продовольчу проблему. Адже вчені прогнозують кількісне збільшенні населення Землі. Цей процес постійно прискорюється, а проблема забезпечення продовольством щодалі загострюється. Так, станом на 2017 рік населення Земної кулі становило майже 7,3 мрд. осіб, а до 2050 року, за прогнозами ООН, має досягти 10 млрд. Кількість людей, які голодують, кожного року зростає. Враховуючи прискорені темпи виробництва та більш комфортні і менш ризиковані його умови, цілком реальним є збільшення обсягів виробництва продовольства і продовольчої сировини за допомогою біотехнологій та ГМО. Цієї думки дотримується і В. Ю. Уркевич, підкреслюючи, що застосування ГМО у виробництві сільгосппродукції та продуктів харчування дозволяє підвищити врожайність сільськогосподарських культур [5, с. 41].

Іншими позитивними наслідками використання біотехнологій можуть стати: боротьба з відходами сільгоспвиробництва за допомогою біотехнологій; розробка і використання біозасобів боротьби зі шкідниками і хворобами у рослинництві. Так, наприклад, використання біодобрив, біопестицидів та біофертилізаторів у сфері сільськогосподарського виробництва розглядається зарубіжними вченими як засіб збереження агроекосистем та здорового довкілля. А також підкреслюється, що в таких країнах, як Індія, Канада, США, наявне окреме правове регулювання відносин з використання названих біопрепаратів [6]. В Україні, на жаль, відсутній спеціальний нормативний акт, присвячений регулюванню відносин щодо використання біопестицидів та інших біопрепаратів у сфері сільськогосподарського виробництва, що видається суттєвою прогалиною чинного аграрного законодавства. На це звертається увага і в спеціальній літературі [7, с. 5]. Біотехнології також широко використовуються й у тваринництві. Біопрепарати успішно використовуються для лікування хвороб сільськогосподарських тварин, як кормові добавки, силосні закваски тощо. Великого значення останнім часом вони набувають і у кормовиробництві. Адже мікроорганізми здатні накопичувати високий відсоток білка (до 90 %), що легко засвоюється, вітамінів, ферментів, мікроелементів та ін. При цьому їх вирощування – це автоматизований процес, що не вимагає наявності великих площ під вирощування технічних культур, а отже, економить витрати на виробництво.

Однак розвиток сучасних біотехнологій та генної інженерії має не лише позитивні сторони. Насамперед викликає певне занепокоєння те, що наслідки вживання та використання трансгенної сільськогосподарської продукції натепер остаточно не з'ясовані, адже її вживає лише перше покоління людства. Існує потенційна загроза того, що тривале вживання трансгенних продуктів може негативно вплинути на здоров'я людини, призвести до зростання онкологічних захворювань, резистентності організму до антибіотиків, важких алергічних реакцій, оскільки новий білок не повністю перетравлюється організмом і потрапляє в кров, до порушення роботи нервової системи, зору і т. п. Гостро також стоять й інші проблеми: зміни клімату; зростання ризиків виникнення надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру, наслідком яких можуть стають ризики спалахів інфекційних захворювань; знищення біорізноманіття тощо. Так, М. О. Медведєва поділяє небезпеку від використання ГМО на екологічну, біологічну та харчову [8, с. 35]. На наявність потенційних харчових, екологічних, соціально-економічних загроз від використання ГМО у вирощуванні сільськогосподарської продукції рослинного походження вказує й О. І. Менів [9, с. 1].

Отже, як видається, потрібно відійти від спрощеного розуміння біотехнологій в одному аспекті – або як позитивного, або як негативного явища, що зазвичай ми бачимо у літературі чи в Інтернеті. Біотехнології, що використовуються у сфері сільськогосподарського виробництва, доцільно класифікувати на такі види: а) біотехнології, які є корисними для людини та «дружніми» для довкілля. Наприклад, використання біопестицидів з

відповідних мікроорганізмів, які є токсичними для певних сільськогосподарських шкідників, але безпечними для людини, тварин, птахів, корисних комах тощо. Унікальність механізмів дії біопестицидів забезпечує захист від шкідників, стійких до традиційних засобів. Так, вже у 30-х роках минулого століття фермери у США почали використовувати як біопестицид мікроорганізм Bacillus thuringiensis (Bt), природнім середовищем якого є ґрунти, що дозволило знищувати комах-шкідників без застосування синтетичних хімічних засобів, не завдаючи шкоди ні довкіллю, ні людині, ні іншим тваринам чи рослинам; б) біотехнології, що можуть мати потенційний ризик для здоров'я людини чи довкілля, але його можна попередити за допомогою певних превентивних заходів. Для цього необхідною вбачається наявність ефективного правового механізму моніторингу та превенції щодо будь-яких можливих ризиків та несприятливих наслідків від використання біотехнологій у сільськогосподарському виробництві, який потрібно закріпити у законодавстві України. Так, В. Ю. Уркевич пропонує закріпити у законодавстві України й надалі послідовно гарантувати дотримання за допомогою відповідних правових засобів так званого принципу «перестороги» під час використання ГМО. Це означає, що особа, яка займається, наприклад, культивуванням ГМ-рослин, має вжити запобіжних заходів щодо непоширення ГМО на суміжні земельні ділянки тощо [10, с. 67]; в) біотехнології, що можуть мати потенційний або навіть реальний ризик для здоров'я людини чи довкілля, який передбачити, відстежити чи попередити за допомогою наявних натепер технологій та технічних засобів неможливо. Використання останніх в умовах забезпечення сталого розвитку необхідно заборонити. Адже зазначені загрози та ризики не співвідносяться з концепцією сталого розвитку, яка за основу ставить благополуччя людини і збереження довкілля не лише для теперішнього, але й для прийдешніх поколінь, органічно поєднуючи при цьому екологічний, економічний і соціальний складники.

Враховуючи викладене, особливої актуальності набувають питання належної правової регламентації відносин, які виникають у разі використання біотехнологій, зокрема ГМО, в процесі сільськогосподарського виробництва, для забезпечення безпечності трансгенних харчових продуктів рослинного і тваринного походження для споживачів. Дійсно, біотехнології – це прогрес, і ніхто не в змозі йому завадити. Проте задля забезпечення сталого розвитку сільськогосподарського виробництва людство, акумулюючи знання і досягнення природничих, суспільних та інших наук та закріпивши їх у правовій формі, повинно використати всі ті можливі позитивні моменти, які здатне привнести використання біотехнологій у виробництво сільськогосподарської продукції. Однак одночасно право має стати на заваді всім, навіть потенційно можливим, ризикам для життя і здоров'я людини, довкілля, біорізноманіття тощо. Саме тому не можна недооцінювати ролі правових засобів у врегулюванні відносин з використання біотехнологій, зокрема ГМО, у сільськогосподарському виробництві.

Натепер в Україні відсутній спеціальний нормативний акт, присвячений регулюванню відносин щодо використання біотехнологій у сфері сільськогосподарського виробництва, що видається суттєвою прогалиною чинного аграрного законодавства. Чинне законодавство України нині врегульовує лише відносини у сфері використання ГМО. Цьому присвячений Закон України від 31 травня 2007 р. «Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів». Цей Закон вперше врегулював вказані відносини, визначив поняття основних категорій у даній сфері, а також закріпив основні принципи державної політики в галузі поводження з ГМО (ст. 3). При цьому деякі із закріплених принципів мають декларативний характер, не маючи реального механізму реалізації, контролю та юридичної відповідальності. Це, насамперед, стосується принципу загальнодоступності інформації щодо ГМО у відкритій системі та аналогічних положень ст. 20 Закону про доступ до інформації щодо поводження з ГМО. Натепер в Україні не зареєстровано жодного харчового продукту рослинного чи тваринного походження, який містить ГМО чи був виготовлений з ГМО джерел. Слід погодитися з В. Ю. Уркевичем, що навіть побіжне ознайомлення з названим Законом дозволяє стверджувати, що його приписи мають загальний характер, не повною мірою відповідають законодавству ЄС щодо обігу ГМО, більше того, існуючі нормативні приписи майже не виконуються [10, с. 67].

Справді, цей Закон містить значну кількість прогалин, дефектів та правових колізій, а отже, потребує подальшого вдосконалення насамперед з урахуванням вимог законодавства ЄС. Зокрема, питанням регулювання генно-інженерної діяльності у відкритій системі присвячений Розділ IV даного Закону. Звертає на себе увагу той факт, що такий важливий з точки зору екологічної безпеки та забезпечення здоров'я населення

розділ Закону містить лише 2 статті (ст. 13 «Вимоги до ГМО та порядок їх вивільнення у навколишнє середовище з метою апробації (випробувань)» і ст. 14 «Державна реєстрація ГМО та встановлення обмеження щодо їх застосування»). По-друге, знов-таки доводиться констатувати декларативний характер вказаних норм та їх практичну незабезпеченість. Це стосується імперативного положення, закріпленого у ч. 3 ст. 13 цього Закону про заборону вивільнення в навколишнє природне середовище ГМО без оцінки впливу на довкілля та до їх державної реєстрації. При цьому, відповідно до ст. 14 названого Закону, до продукції, яка реєструється у Державних реєстрах ГМО, належать: сорти сільськогосподарських рослин та породи тварин, створені на основі ГМО; ГМО джерела харчових продуктів; ГМО джерела кормів. Ветеринарні препарати, які містять ГМО або отримані з їх використанням, не передбачені ст. 14 Закону. Між тим це питання є вкрай актуальним, адже в традиційному сільгоспвиробництві ветеринарні препарати використовуються досить активно і їх використання безпосередньо може справляти вплив на безпечність та якість сільськогосподарської продукції тваринного походження. Отже, вбачається доцільним внести доповнення до ч. 3 ст. 14 вказаного Закону щодо віднесення ветеринарних препаратів, які містять ГМО або отримані з використанням ГМО, до продукції, яка реєструється у Державних реєстрах ГМО. Окремим питанням постає проблема подальшого правового регулювання ГМО після їх вивільнення у відкриту систему, що, власне кажучи, вже має місце на практиці. Чинний Закон із цього приводу не містить жодних норм, не вирішується дане питання й на рівні інших нормативно-правових актів, що так само є суттєвою прогалиною законодавства.

Так само неефективними вбачаються і норми щодо відповідальності за порушення законодавства в галузі поводження з ГМО. Згідно зі ст. 18 вказаного вище Закону, порушення вимог даного закону тягне за собою цивільну, адміністративну, дисциплінарну та кримінальну відповідальність згідно із законом. Але реального, дієвого та ефективного механізму контролю та відповідальності у вказаній сфері натепер немає. Як свідчить практика, Реєстри ГМО порожні, в них відсутня будь-яка інформація, але одночасно в Україні безконтрольно використовуються генетично модифіковані соєві концентрати, кормові добавки в птахівництві, ГМО насіння і посадковий матеріал сільськогосподарських рослин, ГМО продукція у молочній, кондитерській промисловості, про що споживачі не повідомляються, і жодного випадку притягнення винних до відповідальності не зафіксовано.

Звертає на себе увагу і «розмаїття» закріплених у розділі II Закону України «Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів» суб'єктів, що мають забезпечувати його виконання. Відповідно до ст. 6 цього Закону його виконання забезпечують центральні органи виконавчої влади та науково-методологічний центр з питань випробувань ГМО у межах своїх повноважень і в порядку, передбаченому законодавством України. У цьому розділі Закону міститься 11 статей (на відміну, наприклад, від 2 статей у Розділі IV, який присвячено питанням регулювання генно-інженерної діяльності у відкритій системі), де закріплено низку органів регулювання з переліком їхніх повноважень у даній сфері. Дійсно, відносини з використання біотехнологій і, зокрема, ГМО в процесі сільськогосподарського виробництва є складними та багатоаспектними, звичайно виникає потреба об'єднання зусиль різних державних інституцій для їх регулювання та контролю у вказаній сфері. Проте, як видається, таке значне розпорошення функцій, у тому числі контролюючих, з такого значного кола суб'єктів без наявності єдиного об'єднуючого центру робить регулювання відносин з використання біотехнологій та ГМО у сільському господарстві неефективним та недієвим. Це підтверджує і практика, про що йшлося вище. Між тим, як зазначається у спеціальній літературі, створення єдиного спеціального державного органу, на якого на законодавчому рівні було би покладено здійснення контролю у сфері поводження з ГМО, повністю відповідало б вимогам п. 1 ст. 11 Директиви 90/219/ЕЄС від 23 квітня 1990 року про обмежене використання генетично модифікованих організмів [11, с. 196].

Таким чином, чинне законодавство України, яке регулює порядок обігу ГМО, його використання в процесі сільськогосподарського виробництва, а також подальшого обігу трансгенної сільськогосподарської продукції, містить значну кількість прогалин та правових колізій, а отже, потребує подальшого вдосконалення з урахуванням вимог законодавства ЄС. Натепер Україна на відміну від держав Європейського Союзу має недосконалу і не дуже ефективну законодавчу базу щодо поводження з ГМО, тому українські споживачі не захищені від трансгенних продуктів харчування рослинного та тваринного походження і не поінформовані щодо цього. Споживач же має бути

проінформований про всі характеристики таких харчових продуктів: про їх склад, харчову цінність, вплив на організм і т. п. – і вибір щодо споживання чи використання такої продукції зробити самостійно.

Висновки.

Правова регламентація використання біотехнологій у сфері сільськогосподарського виробництва дуже складна, оскільки охоплює широку сферу суспільних відносин, пов'язаних із захистом прав людини на життя та здоров'я, забезпеченням продовольчої безпеки, безпечністю та якістю продуктів харчування рослинного і тваринного походження, із біологічним різноманіттям, інтелектуальною власністю, етичними та релігійними переконаннями, ризиком для здоров'я людини, захистом прав споживачів, охороною довкілля та ін. Тому вкрай нагальними вбачаються як вдосконалення чинного Закону України «Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів», так і розробка ефективної, дієвої законодавчої бази у сфері регулювання відносин з використання біотехнологій в цілому у процесі сільськогосподарського виробництва. Порядок та правила використання біотехнологій у вказаній сфері мають знайти своє закріплення на законодавчому рівні. Як вбачається, існують два шляхи це зробити: або шляхом розробки і прийняття загального Закону України «Про біотехнології у сільському господарстві», або шляхом прийняття законодавчих актів більш вузької сфери дії – Законів «Про біопестициди» чи «Про біологічний захист сільськогосподарських рослин», «Про біозасоби у тваринництві» тощо. Потреба у прийнятті таких нормативних актів має зумовлюватися розвитком науково-технічного прогресу та суспільних відносин з використання окремих біотехнологій та їх результатів у сфері сільськогосподарського виробництва. Все це вбачається необхідним для того, щоб забезпечити сталий розвиток сільськогосподарського виробництва, виключивши усі можливі ризики для життя та здоров'я людини, довкілля, біологічного різноманіття тощо під час використання біотехнологій у виробництві сільськогосподарської продукції рослинного і тваринного походження.

Список використаних джерел:

1. Курило В.І., Гиренко І.В. Актуальні питання державного контролю у сфері забезпечення біобезпеки при поводженні з ГМО у світлі глобалізації проблеми збереження фіторізноманіття. Науковий вісник НУБіП. Серія «Право» / голова редкол.: Д.О. Мельничук. 2012. Вип. 173. Ч. 3. С. 208-223.

2. Бочкова І.І. Біотехнологія як базис інноваційного розвитку держави. Правове забезпечення комерціалізації результатів досліджень і розробок: матер. наук.-практ. конф. (м. Харків, 22 травня 2012 р.) / редкол.: С.М. Прилипко, Ю.Є.Атаманова,Д.В.Задихайло.Х.:НДІПЗІР,2012. С. 158-161.

3. Лещинская И.Б. Современные проблемы биотехнологии. Биотехнология вчера, сегодня, завтра : докл., 23-24 января 1989 г. / отв. ред. И.А. Коновалов. Казань: изд-во Казанского ун-та, 1990. 32 с.

4. Піддубний О.Ю. Правовідносини у сфері біотехнологій: перспективи розвитку: монографія. К.: Іридіум, 2016. 352 с.

5. Актуальні проблеми правового забезпечення продовольчої безпеки України: монографія. / О.М. Батигіна, В.П. Жушман, В.М. Корнієнко та ін. / за ред. В.Ю. Уркевича та М.В. Шульги. Х.: «ФОП Шевченко С.О.», 2013. 326 с.

6. Arjjumend Hasrat. Ukrainian legislation for safeguarding agroecosystems and environmental health: the challenges ahead. Правові засади екологічної та продовольчої безпеки: проблеми імплементації міжнародних стандартів: матер. дискусійної панелі Першого Харк. міжнар. юрид. форуму «Право та проблеми сталого розвитку в глобалізованому світі» (м. Харків, 3-6 жовтня 2017 р.). Х.: Право, 2017. С. 3-17.

7. Сакаджи К.Б. Правове регулювання застосування засобів захисту сільськогосподарських рослин: автореф. дис...к.ю.н.: спец. 12.00.06. «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право»; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Х., 2011. 20 с.

8. Медведєва М.О. Міжнародне право і біотехнології. К.: Промені, 2006. 186 с.

9. Менів О.І. Правове забезпечення використання ГМО при вирощуванні сільськогосподарської продукції рослинного походження в Україні та ЄС: автореф. дис...к.ю.н.: спец. 12.00.06. «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право»; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Х., 2016. 20 с.

10. Уркевич В.Ю. Правові питання екологізації сільськогосподарського виробництва при використанні ГМО. Від правової охорони природи УРСР до екологічного права України: зб. тез Всеукр. наук.-практ. конф., 26 травня 2017 р., м. Київ / уклад.: В.В. Носік та ін.; Київський нац. ун-т ім. Т.Шевченка. Чернівці: Кондратьєв А.В., 2017. С. 66-69.

11. Правове регулювання сфери охорони здоров'я людей, тварин, рослин в Європейському Союзі та в Україні: монографія. / за ред. М.І. Іншина. К.: Центр учбов. літ-ри, 2007. 440 с.

Статья посвящена анализу теоретических и правовых основ использования биотехнологий в процессе сельскохозяйственного производства в условиях обеспечения его устойчивого развития, а также формулированию на его основе выводов и предложений, направленных на усовершенствование действующего аграрного законодательства в указанной сфере.

Ключевые слова: биотехнология, генетически модифицированный организм, сельскохозяйственное производство, устойчивое развитие, биопестициды.

The article is dedicated to analysis of theoretical and legal basis of employment of biotechnologies in the process of agricultural production in terms of ensuring of sustainable development. Also it is dedicated to formulating issues and proposals directed on improvement of current agrarian legislation in specified sphere.

Key words: biotechnology, agricultural production, genetically modified organism, sustainable development, biopesticides.

УДК 349.6

Марина Дейнега,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри аграрного, земельного та
екологічного права імені академіка В.З. Янчука
Національного університету біоресурсів і природокористування України

ПРИРОДОКОРИСТУВАННЯ ЯК ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ І СПІВВІДНОШЕННЯ ІЗ СУМІЖНИМИ ПОНЯТТЯМИ

У статті проведено аналіз наукових підходів вчених природничих і суспільних наук до визначення поняття «природокористування». На основі їх підходів сформульоване авторське визначення «природокористування» як правової категорії. Проведено співвідношення поняття «природокористування» із суміжними поняттями, зокрема «використання природних ресурсів». Визначені основні напрями і види природокористування.

Ключові слова: природокористування, використання природних ресурсів, відтворення природних ресурсів, відновлення природних ресурсів, охорона природних об'єктів і навколишнього природного середовища.

Постановка проблеми. Починаючи з другої половини XX ст. проблема взаємозв'язку суспільства і природи поступово займає провідне місце у світовій науці та стає винятково актуальною й практично значимою. Взаємовідносини між людством і природою мають досить складний, внутрішньо суперечливий та нерозривно взаємозалежний характер, позитивність якого для обох сторін можлива тільки на основі узгодження законів розвитку суспільства і природи. В основі життя та існування людини і суспільства лежить користування природою. Спілкування людини з природою, постійно необхідне їй для забезпечення свого існування, і є в найзагальнішому розумінні слова природокористуванням. Тому історично і фактично природокористування становить фундамент суспільного життя, базові відносини у сфері взаємин суспільства та природи [1, с. 17]. Для усунення негативних проявів у сфері природокористування виступає негайна потреба у перегляді наявної системи використання природних ресурсів, її перетворення на таку, яка б ґрунтувалась на досягненні компромісу між економічними, екологічними та соціальними потребами суспільства і базувалась на принципах сталості.

Дослідженням проблем природокористування займаються науковці – представники як природничих, так і суспільних наук. Правові аспекти природокористування окреслені у працях багатьох вітчизняних і зарубіжних вчених у галузі екологічного та природоресурсного права: С. О. Боголюбова, А. П. Гетьмана, О. К. Голіченкова, Ю. Г. Жарікова, І. О. Іконицької, І. І. Каракаша, Н. Р. Кобецької, В. В. Костицького, М. І. Краснова, В. В. Петрова, В. І. Федоровича, Ю. С. Шемшученка, М. В. Шульги та інших. Серед науковців природничих і економічних наук вивченням проблем природокористування займалися: В. О. Анучин, М. Д. Балджи, Ю. М. Куражськовський, М. Ф. Реймерс, Д. Г. Хасанов та інші.

Метою статті є дослідження наукових підходів до визначення поняття «природокористування», з'ясування його суті і змісту, співвідношення визначеного поняття із суміжними поняттями задля характеристики «природокористування» як правової категорії й виокремлення основних видів і напрямів діяльності з визначеної проблематики.

Виклад основного матеріалу. Наукову увагу до проблем правового регулювання природокористування почали приділяти ще у 50–70-х рр. XX ст. Дослідження того часу своїм предметом охоплювали переважно проблеми використання окремих видів природних ресурсів (землекористування, водокористування тощо) [2–4].

Сам термін «природокористування» був уведений у науковий обіг у 60-х рр. XX ст. Ю. М. Куражськовським, який визначав це поняття як провідний процес у взаємодії суспільства і природи, а основними задача-

© М. Дейнега, 2018

ми природокористування – розробку загальних принципів здійснення всякої діяльності, пов'язаної або з безпосереднім користуванням природою та її ресурсами, або з її впливами, що змінюються. Кінцева мета цієї розробки – забезпечити єдиний підхід до природи як до загальної основи праці [5, с. 6–7].

У подальшому у галузевій енциклопедичній та довідковій літературі поняття «природокористування» визначалося по-різному: використання природного середовища для задоволення екологічних, економічних, культурно-оздоровчих потреб суспільства [6, с. 199]; задоволення різних потреб суспільства шляхом використання різних видів природних ресурсів [7, с. 527]; використання природного середовища для задоволення потреб людини в теперішній час та на майбутнє [8, с. 291]; суспільно-виробнича діяльність, спрямована на задоволення матеріальних і культурних потреб суспільства шляхом використання різних видів природних ресурсів і природних умов [9, с. 312].

Дослідженням проблем природокористування займаються науковці – представники природничих наук. Найбільшу увагу у своїх дослідженнях визначенню природокористування приділяв М. Ф. Реймерс. Вчений охарактеризував природокористування як сукупність усіх форм експлуатації природно-ресурсного потенціалу і заходів щодо його збереження, яке включає: а) вилучення і переробку природних ресурсів, їх відновлення або відтворення; б) використання й охорону природних умов середовища життя; в) збереження (підтримку), відтворення (відновлення) і раціональну зміну екологічного балансу (рівноваги) природних систем, що слугує основою збереження природно-ресурсного потенціалу розвитку суспільства; використання природних ресурсів у процесі суспільного виробництва з метою задоволення матеріальних і культурних потреб суспільства [10, с. 404–405]. В. А. Анучін зазначав, що природокористування – це поняття ємне і не завжди однозначно розуміється. Природокористування – не тільки економічно ефективне залучення територіальних комплексів географічного середовища у процес суспільного виробництва, але й їх охорона, а в цілому ряді випадків відновлення і перетворення» [11, с. 209].

Досліджуючи соціальні проблеми взаємодії людини та природи, В. С. Крисаченко визначав природокористування як процес взаємодії людини з довкіллям, котрий здійснюється на основі специфічних шляхів та засобів включення природних об'єктів у структуру життєдіяльності людини з метою задоволення її потреб. Природокористування розглядається науковцем як феномен, що притаманний будь-яким людським спільнотам на будь-яких щаблях їхнього розвитку, тобто як атрибутивно-універсальна ознака виду Homo sapiens [12, с. 193]. Цікавим є твердження Ю. Ю. Туниці, який охарактеризував природокористування як триєдність процесу природокористування, тобто використання, охорону та відтворення двоєдиних компонентів природної основи матеріального виробництва – природних ресурсів та природного життєвого довкілля [13, с. 115].

Як соціально-економічне явище природокористування розглядається науковцями як основна форма взаємодії суспільства і природного середовища, що реалізується через систему заходів, спрямованих на освоєння, використання, перетворення, відновлення і охорону природних ресурсів, і відображає зв'язки між виробництвом, населенням і навколишнім середовищем. У цьому контексті природокористування має три основні функції: соціальну, економічну і природоохоронну. Соціальна функція природокористування – це задоволення специфічних потреб населення. Економічна функція полягає в забезпеченні сировинної бази виробництва та розміщенні продуктивних сил. Природоохоронна функція полягає в запобіганні деградації природних комплексів під впливом антропогенної діяльності [14, с. 172].

Природокористування визначається також і як характер зв'язків системи відносин господарства й населення з природою, котрі пронизують усю життєдіяльність людини, усі галузі господарювання та види діяльності [15, с. 87].

У науковій правовій літературі природокористування розглядається насамперед як використання корисних властивостей навколишнього природного середовища, природних об'єктів та їх ресурсів для задоволення різноманітних потреб людини [16, с. 219; 17, с. 114; 18, с. 93–94; 19, с. 110; 20, с. 257; 21, с. 213; 22, с. 77; 23, с. 121].

Дещо іншим є підхід О. К. Голіченкова, який природокористування визначає як юридично обумовлену діяльність громадян та юридичних осіб з використання об'єктів природи (землі, надр, атмосферного повітря, лісів, рослинного миру поза лісами і інших природних об'єктів), здійснювана, як правило, на основі відповідної ліцензії [24, с. 275]. Однак важко погодитися з наведеним твердженням, оскільки зазначена характеристика притаманна здебільшого спеціальному природокористуванню, що здійснюється для задоволення господарських потреб.

Окремими науковцями природокористування розглядається також і як цілеспря-

мована діяльність людини у сфері вивчення й раціонального використання природи, її природних ресурсів, яка реалізовує свої фізичні та розумові здібності для отримання певних матеріальних благ [25, с. 17]. На думку А. С. Боголюбова, природокористування – це використання корисних властивостей природних об'єктів (ресурсів), природи в цілому як суспільні відносини між людьми з приводу природних благ, врегульовані природоресурсним та екологічним законодавством [26, с. 331–332].

Заслуговують на увагу наукові дослідження правових проблем природокористування Н. Р. Кобецької та О. Г. Котеньова.

Так, О. Г. Котеньов у дисертаційній роботі виділяє основні ознаки природокористування як суспільного явища, яке підлягає правовому регулюванню, а саме: природокористування – це процес, тобто послідовна зміна станів або явищ, яка відбувається в закономірному порядку; у природокористуванні завжди наявна присутність людини (або інших похідних від неї суспільних формацій); мета природокористування – задоволення потреб людини, суспільства та держави; природокористування має вольовий характер, тобто його виникнення, здійснення та завершення залежить від волі природокористувача; природокористування завжди повинно мати характер правомірної діяльності (має бути врегульовано правом, однак це не є обов'язковим для здійснення окремих видів загального природокористування, яке ґрунтується на природних правах та потребах людини); об'єктом користування є природний ресурс, що використовується людиною [27, с. 25]. З огляду на зазначене, О. Г. Котеньов визначає природокористування як юридично обумовлену, правомірну вольову діяльність людини або інших формувань у її особі, пов'язану з пошуком, вивченням та використанням природних ресурсів з метою задоволення своїх життєво необхідних та інших потреб [27, с. 26].

Н. Р. Кобецька справедливо вказує на те, що базове поняття права природокористування, незважаючи на тривалу історію теоретико-правового аналізу, змістовно практично не змінилося. Водночас окремі аспекти сутності та характеристик природокористування з часом набувають нового звучання [28, с. 28]. Зокрема, усі законодавчо закріплені вимоги (екологічного, економічного, організаційного, юридичного характеру), що регулюють процес природокористування, у своїй сукупності визначають раціональний, екологічно збалансований, сталий характер природокористування [28, с. 38]. Крім того, суттєво вплинули на характер правового регулювання природокористування докорінні зміни в економічній, політичній, соціальній та правовій системі української держави, пов'язані з ліквідацією державної монополії на природні багатства, переходом до різних форм власності на природні ресурси, появою нових форм природокористування, розширенням кола суб'єктів природокористування, запровадженням платності природокористування тощо [28, с. 38].

При цьому слід погодитися з М. І. Красновим, який звертав увагу на те, що природокористування – це найбільш фундаментальний елемент взаємовідносин суспільства та природи, і не тільки тому, що виконує первинну, нагальну для суспільства економічну функцію (споживання речовин природи – первинне джерело життя), але й тому, що воно впливає на кількісний та якісний стан природи [29, с. 24].

Науковці з природничих галузей наук займаються також дослідженням проблем класифікації природокористування, зокрема, виділяють напрями і види природокористування. А. М. Маринич запропонував виділити: галузеве природокористування (водо-, земле- та лісокористування, а також використання ресурсів надр); комплексно-територіальне (регіональне) природокористування (планетарне, міждержавне, державне, республіканське, локальне); а також природокористування в окремих галузях [30, с. 4]. І. Д. Якушик до напрямів природокористування відносить: ресурсоспоживання; ресурсокористування; відтворення природних ресурсів; відновлення природних ресурсів; охорону природи; перетворення природи [31, с. 39]. І. Я. Блехцин і В. А. Мінеєв до цього переліку напрямів природокористування додають ще керування і моніторинг (інвентаризація, облік і контроль, регулювання стану ресурсів і природного середовища, керування процесами природокористування) [32, с. 119].

Задля з'ясування суті і змісту природокористування як правової категорії необхідним є співвідношення визначеного поняття із суміжними поняттями, зокрема «використання природних ресурсів».

Чинне законодавство України не містить легального визначення понять «природокористування» і «використання природних ресурсів», а регламентація тих чи інших видів природокористування здійснюється нормами окремих пересурсових актів. У науковій літературі також мало поданий аналіз розмежування цих понять, а підходи до такого розмежування різняться.

Під використанням природних ресурсів науковці розуміють врегульовану нормами

права діяльність людей, яка полягає у вилученні і споживанні корисних властивостей відповідних об'єктів та яка безпосередньо спрямована на таке вилучення й споживання [33, с. 53]; таке освоєння природних ресурсів, за якого дотримуються нормативи допустимого впливу на навколишнє середовище [34, с. 17]; отримання різними способами користі від природних об'єктів для задоволення соціально-економічних та інших потреб суспільства і людини [24, с. 141]. При цьому термін «природокористування» у співвідношенні з поняттям «використання природних ресурсів» визначається як юридично обумовлена діяльність громадян і юридичних осіб щодо використання природних об'єктів [24, с. 275]. На думку Н. Р. Кобецької, термін «використання природних ресурсів» є більш прийнятний для характеристики конкретного виду діяльності щодо отримання користі, вилучення матеріальних чи нематеріальних компонентів природоресурсної матерії [28, с. 48].

Науковці, досліджуючи визначене поняття, вказують і на те, що термін «використання» природних ресурсів передбачає собою характеризуючі елементи: відповідний ресурс містить корисні якості, які можна використати; дані корисні властивості є виявленими, дослідженими та визнані придатними до їх споживання (якого б характеру воно не було); даний термін має певний відтінок завершеності, тобто непридатності даного ресурсу використовуватися надалі [35, с. 151].

Висновки.

Проаналізувавши теоретико-правові підходи до визначення поняття «природокористування» і дослідивши його співвідношення із суміжними поняттями, природокористування як правову категорію можна визначити як основну форму взаємодії людини (або інших похідних від неї суспільних формацій) і навколишнього природного середовища, що реалізується через систему заходів, спрямованих на використання й відтворення природних ресурсів, створення умов для їх відновлення, охорону природних об'єктів і навколишнього природного середовища в цілому, з метою задоволення різноманітних потреб. При цьому основними напрямами і видами діяльності у сфері природокористування є: використання природних ресурсів; відтворення природних ресурсів; відновлення природних ресурсів; охорона природних об'єктів і навколишнього природного середовища.

Список використаних джерел:

1. Иконицкая И.А. Право природопользования в СССР. М. : Наука, 1990. 195 с.

2. Жариков Ю.Г. Теоретические проблемы права сельскохозяйственного землепользования в СССР : дис. ... д.ю.н. М., 1973. 436 с.

3. Сыродоев Н.А. Землепользование социалистических организаций и граждан. М., 1975. 318 с.

4. Турубинер А.М. Право государственной собственности на землю в Советском Союзе. М., 1958. 330 с.

5. Куражсковский Ю.Н. Очерки природопользования : монография. М. : Мысль, 1969. 268 с.

6. Ахатов А.Г. Экология : энциклопедический словарь. Казань : ТКИ ; Экополис, 1995. 368 с.

7. Природопользование : Экологический энциклопедический словарь / гл. ред. А.С. Монин. М. : Ноосфера, 1999. 930 с.

8. Гейвандов Э.А. Экология : словарь-справочник для школьников и студентов : в 2 т. Т. 2. М. : Культура и традиции, 2002. 416 с.

9. Коробкин В.И., Передельский Л.В. Экология. Ростов на Дону : Феникс, 2005. 576 с.

10. Реймерс Н.Ф. Природопользование : словарь-справочник. М. : Мысль, 1990. 639 с.

11. Анучин В.А. Основы природопользования : Теоретический аспект. М. : Мысль, 1978. 293 с.

12. Крисаченко В.С. Екологічна культура : теорія і практика : навчальний посібник. К. : Заповіт, 1996. 352 с.

13. Туниця Ю.Ю. Економіка і ринок : подолання суперечностей : монографія. К. : Знання, 2006. 314 с.

14. Фоменко Н.В. Рекреаційні ресурси та курортологія. К. : Центр навч. л-ри, 2007. 312 с.

15. Балджи М.Д. Організаційно-економічні засади комплексного природокористування на регіональному рівні : монографія. Одеса : Атлант, 2010. 500 с.

16. Боголюбов С.А. Экологическое право : учебник. М. : Высш. образ., 2006. 485 с.

17. Екологічне право : підручник / за ред. А.П. Гетьмана. Х. : Право, 2013. 432 с.

18. Екологічне право України. Академічний курс : підручник / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2005. 848 с.

19. Екологічне право України : підручник / А.П. Гетьман, М.В. Шульга, В.К. Попов та ін. ; за ред. А.П. Гетьмана та М.В. Шульги. Х. : Право, 2005. 380 с.

20. Костицький В.В. Екологічне право України : підручник. Дрогобич : Коло, 2012. 360 с.

21. Петров В.В. Экологическое право России : учебник. М. : БЕК, 1995. 557 с.

22. Право довкілля (екологічне право) : навчальний посібник / П.Д. Пилипенко, В.І. Федорович, М.Я. Ващишин та ін. ; за ред. П.Д. Пилипенка. К. : Ін Юре, 2010. 401 с.

23. Природноресурсове право України : навчальний посібник / за ред. І.І. Каракаша. К. : Істина, 2005. 376 с.

24. Голиченков А.К. Экологическое право России : словарь юридических терминов : учебное

пособие. М. : Издательский Дом «Городец», 2008. 448 с.

25. Правовые основы природопользования и охраны окружающей среды : учебник / под общ. ред. А.М. Волкова. 2-е изд. М. : Щит-М, 2011. 308 с.

26. Экология : юридический энциклопедический словарь / под ред. С.А. Боголюбова. М. : НОРМА, 2000. 448 с.

27. Котеньов О.Г. Принципи права природокористування : дис. ... к.ю.н. : 12.00.06. Х., 2016. 228 с.

28. Кобецька Н.Р. Дозвільне та договірне регулювання використання природних ресурсів в Україні : дис. ... д.ю.н. : 12.00.06. К., 2016. 424 с.

29. Краснов Н.И. Право окружающей природной среды в СССР. Правоведение. 1990. № 4. С. 25–34.

30. Маринич А.М. Основные направления конструктивно-географических исследований по рациональному природопользованию в Украинской ССР. Комплексные географические исследования проблемы рационального природопользования : сб. науч. трудов / отв. ред. Н.Г. Волков. К. : Наук. думка, 1984. С. 3–11.

31. Якушик І.Д., Поліванов В.Є., Задирака О.І. Якість життя в системі пріоритетів розвитку трансформаційної економіки України. Інститут президентства в Україні в системі державної влади України : матеріали наукової конференції (м. Київ, 17 січня 2014 р.). К. : Київський національний університет ім. Т. Шевченка, 2014. С. 37–42.

32. Блехцин И.Я., Минеев В.А. Производительные силы и окружающая среда (проблемы и опыт исследования). М. : Мысль, 1981. 214 с.

33. Григор'єва Т.В. Правове регулювання використання й охорони водних живих ресурсів : дис. ... к.ю.н. : 12.00.06. Х., 2005. 187 с.

34. Хасанов Д.Г. Природопользование и негативное воздействие на окружающую среду : проблема соотношения понятий. Экологическое право. 2008. № 3. С. 14–18.

35. Шульга Є.В. Правове розмежування понять «раціональне природокористування» та «використання природних ресурсів» на прикладі лісового фонду. Науковий вісник НУБіП України. Серія «Право» / ред. кол. : С.М. Ніколаєнко (голова) та ін. К., 2014. Вип. 197, ч. 3. С. 149–154.

В статье проведен анализ научных подходов ученых естественных и общественных наук к определению понятия «природопользование». На основе их подходов сформулировано авторское определение природопользования как правовой категории. Проведено соотношение понятия «природопользование» со смежными понятиями, в частности «использование природных ресурсов». Определены основные направления и виды природопользования.

Ключевые слова: природопользование, использование природных ресурсов, воспроизводство природных ресурсов, восстановление природных ресурсов, охрана природных объектов и окружающей природной среды.

The article analyzes the scientific approaches of scientists of natural and social sciences to the definition of the concept of «nature management». On the basis of their approaches, the author's definition of «nature management» as a legal category is formulated. The relation between the concept of «nature management» and related concepts, in particular, «the use of natural resources», is made. The main directions and types of nature use are determined.

Key words: nature management, use of natural resources, reproduction of natural resources, restoration of natural resources, protection of natural objects and the environment.

УДК 342.7

Олена Запотоцька,
кандидат технічних наук, старший викладач
кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права
Київського національного торгово-економічного університету

ГЕНЕЗИС ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ПУБЛІЧНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ БЕЗПЕЧНОСТІ ТА ЯКОСТІ ХАРЧОВОЇ ПРОДУКЦІЇ

У статті розкрито генезис виникнення та розвитку публічного адміністрування безпечності та якості харчової продукції. Першим періодом є «Зародковий період», який починався з I ст. н. е. та закінчувався X ст. н. е. Другий період – з X ст. до XVIII ст. – можна умовно назвати «Феодальним». Третій період – з XVIII ст. до початку XX – мав назву «Імперський». Четвертий період починався у 20-і роки XX ст. і закінчився на початку Другої світової війни, у 40-х роках XX ст., мав назву «Часткове формування». Наступний період – із кінця 40-х років XX ст. до початку 90-х років XX ст. Період, який почався з 90-х років XX ст. і триває дотепер, має назву «Сталий розвиток. Українська гармонізація».

Ключові слова: харчові продукти, публічне адміністрування, імплементація, харчова добавка, Державна служба з питань безпечності та захисту споживачів України.

Постановка проблеми. Для підтримання життєвих сил та людських потреб людина будь-якого віку, статі, освіти, характеру, соціального статусу вимагає протягом усього свого життєвого циклу споживання товарів та послуг, якість яких впливає на життя особи та, відповідно, суспільства, але саме вона не завжди відповідає природнім стандартам споживання, що впливає на здоров'я, енергетичний потенціал, добробут нації. Захист суспільства від неякісної продукції є невід'ємним складником захисту людини державою. Саме споживач є рушійною силою ринку та впливає на його розвиток. Економічно розвинуті країни велику увагу приділяють споживачу та його правам і потребам.

Метою статті є здійснення періодизації виникнення та розвитку публічного адміністрування безпечності та якості харчової продукції.

Стан дослідження. Окремі питання безпечності та якості харчових продуктів були предметом наукових досліджень Т. О. Вовк, О. Ф. Скакун, О. В. Кузьменко, В. К. Колпакова, А. Т. Комзюка, В. М. Бевзенко, Р. С. Мельника, Х. П. Ярмакі та інших.

Виклад основного матеріалу. Зі стародавніх часів будь-яка харчова та текстильна продукція реалізовувалася на базарах, базари мали різний статус – від загальнодержавних до місцевих. Базарні площі існували у Стародавньому Римі, Китаї, Єгипті тощо. Споживач того часу був захищений лише людськими звичаями та моральними постулатами. Інтереси споживача на цих базарах відстоювалися під час торгу за товар чи послугу. Для допомоги можна було використовувати базарного арбітра. У Вавилоні та Греції існувала посада ринкового службовця, який наглядав за веденням торгівлі в межах правил, що були встановлені для публічного базару. Ці обов'язки іноді брав на себе високий чин чи поважна особа у місті чи країні, наприклад, такі функції виконував Конфуцій. Майже всі імперії того часу мали норми, що захищали права споживачів. Так, Закони Хамурапі регулювали питання якості товарів, відповідальність за продаж неякісного продукту.

Треба наголосити на тому, що стандартизація товарів є основою якості продукції, яку споживають. Стандарти якості продукції за багатьма напрямами були розроблені в Стародавній Греції. Ними були стандартизовані одиниці вимірів, розмірів та форм будівельних матеріалів та технологічних процесів будівництва. Відповідно, вони започаткували та запровадили перший житловий стандарт, введено правила земельного використання [1].

Домашустра Ману («Закони Ману») (період появи в Індії – II ст. до н. е. і II ст. н. е.) прописувала можливість продажу товару лише у разі його якості, а також дозволяла покупцю його повернути протягом 10 діб у разі незадоволення покупця цим товаром [2, с. 165; 3, с. 49].

Система контролю якості в Китаї зародилася за часів династій Шан і Джоу (XXVII-VIII століття до нашої ери), під час періоду «Весна-Осінь», або, як його ще на-

© О. Запотоцька, 2018

зивають, періоду «Розділених царств» епохи «Воюючих царств» (770-221 роки до нашої ери), надалі була модифікована та вдосконалена у період династій Цинь і Хан (III століття до нашої ери – II століття нашої ери). Саме тоді система набула стрункого і цілісного вигляду. Шанування традиції і старовини, що культивуються в Китаї, сприяло тому, що система пустила глибоке коріння і практично залишалася незмінною, передаючись від покоління до покоління.

Зазначений період можна виокремити із загальної історичної піраміди становлення та розвитку публічного адміністрування безпечності та якості харчової продукції та умовно назвати «Зародковий період», який починався з Іст. н.е. та закінчувався X ст. н.е. Для нього було характерним таке: захист прав споживачів залежав від культурного та освітянського рівня Імперій, Князівств тощо; відносини продавців та споживачів урегульовувалися загальними приписами, що повинні були виконуватися всіма членами суспільства незалежно від титулів і рівня достатку і розповсюджувалися навіть не на членів громад; в основу доказової бази покладалося свідчення свідків та сторін; суперечки вирішувалися на рівні магістрату, старшин, пропреторів тощо; розгляд суперечок мав суб'єктивний характер і залежав від волі арбітруючого; домінуюча міра покарання за правопорушення в цій сфері – фізичні покарання.

Цікавим досвідом щодо публічного адміністрування безпечності та якості харчових продуктів є історичний досвід Литовського князівства, у якому у XIV ст. було встановлено преференції у містах Трок та Гродно для торгівлі євреям, з якими було дозволено укладати будь-які торгові угоди без конфесійних обмежень.

Велике значення для становлення законодавства про захист прав споживачів мав Статут Великого Князівства Литовського 1529 року. В основу його було покладено звичаєве право. Г. Ф. Шершеневич свого часу зазначав, що він (Литовський статут) мав більший вплив на формування торгового права, ніж Псковська грамота. У цій пам'ятці права містилася велика кількість норм, що захищають права споживачів [4, с. 38].

В Австрії у XVI ст. влада суворо стежила за якістю продукції, що продавалася. Законом пропонувалося додавати крохмаль у вироблений маргарин, щоб ринковий інспектор міг за смаком визначити, чи не продається маргарин під виглядом масла. За продаж неякісної харчової продукції в Австрії продавець повинен був випити все неякісне молоко.

У Франції XVI ст. закон зобов'язував покупців протухлих яєць закидати продавців цими зіпсованим продуктом. А в американському штаті Массачусетс у 1775 році було зареєстровано протест споживачів проти продавців зіпсованої харчової продукції: у разі якщо натовп спіймав окремих із них, то винуватців прив'язували до ганебного стовпа.

В. О. Ключевський у своїй науковій праці «Російський рубль 16-18 ст. у його відношенні до нинішнього» вказується, що держава почала здійснювати контроль міри та ваги у торгівлі ще у XVI ст., за часів Івана Грозного, коли була прийнята Орешківська митна грамота, якою встановлено конкретну вагу хліба та, відповідно, процесуальні правила проведення органами поліції контрольних перевірок ваги хлібобулочних виробів, що відпускалися покупцеві, а також процедура перевірки якісності хлібу [5, 6, с. 94].

Період із X ст. до XVIII ст. можна умовно назвати «Феодальним» та виокремити такі притаманні йому ознаки: захист прав продавців, купців, лихварів здійснювався представниками імператорських дворів більш активно, ніж інтересів покупців, споживачів; права та обов'язки продавців і споживачів розглядалися нерозривно один від одного; значну роль у формуванні підходів щодо захисту якості харчової продукції в цей період відіграє церква; активно захищався інтерес єврейських общин, що займалися лихварством; результат рішення з розгляду конфлікту залежав значною мірою від звичаїв того суспільства, де він виник; застосовувалися суворі міри відповідальності – від грошових штрафів до фізичних розправ(смертна кара).

У XIX столітті в Росії були запроваджені призи та нагороди за якість. Ними відзначалися не тільки російські та зарубіжні товари на ярмарках і виставках, а й таким чином визнавали успішну діяльність підприємств, що випустили цю продукцію. Крім того, російські товари з успіхом експонувалися за кордоном. Каслінскій чавунний павільйон, який здобув вищу нагороду на Всесвітній виставці в Парижі в 1900 році, став одним із видатних прикладів міжнародного визнання російської майстерності. Подібні нагороди сприяли постійному покращенню якості виробу. Вищою формою визнання якості виробів на російських виставках був дозвіл використовувати на них державний герб [1].

Після Великої Французької революції було прийнято Цивільний кодекс, що урегульовував питання якості товару і реалізації їх на ринку. У ньому встановлювалося, що у разі коли продавець повідомляв покупцю про товар, його недоліки і останній його купував, то продавець не ніс відповідальності за прода-

ну неякісну річ, якість товару гарантувалася продавцем. Кримінальний кодекс Франції 1810 року встановлював кримінальну відповідальність за порушення правил торгівлі, за ці протиправні діяння передбачалася конфіскація предметів, а також накладення штрафу (від 1 до 15 франків) [7, с. 192–195].

У XIX ст. корпоративний рух почав активно розвиватися у всіх Європейських країнах і Росії. Разом із тим Росія того часу не мала потужних нормативних актів, якими урегульовувалося питання якості продуктів харчування, права споживачів. Лише у 1832 році приймається ряд законів, що закріплюють права споживачів і їх захист, але вони не мають системного характеру. У законі від 12 травня 1890 р. приготування для продажу і сам продаж був прирівняний до зберігання фальсифікованих товарів у торгових і промислових приміщеннях. За це протиправне діяння передбачалося покарання: штраф – до 300 рублів і арешт – до 3 місяців [5]. Але навіть значний штраф не поборов бажання підробки харчових продуктів. Досить часто маргарин видавався за масло, суміш кунжутової, лляної та соняшникової олії видавали за оливкове масло, головне, щоб уникнути присмаку насіння. У 1880-х роках у Петербурзі відбулося декілька судових процесів.

У Східній Україні ярмаркова торгівля зростала здебільшого за рахунок містечкових і сільських ярмарків. У першій половині XIX ст. їх налічувалося понад 2 тис., оборот ярмаркової торгівлі становив 6-7 % від загального товарообороту [8].

Центрами зовнішньої торгівлі були чорноморсько-азовські порти – Одеса, Таганрог, Бердянськ, Херсон, Маріуполь. Царський уряд у 1782 р. дозволив зменшити на 1/4 митні збори. У 1817 р. Одеса набула право безмитного експорту та імпорту товарів – порто-франко. Це зумовило перетворення міста на найважливіший порт і центр банківської діяльності Російської імперії, загальноросійський склад іноземних товарів.

Друга половина XIX ст. у США відзначена активним ростом протидії неякісному продукту. У 1899 році у цій країні була утворена Національна ліга споживачів, яка брала активну участь у здійсненні контролю за якістю продуктів харчування.

У Франції, крім основних положень Цивільного кодексу, захист споживачів став забезпечувати Закон від 1 серпня 1905 р., яким було введено кримінальне покарання за обман споживача щодо проданого товару або наданої послуги; вводилися стандарти на товари і послуги, а також правила укладання контрактів, які повинні відповідати встановленим зразкам.

У Росії також почали утворюватися споживчі спілки (союзи), котрі, використовуючи досвід США, забезпечували своїх членів необхідними промисловими товарами. На кінець 1917 року у споживчих союзах нараховувалося більше 11 млн осіб.

Зазначений період, що почався з XVIII ст. та закінчився на початку XX, мав назву «Імперський». Особливості цього періоду: збільшення кількості, взаємозумовленість та систематизація нормативно-правових актів, якими уврегульовувалося питання захисту прав споживачів і якість харчових продуктів; ярмаркова торгівля; у виробничу практику введено поняття верхньої і нижньої межі якості; запровадження харчових лабораторій якості та введення посади інспектор якості продукції; започаткування споживчих спілок; зародження інституту цивільного права щодо захисту прав споживачів та якості продукції.

Зруйнована в перші роки радянської влади споживча кооперація стала інтенсивно відроджуватися з введенням в країні нової економічної політики. У квітні 1921 року був прийнятий декрет «Про споживчу кооперацію», згідно з яким кооператорам надавалося право обміну і скупки надлишків сільськогосподарського виробництва, а так само кустарних і ремісничих виробів і їх збуту. Споживча кооперація продовжувала залишатися в СРСР протягом кількох десятиліть і мала в собі невеликі елементи ринкових відносин.

Масовий споживчий рух, так званий конс'юмеризм (англ. Consumer – споживач), з'явився у США в кінці 20-х рр. XX ст. У 1927 р. вийшла в світ книга С. Чейза і Ф. Дж. Шлінка «Що коштують ваші гроші», яка стала бестселером. У 1928 р. один з авторів став творцем першої експертної організації «Дослідження для споживачів», з якої в 1936 р виділився Союз споживачів США, що був найбільшою організацією так званого старого консьюмеризма. Ця експертна організація в незалежних лабораторіях перевіряла якість споживчих товарів, повідомляла про результати широкій громадськості. Їхня головна увага була зосереджена на експертній і просвітницької діяльності споживачів.

Радянська держава 1917 року проголосила владу робітників і селян і скасувала приватну власність, відповідно, поставила державні інтереси вище за публічні. Нормативні акти того часу було спрямовано на реалізацію зазначених принципів. Разом із тим В. І. Ленін у роботі «Держава і революція» вказував, що «облік і контроль – ось головне, що потрібно для налагодження, правильного функціонування першої фази комуністичного суспільства» [9].

Як реакція на зазначений стан Постановою Центрального Виконавчого Комітету і Ради Народних комісарів СРСР «Про відповідальність за обкрадання споживача і обман Радянської держави» від 25 липня 1934 року була встановлена відповідальність за виготовлення та продаж неякісної продукції. У ній йшлося про те, що з метою викорінення з практики радянської торгівлі випадків обважування і обмірювання покупців, користування в торгівлі неправильними вагами, гирями, метрами й іншими вимірювальними приладами, продажу товарів нижчого сорту за ціною вищого, а також порушення встановлених роздрібних цін подібні діяння караються як обкрадання споживача і обман радянської держави» [10].

Треба відзначити, що на цей час у правовій системі держав сформувалося два підходи щодо захисту прав споживачів та якості продуктів: відповідно, перша група – Швеція, Нідерланди, Італія США, Англія – урегульовували споживчі правові відносини нормами цивільного права, а друга група – Іспанія, Португалія, Канада, Японія – урегульовували питання якості продукції та прав споживачів спеціальними нормативно-правовими актами узагальнюючого характеру (наприклад, Кодекс прав споживачів Французької республіки). Через деякий час збільшення кількості споживчих спорів, практика їх вирішення вимагали прийняття спеціалізованих нормативних актів у країнах першої групи, саме тому у Германії було прийнято Закони «Про якість», «Про заборону підпільної торгівлі тощо» [11, с. 18].

Наступному періоду, котрий почався у 20-і роки XX ст. і закінчився на початку Другої світової війни, у 40-х роках XX ст., мав назву «Часткове формування», притаманно таке: запровадження перших понять і таблиць вибіркового контролю якості; статистичні методи управління якістю (управління якістю процесів); розроблення контрольних карт; систематизація законодавства; формування контрольних інститутів від влади.

Велика Вітчизняна війна внесла значні зміни в економіку країни СРСР і вимагала негайних реформ народного господарства. Після війни робота зі стандартизації та якості продукції актуалізувалася ще більш [5, с. 12]. У зв'язку з тим, що якість продукції залишалася низькою, було прийнято Постанову Ради Міністрів СРСР від 23 вересня 1952 року № 4286, яка була спрямована на посилення контролю. Було передбачено створити при міністерстві головні інспекції контролю за якістю продукції, а в складі Управління зі стандартизації при Раді Міністрів СРСР – інспекцію з контролю за дотриманням стандартів [5]. До їхніх завдань входила перевірка продукції на предмет відповідності вимогам стандартів і технічним умовам. Наприклад, Ленінградським управлінням Інспекції з якості Міністерства харчової промисловості СРСР за липень 1946 р. тільки на кондитерській фабриці ім. Мікояна було обстежено 1913,3 тони продукції (99,2 % від виробництва), затримано як брак 8,5 тон кондитерських виробів [13, с. 186]. Надалі законодавство Радянського союзу щодо захисту прав споживачів та якості продукції розвивалося досить активно. Так, до 1970-х років питання стандартизації якості продуктів харчування регулювалися за допомогою 1183 нормативних актів, у 737 з них розглядалися питання якості продукції, діяло 1929 відповідних рішень уряду.

Після Другої світової війни у Японії почалася так звана «революція якості», яка запроваджувала застосування статистичного методу для контролю якості за допомогою збору та аналізу одиничних даних. У сумі ці революційні зміни привели виробників до безпрецедентних досягнень у підвищенні якості продукції, що випускалася. У промисловості були створені спеціальні організації (Japanese Union of Scientists and Engineers, Japan Management Association і Japan Standart Association), котрі стали центрами новостворених експертних комітетів, до завдань яких входило вироблення нового підходу з управління якістю. Відповідно, для відновлення японської економіки необхідно було вирішення проблеми якості товарів на основі нових методів управління. Особливо важливим це стало після взяття курсу на лібералізацію в торгівлі [1].

У 40-і і 50-і роки якість товарів, вироблених в Америці, була також дуже низькою. Вся діяльність виробництва була націлена на обсяги можливого виробництва, водночас наслідком низького рівня якості (20-25 %) були шалені затрати підприємств, спрямовані на виявлення та усунення дефектів продукції. Іншими словами, до однієї чверті всіх працівників підприємства нічого не виробляли – вони лише переробляли те, що було неправильно зроблено з першого разу.

У 1960 році при ООН засновано Конс'юмерс Інтернешенл (Consumers International) – Міжнародну Організацію споживчих товариств та незалежних споживачів, яка об'єднує майже 200 країн світу, членом якої з 1997 року є Україна.

У XX ст. захист прав споживачів піднімається на якісно новий рівень. Саме в цей час з'являється поняття «споживач». Закони «Про охорону прав споживачів» з'являються в багатьох західноєвропейських країнах у

70-і рр. У Японії в 1968 році було прийнято Закон, який гарантував японським громадянам захист від матеріального збитку, отриманого в ході використання придбаного товару. У цій країні було започатковано рух на захист прав споживачів – консьюмеризм. У Швеції з 1970 р. приймаються та діють закони «Про торговельну практику», «Про договірні умови». Законодавство «Про торговельну практику», аналогічне шведському, було прийнято в Норвегії (1972 р), Данії (1975 р.), Фінляндії (1975 р.). У Швеції з 1971 р. заснована посада омбудсмена (швед. Ombudsman – представник будь-яких інтересів). Омбудсмен як спеціальна посадова особа парламенту спостерігає за законністю дій державних органів та дотриманням прав і свобод громадян, в тому числі прав споживачів.

Зазначений період почався у післявоєнні роки – з кінця 40-х років XX ст. до початку 90-х років XX ст., він мав назву «Сталого розвитку». Основними ознаками цього періоду є таке: нормативно закріплено поняття «споживач»; запроваджена система державних органів з контролю якості продуктів; вироблено стандарти якості харчових продуктів; запроваджено гармонійне поєднання (співвідношення) публічно-правових та приватно-правових засобів, способів і форм впливу на порушника нормами про якість продуктів харчування та прав споживачів; інститут омбудсмену із захисту прав споживачів; запроваджено громадський контроль якості продукції; вироблена система відповідальності за порушення норм, якими врегульовано інститут якості харчових продуктів.

З моменту отримання Україною самостійності відбувається новий період розвитку публічного адміністрування безпечності та якості харчової продукції, який має назву «Української гармонізації», він почався з 90-х років XX ст. і триває дотепер.

Висновок. Генезис виникнення та розвитку публічного адміністрування безпечності та якості харчової продукції запропоновано визначити таким чином. Першим періодом є «Зародковий період», який почався з I ст. н. е. та закінчився у X ст. н. е. Другий період – з X ст. до XVIII ст. –можна умовно назвати «Феодальним». Третій період – з XVIII ст. до початку XX – мав назву «Імперський». Четвертий період (20-і роки XX ст. – початок Другої світової війни, 40-і роки XX ст.) мав назву «Часткове формування». Наступний період тривав із кінця 40-х років XX ст. до початку 90-х років XX ст. Період, який почався з 90-х років XX ст. і триває дотепер, має назву «Сталий розвиток. «Українська гармонізація».

Список використаних джерел:

1. История качества URL: http: //quality.eup.ru/MATERIALY12/history_quality.htm
2. Законы ману. (Серия «Антологи мудрости»). М.: Изд-в ЭКСМО-Пресс, 2002. 496 с.
3. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран (Древность и Средние века) / сост.: В. А. Томсинов. М.: Зерцало, 1999. 480 с.
4. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Вступительная статья, Е.А. Суханов. М.: Фирма «СПАРК», 1995. 556 с.
5. Мартынова Я.Н. История развития законодательства и становление административной ответственности в сфере защиты прав потребителей. URL: http://vestnik.uapa.ru/ru/issue/2012/03/20/
6. Ключевский В. О. Русский рубль XVI-XVIII вв. в его отношении к нынешнему. Опыт определения меновой стоимости старинного рубля по хлебным ценам (материалы для истории цен). М.: Мысль, 1990. С. 59–119.
7. Омельченко О. А. Всеобщая история государства и права: Учеб.: В 2 т. Изд. 2-е, испр. и доп. Т. 2. М.: ТОН-ПРИОР, 1999. Т. 1. 528 с., Т. 2. 496 с.
8. Розвиток торгівлі в Україні у першій половині XIX ст. URL: https://studfiles.net/preview/5457105/page:8/
9. Ленин В.И. Государство и революция. Полное собрание сочинений. Т. 33. М., 1981. 985 с.
10. Собрание законов СССР.1934. № 41. Ст. 325.
11. Райлян А.А. Потребительское право России. Основные положения. Санкт-Петербург: Издательство Р. Асламова. 2005. 453 с.
12. Комсомольская правда. 1952. 15 октября.

В статье раскрыт генезис возникновения и развития публичного администрирования безопасности и качества пищевой продукции. Первым периодом является «Зародышевый период», который начинался с I ст. н.э. и заканчивался X в. н.э. Второй период – с X в. до XVIII века – можно условно назвать «Феодальным». Третий период – с XVIII века. до начала XX – назывался «Имперский». Четвертый период – с 20-х годов XX в. до начала Второй мировой войны, 40-х годов XX в. – назывался «Частичное формирование». Следующий период длился с конца 40-х годов XX в. до начала 90-х годов. Период, который начался с 90-х годов и продолжается по сей день, называется «Устойчивое развитие. Украинская гармонизация».

Ключевые слова: пищевые продукты, публичное администрирование, имплементация, пищевая добавка, Государственная служба по вопросам безопасности и защиты потребителей Украины.

In this scientific article the genesis of the emergence and development of public administration of safety and quality of food products is disclosed. The first period is the "Germline", which began with East. not. and ended in the tenth century. not. The second period from the tenth century. to the eighteenth century. can be conventionally called "Feudal". The third period began with the eighteenth century. and ended in the early twentieth century and was called "Imperial". The fourth period began in the 20 years of the twentieth century. and ended at the beginning of the Second World War in the 40 years of the twentieth century. It was called "Partial Formation". The period from the end of 40 years of the twentieth century, ending with the beginning of 90 years of the twentieth century. The period that began with 90 years of the twentieth century. and continues to today called "Sustainable Development". Ukrainian harmonization".

Key words: food products, public administration, implementation, food additive, State Service for Safety and Consumer Protection of Ukraine.

УДК 342.922

Владислав Карелін,
канд. юрид. наук, старший лейтенант внутрішньої служби,
доцент кафедри кримінального,
кримінально-виконавчого права та кримінології
Академії Державної пенітенціарної служби

АДМІНІСТРАТИВНО-РЕЖИМНЕ ПРОВАДЖЕННЯ У СФЕРІ ОРГАНІЗАЦІЇ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ

Розглядається необхідність дослідження адміністративно-режимного провадження у сфері організації виконання покарань як передумови у реформуванні кримінально-виконавчої системи України. Визначено основні нормативно-правові акти, які встановлюють та визначають термін адміністративно-режимного провадження. Проаналізовано погляди вчених на поняття «адміністративно-режимне провадження».

Ключові слова: правовий режим, провадження, адміністративно-режимне провадження, Державна кримінально-виконавча служба України, кримінально-виконавча система України.

Постановка проблеми. Питання здійснення адміністративно-режимного провадження у сфері організації виконання покарань є актуальними в усьому світі, оскільки саме воно багато в чому визначає ефективність подальшої діяльності кримінально-виконавчої системи і, як наслідок, спокій у державі. Це, на нашу думку, зумовлює необхідність розгляду цього питання більш глибоко.

Актуальність теми дослідження. Дослідження проблеми адміністративно-режимного провадження у сфері організації виконання покарань є однією з малодосліджених проблем як у загальній теорії права, так і в науці адміністративного права. Розуміння проблематики цього поняття, а також недосконалість законодавства і правозастосовної практики, необхідність приведення їх у відповідність до міжнародних стандартів, підвищення ефективності дії наявних правових норм і правових інститутів держави, формування позитивної правової свідомості та правомірної поведінки як персоналу, так і засуджених вказують на своєчасність дослідження адміністративно-режимного провадження у сфері організації виконання покарань.

Стан дослідження. Дослідженню питання адміністративно-режимного провадження в юридичній літературі присвячено значну кількість робіт, а саме роботи: В. Б. Авер'янова, В. М. Бевзенка, В. В. Бєлєвцевої, Т. О. Коломоєць, В. К. Колпакова, А. Т. Комзюка, О. В. Кузьменка, С. В. Лихачова, Р. С. Мельника, Т. В. Мінки, О. І. Миколенка, В. Я. Настюка, В. П. Тимощука, М. М. Тищенка, А. М. Школика, О. М. Шевчука. Однак ця проблема не знайшла свого остаточного вирішення. Це наслідок того, що це питання доволі складне та дискусійне, а також воно недостатньо висвітлено в науковій літературі.

Мета та завдання статті – вирішення завдань щодо дослідження проблеми адміністративно-режимного провадження у сфері організації виконання покарань як передумови реформування кримінально-виконавчої системи України.

Для з'ясування сутності адміністративного провадження у сфері організації виконання покарань необхідно дослідити різні підходи до його розуміння. Як правильно підкреслює М. В. Джафарова, відсутність одностайності серед науковців щодо змістового навантаження процесуальної категорії адміністративного провадження, а також реформаційні процеси у сфері національної системи адміністративного процесуального права зумовлюють необхідність перегляду наявних наукових точок зору до розуміння сутності поняття «адміністративне провадження», вимагають з'ясування й уточнення особливостей його використання в сучасних умовах [1, с. 114].

Отже, проаналізуємо деякі доктринальні позиції більш ґрунтовно. Так, у своїй праці С. Г. Братель зазначає, що адміністративне провадження розуміється як урегульований нормами адміністративно-процедурного права порядок прийняття нормативно-правових актів управління та вирішення адміністративних справ [2, с. 100].

У свою чергу В. О. Тімашов вважає адміністративне провадження видом адміністративного процесу, що об'єднує послідовно здійснювані уповноваженим суб'єктом (публічною адміністрацією) процесуальні дії стосовно розгляду та вирішення індивідуальних справ [3, с. 173].

© В. Карелін, 2018

На думку С. В. Лихачова, адміністративне провадження являє собою нормативно врегульований порядок здійснення процесуальних дій, які забезпечують законний та об'єктивний розгляд і вирішення індивідуальних адміністративних справ, об'єднаних спільністю предмета провадження [4, с. 32].

На наш погляд, незважаючи на деяке різноманіття у використанні термінології (процес і порядок), ці точки зору нічим принципово не відрізняються. До цієї позиції приєднується й В. К. Колпаков. Зокрема, він пише: «Адміністративне провадження – це послідовна діяльність публічної адміністрації, врегульована адміністративно-процесуальними нормами, щодо розгляду та вирішення тих чи інших однорідних груп адміністративних справ» [5, с. 432].

Розгорнуте визначення адміністративного провадження наводить М. В. Джафарова, яка у своїй праці зазначає, що адміністративне провадження – це основний елемент адміністративного процесу, що являє собою системне утворення, комплекс взаємопов'язаних та взаємообумовлених дій, які, по-перше, становлять певну сукупність адміністративних процесуальних правовідносин, що відзначаються предметною характеристикою та пов'язаністю з відповідними матеріальними відносинами; по-друге, вказують на необхідність встановлення та обґрунтування всіх обставин і фактичних даних певної індивідуальної адміністративної справи; по-третє, зумовлюють необхідність закріплення, оформлення отриманих процесуальних результатів у відповідних актах-документах [6, с. 573]. У цьому визначенні автором не лише робиться спроба встановити сутність досліджуваного феномену, а й співвіднести адміністративне провадження з адміністративним процесом та адміністративними правовідносинами. Дещо схожий підхід, але такий, що відрізняється за змістом, можна спостерігати й у визначенні адміністративного провадження, що наводить С. С. Гнатюк. Так, науковець вважає, що адміністративне провадження – це діяльність із вирішення індивідуально-конкретної справи у сфері публічно-правових відносин, тоді як адміністративний процес – це будь-яка нормативно регламентована процесуальна діяльність публічних органів із задоволення публічних інтересів [7, с. 14]. Як бачимо, С. С. Гнатюк поняття «адміністративне провадження» та «адміністративний процес» не лише визначає у співвідношенні один до одного, а й паралельно вказує на сферу реалізації відповідної діяльності.

Ці загальні уявлення, запропоновані кількома визначеннями, видається можливим поширити й на сферу діяльності, пов'язаної з організацією та здійсненням відбування покарання. Водночас зазначимо, що кількість конкретних адміністративних проваджень, які можуть мати місце у сфері пенітенціарної системи, досить велика. Це, зокрема, зумовлюється специфічним характером суспільних відносин, що існують у цій сфері і якими мають охоплюватися всі сторони в'язничного життя, всією розмаїтістю безпекових правовідносин. Отже, не вбачається можливим натепер установити повний перелік проваджень. До того ж практика кримінально-виконавчої діяльності не стоїть на місці, що, власне, й зумовлює появу все нових і нових видів адміністративних проваджень. І кожне з них характеризується будь-якими своїми особливостями, рисами, що пов'язані з властивостями конкретної процедури прийняття того чи іншого рішення із конкретної справи, неоднаковим правовим статусом суб'єктів, які беруть участь у процесі, особливостями пенітенціарних правовідносин, що регулюються відповідним законодавством.

Разом із тим, окрім відмінних особливостей, що мають місце в кожному з видів адміністративних проваджень, їм властиві і деякі спільні (загальні) риси. До їх числа належать: 1) чітка урегульованість того чи іншого адміністративного провадження відповідними адміністративно-процедурними нормами; 2) певна соціальна спрямованість, що відбивається у меті адміністративного провадження. Такою метою є розв'язання конкретних справ у сфері забезпечення діяльності державної пенітенціарної системи або вирішення будь-яких технічних питань, пов'язаних із забезпеченням цієї діяльності (наприклад, для реалізації організаційно-виховної діяльності, ведення організаційно-господарських справ, діловодства тощо); 3) наявність обов'язкової сторони адміністративного провадження, а саме органу кримінально-виконавчої влади або уповноваженої посадової особи, яка наділена державно-владними повноваженнями в адміністративно-пенітенціарних правовідносинах; 3) стадійність, або наявність певних етапів; 4) визначені загальні правила оскарження дій посадових осіб або подання засудженими звернень чи скарг.

Проаналізувавши думки вчених щодо поняття адміністративного провадження, його характерних рис та елементів, ми дійшли висновку, що адміністративно-режимне провадження у сфері організації виконання покарань – це самостійний, законодавчо визначений, комплексний правовий інститут, щодо умов і порядку здійснення процесуальних дій, покликаних забезпечувати законний та об'єктивний розгляд і вирішення індивідуальних адміністративних справ, що об'єднані спільністю предмета провадження, з метою безпечного функціонування органів та установ виконання покарань та належного виконання

компетентними органами своїх зобов'язань на засадах непорушності конституційних прав і свобод людини та громадянина.

Видається, що для більш повного розуміння сутності адміністративно-режимного провадження у сфері виконання покарань слід розкрити види цих проваджень.

С. С. Гнатюк зазначає, що певні групи проваджень охоплюються тими чи іншими видами процесів. Наведемо ці види процесів, що включають у себе конкретні групи проваджень:

1) публічно-правовий процес. Ним охоплюються: а) нормотворчі провадження; б) реєстраційні провадження; в) дозвільні провадження; г) атестаційні провадження; д) заохочувальні провадження; е) контрольно-наглядові провадження; є) провадження з розгляду пропозицій та заяв тощо;

2) адміністративно-деліктний процес, що включає: а) провадження у справах про адміністративні проступки; б) дисциплінарні провадження; в) виконавчі провадження; г) провадження з розгляду скарг; д) тощо;

3) адміністративно-судовий процес, яким охоплюються провадження з розгляду позовів фізичних та юридичних осіб до суб'єктів публічної адміністрації [7, с. 18].

У свою чергу, адміністративно-режимні провадження у сфері організації виконання покарань мають власну специфіку й особливості, що залежать насамперед від характеру діяльності та функцій щодо забезпечення законності під час здійснення виконання покарань, забезпечення системи компетентних органів, змісту їхньої режимної діяльності тощо. Для повного уявлення про природу цього правового явища нам слід надати власну класифікацію адміністративно-режимних проваджень у сфері організації виконання покарань на основі попередньої:

1) публічно-правовий процес, яким охоплюються:

– нормотворчі провадження щодо діяльності органів та установ виконання покарань;

– дозвільні провадження щодо діяльності органів та установ виконання покарань;

– атестаційні провадження щодо діяльності персоналу органів та установ виконання покарань;

– заохочувальні провадження та провадження, пов'язані зі стягненням під час реалізації персоналом органів та установ виконання покарань своєї діяльності, а також стосовно засуджених, які відбувають покарання;

– контрольно-наглядові провадження щодо діяльності органів та установ виконання покарань;

– провадження з розгляду пропозицій та заяв щодо діяльності персоналу органів та установ виконання покарань тощо;

2) адміністративно-деліктний процес, що включає:

– провадження у справах про адміністративні проступки персоналу органів та установ виконання покарань;

– дисциплінарні провадження щодо персоналу органів та установ виконання покарань;

– провадження з розгляду скарг щодо діяльності персоналу органів та установ виконання покарань тощо;

3) адміністративно-судовий процес, яким охоплюється:

– провадження з розгляду позовів фізичних та юридичних осіб до суб'єктів, які здійснюють виконання покарань.

Висновки.

Проаналізувавши поняття та систему адміністративно-режимних проваджень у сфері організації виконання покарань, можна дійти висновку, що натепер ця система проваджень не прописана в жодному законі або відомчому нормативному акті, хоча вона реально існує. На нашу думку, систему адміністративно-режимних проваджень слід законодавчо закріпити, оскільки вона є основою процесуальної діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України.

Список використаних джерел:

1. Джафарова М. В. Актуальні проблеми визначення правової природи та сутності адміністративного провадження. Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр. / редкол.: В. В. Завальнюк (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. М. В. Афанасьєва. Одеса : Юрид. літ., 2015. Вип. 75. С. 114-119.

2. Братель С.Г. Природа та особливості адміністративних процедур. Visegrad Journal on Human Rights. 2014. № 2. С. 99-103.

3. Тімашов В.О. Поняття адміністративного процесу, його ознаки, принципи, структура, класифікація. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія «Юридична». 2011 № 3. С. 169-178.

4. Лихачов С.В. Дозвільне провадження в адміністративному процесі: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків. 2001. 153 с.

5. Колпаков В. К., Кузьменко О. В., Пастух І. Д., Сущенко В. Д. Курс адміністративного права України: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2012. 780 с.

6. Джафарова М.В. Щодо питання розуміння адміністративного провадження, як частини адміністративного процесу. Молодий вчений. 2016. № 12 (39). С. 571-573.

7. Гнатюк С.С. Провадження в справах про адміністративні проступки: проблемні питання структури: монографія. Львів: ЛьвДУВС, 2011. 156 с.

Рассматривается необходимость исследования административно-режимного производства в сфере организации исполнения уголовных наказаний как предпосылки в реформировании уголовно-исполнительной системы Украины. Определены основные нормативно-правовые акты, которые устанавливают и определяют термин «административно-режимное производство». Проанализированы взгляды ученых на понятие «административно-режимное производство».

Ключевые слова: правовой режим, производство, административное производство, Государственная уголовно-исполнительная служба, уголовно-исполнительная система Украины.

Need for administrative and regime proceedings in the field organization of punishment as a pre-condition in reforming the criminal executive system of Ukraine is considered. The basic normative and legal acts that define the term administrative and regime proceeding are outlined. The scientists' views on the concept administrative and regime proceeding are analyzed.

Key words: regime, proceeding, administrative proceeding, The state criminal executive service of Ukraine, criminal executive system of Ukraine.

УДК 342.95

Дар'я Катрич,
ад'юнкт кафедри адміністративного права, процесу та адміністративної діяльності Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ПРИНЦИП ПРОПОРЦІЙНОСТІ ПРАВОТИ ПОЛІЦЕЙСЬКОГО ТА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПРИЙНЯТІ РІШЕННЯ

Мета написання наукової статті – на підставі аналізу норм законодавства України, практики його застосування, наукових поглядів з'ясувати доцільність запровадження в діяльності Національної поліції принципу презумпції правоти поліцейського та запропонувати обґрунтовані зміни до Закону України «Про Національну поліцію». Автор досліджує зміст поняття «презумпція правоти», доводить свою точку зору з приводу імперативу презумпції правоти поліцейського. У представленій роботі висвітлена дискусія різних точок зору з приводу доречності введення в Україні принципу презумпції правоти поліцейського, а також змісту, який вкладається в даний принцип.

Ключові слова: поліцейський, принцип, презумпція правоти поліцейського, принцип пропорційності правоти поліцейського, відповідальність.

Постановка проблеми. Разом із початком функціонування в Україні Національної поліції України не припиняються дискусії з приводу законодавчого закріплення презумпції правоти поліцейського. Так, на наступний день після звістки про загибель двох поліцейських у Дніпрі під час виконання службового обов'язку Міністр внутрішніх справ Арсен Аваков анонсував внесення до парламенту законодавчих ініціатив про ширші права української поліції, про запровадження презумпції правоти поліцейського. "Імператив презумпції правоти поліцейських повинен стати соціальною нормою. Спочатку підкоряйся поліцейському – потім оскаржуй", – зазначив міністр на своєму Facebook [1]. Це означає, що під час виконання службового обов'язку поліцейський діє завідомо правомірно, в межах закону. Якщо ви вважаєте інакше – підкоріться, а потім оскаржуйте його дію або бездіяльність.

У свою чергу Х. Деканоїдзе, яка була головою Національної поліції на той момент, пояснила, що необхідність законодавчої фіксації презумпції невинності поліцейського зумовлена цілою низкою чинників, зокрема небажанням підкорятися поліції у разі зупинки для перевірки документів, відкритим перешкоджанням поліції на масових заходах. Було оприлюднено деякі деталі змін, а саме: збільшення строку затримання правопорушників до трьох діб та деякі зміни щодо поведінки водіїв транспортних засобів у разі їх зупинення поліцейським [2].

Ці зміни дотепер не запроваджені, проте їх анонсування викликало бурхливу реакцію науковців. Деякі вчені, наприклад І. Д. Шутак, вважають, що питання презумпції правоти поліцейських є логічною плутаниною в правовій державі. Крім того, презумпція правоти поліцейського не узгоджується з презумпцією невинуватості громадянина. Одночасна дія принципу невинуватості та принципу правоти веде до абсурду [3, с. 14].

Відповідно, **мета написання даної науковою статті** – на підставі аналізу норм законодавства України, практики його застосування, наукових поглядів з'ясувати доцільність запровадження в діяльності Національної поліції принципу презумпції правоти поліцейського та запропонувати обґрунтовані зміни до Закону України «Про Національну поліцію».

Публікації, в яких започатковано розв'язання даної проблематики. В юридичній науці неодноразово предметом дослідження представників теорії держави та права були питання, що стосуються презумпції невинуватості (В. К. Бабаєв, С. А. Дацюк, Р. Ієрінг, Є. О. Крапивін, І. І. Онищук, О. Ф. Скакун та інші).

Удосконаленню діяльності офіцерів поліції (співробітників міліції) присвячені роботи провідних учених-адміністративістів, таких як: А. Б. Авер'янов, О. М. Бандурка, Д. М. Бахрах, В. М. Бевзенко, Ю. П. Битяк, В. М. Гаращук, І. П. Голосніченко, В. А. Глуховеря, В. К. Колпаков, Р. А. Калюжний, А. Т. Комзюк, Т. О. Коломоєць, Є. В. Курінний, Т. П. Мінка, Р. В. Миранюк, О. В. Негодченко, В. П. Тимощук та багато інших.

Спробами комплексного дослідження питання сутності принципу презумпції правоти поліцейського та його правової регла-

© Д. Катрич, 2018

ментації стали роботи Т. Гранчак, І. І. Онищука, І. Т. Шутака тощо.

Проте зазначене вище питання залишається невирішеним на законодавчому рівні, а практика діяльності Національної поліції вказує на зменшення авторитету поліцейських з кожним роком. Так, у жовтні 2017 року рівень довіри населення України до Національної поліції в цілому становив 39,3 %, а до патрульної поліції зокрема – 40,9 % [4]. Хоча у березні 2017 року рівень довіри до Національної поліції становив 43,5 %, а до патрульної поліції – 53 % [5]. Тому подальші наукові пошуки та законодавчі ініціативи мають вирішити проблемні питання в діяльності Національної поліції зокрема.

Виклад основного матеріалу. Для досягнення поставленої мети з'ясуємо сутність та значення поняття «презумпція правоти поліцейського», визначимо доцільність запровадження даного принципу в Україні та запропонуємо зміни до державної нормативно-правової бази.

Відповідно до академічного тлумачного словника «презумпція» в юридичному значенні означає закріплене в законі припущення про існування певного факту, реальність якого вважається істинною і не потребує доказів [6, с. 533], а «правота» – правильність думок, суджень, учинків, дій [6, с. 509]. Отже, можна зробити висновок, що поняття «презумпція правоти поліцейського» слід розуміти як правильність дій поліцейського, що не потребує доказів, тобто законність дій поліцейського є завідомо істинною.

Презумпція правоти – це не узаконене свавілля правоохоронця, не його право робити все, що заманеться, і тим паче не можливість віддавати будь-які накази беззахисному громадянину. Презумпція правоти полягає в тому, що в силу одного лише статусу і самого факту служби в правоохоронних органах держави поліцейського наділяють низкою ексклюзивних повноважень, насамперед повноважень щодо застосування методів примусу, яких немає у звичайного громадянина, повноважень щодо застосування та використання зброї, а також встановлюють пільги, що має забезпечити виконання поліцейським своїх обов'язків на належному рівні. Тим самим держава як би презюмує свідому добропорядність кожного поліцейського. Якщо ж це не так, якщо поліцейський порушує закон на шкоду інтересам громадян, то тоді презумпція правоти повинна бути спростована судом стосовно конкретного поліцейського, в доброчесності поведінки якого виникли сумніви [3, с. 13].

Отже, на нашу думку, принцип правоти поліцейського як соціальна категорія полягає в перевазі поліцейського під час взаємодії з громадянином через більшу обізнаність поліцейського, як діяти в тій чи іншій ситуації, оскільки поліцейський, який виконує покладені на нього державою обов'язки, зобов'язаний мати відповідну підготовку та знання і, враховуючи обстановку, яка склалася, висуває вимоги до громадян, що обов'язкові для виконання за умови їх беззаперечної законності і відповідності Конституції України. Для цього необхідно максимально підняти рівень довіри населення до поліції. Тобто громадяни будуть упевнені, що все, що вимагає поліцейський, робиться лише на користь громадянина і необхідно підкоритися вимозі поліцейського, щоб надалі не допустити більш серйозних наслідків. Суспільство має прийняти як факт, що вимоги поліцейського обов'язкові для виконання. Тоді можна буде говорити не тільки про рівень довіри населення до поліції, а й про рівень безпеки в державі в цілому.

Проте йдеться не про тотальний контроль поліцейською системою громадян, як це відбувається при тоталітарних та антидемократичних режимах. Мається на увазі лише «презумпція правоти поліцейського» як основа гарантії його професійної діяльності. Це фактично дублювання та додаткове законодавче закріплення вказаного в п. 2 ст. 62 Закону України «Про Національну поліцію» положення про те, що законні вимоги поліцейського є обов'язковими для виконання всіма фізичними та юридичними особами. Водночас вимоги поліцейських мають бути тільки законними, тобто такими, що відповідають чинному законодавству України та належать до компетенції поліції. Вимоги, що відповідають змісту закону, але висунуті поліцейським поза межами його компетенції, не можуть вважатися законними. Наприклад, вимога поліцейського повернути майно власнику на підставі рішення суду є незаконною, адже відповідно до вимог Закону України «Про виконавче провадження» виконання рішень судів є компетенцією державних виконавців. Поліцейський може тільки надавати послуги щодо забезпечення публічної безпеки та порядку, охорони прав і свобод людини, а також інтересів суспільства та держави під час здійснення примусового виконання рішень.

Інша умова, закладена в цій частині статті, – обов'язковість виконання вимог поліцейського. Якщо фізична особа або представник юридичної особи встановили законність вимог поліцейського, вони мають їх виконати. У разі невиконання законних вимог поліцейського він має право застосовувати примус (на підставі та в порядку, визначе-

них законодавством) для виконання своїх обов'язків, а особи, які не виконують вимоги, можуть притягатися до відповідальності за таке невиконання [8, с. 242].

Особа має право не виконувати незаконні вимоги і навіть чинити опір їх примусовому виконанню у встановлених законодавством межах необхідної оборони і крайньої необхідності. Законність вимог поліцейського полягає у необхідності здійснювати свою діяльність лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України, та забороні віддавати злочинні чи явно незаконні розпорядження та накази; заміщати законність службовою, економічною або іншою доцільністю [9, с. 118].

Із цього виникає питання: яка вимога поліцейського має вважатися незаконною і не виконуватись.

Згідно з п. 2 статті 29 «Про Національну поліцію» поліцейський на свій розсуд має право вибрати необхідний поліцейський захід, який повинен бути законним, необхідним, пропорційним та ефективним. Проте людський фактор не виключає можливість прийняття неоптимального і навіть незаконного рішення. Більше того, в основу рішення поліцейського у момент його прийняття можуть бути покладені тактичні, оперативні міркування або службова необхідність, які, очевидно, не відомі пересічній особі. Наприклад, стаття 31 Закону України «Про Національну поліцію» дає поліцейському право вибирати та застосовувати до особи необхідний, на його думку, превентивний захід із одинадцяти, передбачених Законом. Неправильне правозастосування не може мати місця, оскільки поліцейський діє на власний розсуд, але в межах законного повноваження, із тією метою, для досягнення якої це повноваження надано. Особі з точки зору закону залишається підкоритися вимозі. Розсуд поліцейського передбачає ризик і визнання права на помилку, а отже, і права поліцейського на безперешкодне здійснення відповідного повноваження у встановлених законом межах.

Явно незаконними є вимоги і дії працівника поліції, котрі не передбачені Законом України «Про Національну поліцію», в тому числі які суперечать передбаченим у його статтях 6-12 принципам діяльності поліції, а також ті, що виходять за межі його компетенції (ст. 222 КУпАП). Наприклад, явно незаконними будуть катування затриманого, проникнення до житла особи без відповідної ухвали суду, обшук особи, яка втратила здатність орієнтуватися та самостійно пересуватися, огляд особи іншої статі [9, с. 119].

Отже, законодавче закріплення принципу пропорційності правоти поліцейського має два вектори спрямування: з одного боку, він покликаний забезпечити рівень якості й ефективності роботи поліції, від якого залежить безпека і добробут населення; з іншого боку, виступає засобом обмеження повноважень поліції суворими рамками законності.

Водночас держава повинна гарантувати справедливе судочинство – оперативний, всебічний та об'єктивний розгляд справ щодо надання оцінки законності дій поліцейського, якщо притягнута до адміністративної відповідальності особа висловлювала в цьому якісь сумніви. Держава, надаючи поліцейському широкий спектр повноважень та впроваджуючи принцип презумпції правоти поліцейського, повинна гарантувати справедливе судочинство, можливість притягнення правоохоронців до кримінальної, адміністративної, цивільно-правової або дисциплінарної відповідальності, якщо вони порушуватимуть закон [7].

У зв'язку з цим з метою виключення можливості порушення прав громадян через розширення прав поліцейських і одночасно сприяння виконанню поліцейськими покладених на них обов'язків ми пропонуємо доповнити принципи діяльності Національної поліції принципом пропорційності правоти поліцейського та його відповідальності у разі порушень меж закону.

Необхідність та доцільність запровадження принципу пропорційності правоти поліцейського підтверджується проведеним нами соціологічним дослідженням серед офіцерів Національної поліції України, за результатами якого переважна кількість респондентів (81,9 %) визначили саме цей принцип як такий, що підвищить ефективність діяльності Національної поліції і має бути законодавчо закріплений; 12,9 % респондентів вибрали таким принципом принцип «безсторонності» поліцейського, тобто недопустимість прихилення до жодної зі сторін кримінального процесу протягом усього часу провадження по справі; 1,3 % респондентів – принцип гендерної рівності поліцейських .

Результати проведеного дослідження підтверджують нашу думку щодо необхідності законодавчого закріплення в нормах Закону України «Про Національну поліцію» принципу пропорційності правоти поліцейського.

Висновок.

З огляду на вищевказане, пропонуємо доповнити Закон України «Про Національну поліцію» статтею 11-1 такого змісту:

«Стаття 11-1. Принцип пропорційності правоти поліцейського і відповідальності за прийняті їм рішення.

Поліцейський, виконуючи покладені на нього обов'язки, чітко діє згідно із законом, самостійно вибираючи в обстановці, яка склалася, алгоритм дій, якій є оптимальним для даної ситуації, тому його вимоги є обов'язковими для виконання, незважаючи на те, чи погоджується з цим особа, до якої ці вимоги висунуто.

У разі, якщо вимоги виявилися незаконними, поліцейський несе кримінальну, адміністративну, цивільно-правову або дисциплінарну відповідальність залежно від наслідків вчинюваного діяння».

Список використаних джерел:

1. Офіційна сторінка Арсена Авакова у соціальній мережі Facebook URL: http://www.Facebook.com / arsen.avakov.1 / posts /1142698665820238

2. Деканоідзе пояснила, які повноваження хочуть додати поліцейським. URL: http:// www.pravda.com.ua/news/2016/09/27/7121891/.

3. Шутак І.Д. Колізія між презумпцією невинуватості громадянина та презумпцією правоти полцейського. Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. 2016. № 5. С. 9-15.

4. Рівень довіри до служб МВС значно виріс, – Аваков. URL: https://ua.censor.net.ua/ news/3046947/riven_doviry_do_slujb_mvs_ znachno_vyris_avakov

5. Арсен Аваков: рівень довіри до Нацполіції 43,5 %, а до патрульної поліції 53 % URL : http://mvs.gov.ua/ua/news/6976_Stavlennya_ naselennya_do_reformi_policii_v_Ukraini_ PREZENTACIYA.htm

6. Словник української мови: в 11 томах. URL: http://sum.in.ua

7. Глуховеря В.А. Вплив світових стандартів на сучасний статус поліцейського в Україні. Право і суспільство. № 2. 2016. С. 114-120.

8. Онищук І. І. Законодавче закріплення презумпції правоти поліцейського. URL : https://risu.org.ua/ua/index/blog/~pravovyj/64885/

9. Закон України «Про Національну поліцію» : наук.-практ. комент. / за заг. ред. д-ра юрид. наук, доц. В. В. Сокуренка; О. І. Безпалова, К. Ю. Мельник, О. О. Юхно та ін. ; передм. В. В. Сокуренка. Харків, 2016. 408 с.

Цель написания научной статьи – на основании анализа норм законодательства Украины, практики его применения, научных взглядов выяснить целесообразность ввода в деятельности Национальной полиции принципа презумпции правоты полицейского и предложить обоснованные изменения в Закон Украины "О Национальной полиции". Автор исследует содержание понятия "презумпция правоты", доводит свою точку зрения по поводу императива презумпции правоты полицейского. В представленной работе представлена дискуссия разных точек зрения по поводу уместности введения в Украине принципа презумпции правоты полицейского, а также содержанию, которое вкладывается в данный принцип.

Ключевые слова: полицейский, принцип, презумпция правоты полицейского, принцип пропорциональности правоты полицейского, ответственность.

The aim of writing of the scientific article is based on analysis of norms of legislation of Ukraine, practice of its application, scientific looks to find out expediency of input in activity of the National police of principle of presumption of rightness of police officer and offer reasonable changes in Law of Ukraine "About the National police". An author investigates maintenance of concept "presumption of rightness", leads to the point of view concerning the imperative of presumption of rightness of police officer. In the presented work, there is a discussion of different points of view concerning the appropriateness of introduction to Ukraine of principle of presumption of rightness of police officer, and to maintenance that is laid in this principle.

Key words: police officer, principle, presumption of rightness of police officer, principle of proportion of rightness of police officer, responsibility.

УДК 342.9

Валентина Натарова,
науковий співробітник відділу розроблення та вдосконалення форми одягу Державного науково-дослідного інституту Міністерства внутрішніх справ України

ЗМІСТ ТА СТРУКТУРА РЕЧОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАЦІВНИКІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ

З'ясовано місце речового забезпечення в системі матеріально-технічного забезпечення Національної поліції. Розглянуто нормативно-правове регулювання та сутність речового забезпечення працівників Національної поліції України. Визначено структуру речового забезпечення поліцейських. Виокремлено види речового майна в діяльності Національної поліції.

Ключові слова: Національна поліція, матеріально-технічне забезпечення, речове забезпечення, речове майно, однострій поліцейських.

Актуальність теми. Розбудова державності в Україні, охорона прав, свобод і законних інтересів громадян, забезпечення верховенства права в усіх сферах суспільного життя залишається основним напрямом державного розвитку. Одну з головних ролей у реалізації цих завдань відведено Національній поліції України, оскільки її ефективна діяльність є запорукою досягнення правопорядку в суспільстві, що є необхідним підґрунтям для реалізації якісно нових звершень у загальнодержавному масштабі.

Виклад основного матеріалу. Визначальним фактором, який формує ефективність виконання працівником функціональних обов'язків, є належний рівень соціального забезпечення, одним із видів якого є матеріальне, що повною мірою стосується і працівників поліції, які під час виконання службових обов'язків зазнають значних фізичних, психологічних та емоційних перевантажень. Як наслідок, до поліцейських висуваються підвищені вимоги, а саме, щодо їх інтелектуального, морального і культурного рівня, професійних, ділових і особистих якостей, стану здоров'я, стилю життя, соціальних зв'язків. А це, у свою чергу, потребує належного функціонування дієвої системи матеріально-технічного забезпечення, важливим складником якого є речове забезпечення. Важливість ефективного функціонування системи речового забезпечення поліцейських зумовлена впливом цього процесу на якість виконання завдань особовим складом, на запобігання корупції в правоохоронних органах, а також, що особливо важливо сьогодні, на безпеку поліцейських під час виконання ними службових завдань.

На жаль, сучасна система речового забезпечення працівників поліції має численні вади та потребує докорінного реформування. За останні десять років забезпечення форменим обмундируванням працівників органів внутрішніх справ відповідно до затверджених норм забезпечення становило 20 % від загальної потреби за основними видами форменого обмундирування, що негативно відображалось на зовнішньому вигляді працівника міліції та результативності реалізації поставлених службових завдань.

Слід зазначити, що у законодавчій базі стосовно речового забезпечення органів Національної поліції України наявні численні прогалини, неточності та суперечності, а відсутність наукових напрацювань не дозволяє їх швидко та ефективно усунути. Особливо гострою зазначена проблема є сьогодні, коли здійснюється системне реформування правоохоронної системи у тому числі й у напрямі речового забезпечення [1, с. 2].

Вперше форми речового забезпечення українських міліціонерів були встановлені ще у січні 1920 р. відомчими нормативно-правовими актами уповноваженого Головного управління міліції НКВС РСФРР при Всеукраїнському революційному комітеті [2, с. 15].

Зміни, що останнім часом відбуваються в Україні, активізували трансформацію всієї правоохоронної системи, передусім органів внутрішніх справ.

Прийнятий 02.07.2015 Закон України «Про Національну поліцію» відкрив можливості докорінно змінити ситуацію в нашій державі та передбачив утворення нового правоохоронного органу – Національної поліції,

© В. Натарова, 2018

що покликаний забезпечити публічну безпеку і порядок, права і свободи людини, інтереси суспільства і держави.

Вищевказаний Закон визначив правові засади організації та діяльності Національної поліції України, статус поліцейських, а також порядок проходження служби в Національній поліції України. При цьому вказаний Закон, а також прийняті на його реалізацію підзаконні нормативно-правові акти, на жаль, залишили поза увагою належне нормативне регулювання системи речового забезпечення працівників Національної поліції.

Сьогодні це питання розглядається через призму поняття «матеріально-технічного забезпечення» працівників Національної поліції.

Так, відповідно до ст. 105 Закону України «Про національну поліцію» фінансування і матеріально-технічне забезпечення поліції здійснюються за рахунок коштів Державного бюджету України, а також інших джерел, не заборонених законом [3].

На реалізацію цієї норми Положення про Національну поліцію визначає, що Національна поліція відповідно до покладених на неї завдань організовує і здійснює в установленому порядку матеріально-технічне та ресурсне забезпечення діяльності органів Національної поліції, підприємств, установ та організацій, що належать до сфери її управління, зокрема, приміщеннями, полігонами, засобами зв'язку, транспортними засобами, озброєнням, спеціальними засобами, пально-мастильними матеріалами, одностроєм, іншими видами матеріально-технічних ресурсів, необхідних для виконання покладених на них завдань [4].

Дослідники питань матеріально-технічного забезпечення відзначають, що процес матеріального та технічного забезпечення органів поліції практично завжди був пов'язаний з певними історичними та політичними процесами і відповідно впливав на ефективність і стабільність роботи поліцейських за головними своїми функціями. Це дуже важкий економічно-соціальний процес. За ринкових умов важливою умовою є вивчення кон'юнктури ринку, пошук найбільш вигідних постачальників, встановлення попиту на ресурси і контроль за виконанням умов постачання.

М. Ф. Криштанович, наприклад, до видів матеріально-технічного забезпечення в системі колишніх органів внутрішніх справ відносить забезпечення озброєнням, бойовою та іншою технікою, боєприпасами, засобами зв'язку, транспортними засобами, оперативною та організаційною технікою, речовим, господарським майном, спецодягом, казарменим інвентарем тощо [5, с. 264].

У свою чергу М. С. Бідюкова під видами матеріального забезпечення розуміє: грошове забезпечення; забезпечення майном (озброєння, боєприпаси, бойова та інша техніка, засоби зв'язку, криміналістична, оперативна та організаційна техніка, транспортні засоби, запасні частини, паливно-мастильні матеріали, хімічне, інженерне, автотехнічне майно, продовольство, майно продовольчої служби, паперова продукція, речове, господарче, спортивне майно, спецодяг, меблі, казармений інвентар, наукові та навчальні посібники тощо); пільги та компенсації; соціальне страхування; пенсійне забезпечення; житлове забезпечення; медичне та санаторно-курортне забезпечення [6, с. 24].

Як бачимо, забезпечення речовим майном розглядається як частина матеріально-технічного забезпечення працівників Національної поліції України.

Нами уже відзначалось, що натепер у законодавстві відсутні поняття речового забезпечення працівників Національної поліції України, його зміст, складники, поняття речового майна, яке використовується поліцейськими, та ін.

Наразі формальне розуміння речового забезпечення поліцейських зводиться до забезпечення поліцейських одностроєм, під яким розуміється загальна назва затверджених у встановленому порядку предметів одягу, головних уборів, взуття, білизни, спорядження та знаків розрізнення, які мають особливі відмінні відзнаки (колір, конструкцію, крій, фурнітуру) [7].

Відзначається, що забезпечення поліцейських одностроєм здійснюється за рахунок коштів Державного бюджету України (за винятком поліцейських поліції охорони, яка утримується за рахунок коштів від надання послуг з охорони, які здійснюються на договірних засадах), інших джерел, не заборонених законом, з урахуванням установлених нормами належності строків носіння (експлуатації) предметів однострою [8].

Але таке розуміння, на наш погляд, є дещо звуженим і не охоплює весь зміст поняття «речове забезпечення поліцейських».

У зв'язку з цим для з'ясування сутності даного поняття видається доцільним звернутись до практики інших правоохоронних органів та військових формувань, а також регулювання діяльності колишніх органів внутрішніх справ.

Так, відповідно до Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ особи рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ одержували грошове і речове забезпечення за нормами, встановленими законодавством [9].

Наказом МВС України від 05.12.2003 № 1489 «Про затвердження Положення про забезпечення речовим майном осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ і військовослужбовців внутрішніх військ МВС України» речове постачання визначалось як забезпечення потреб осіб рядового та начальницького складу, військовослужбовців внутрішніх військ обмундируванням, взуттям, білизною, спорядженням, тканинами для пошиття форменого одягу, знаками розрізнення, фурнітурою, знаменами, теплими речами, постовим одягом, наметами, спеціальним одягом та взуттям, спортивним майном, тканинами для експлуатаційних потреб, обозним майном та спорядженням для службових тварин [10]. Але він був скасований як такий, що не пройшов державну реєстрацію, а новий натепер відсутній.

Найбільш детально зазначене питання регулюється в Збройних Силах України. Відповідно до Інструкції про речове забезпечення військовослужбовців Збройних Сил України речове забезпечення військовослужбовців Збройних Сил включає забезпечення:

– обмундируванням, взуттям, натільною і теплою білизною, теплими і постільними речами, спорядженням, спеціальним одягом, предметами індивідуального захисту (окуляри та окуляри-маска захисні балістичні, шоломи та бронежилети балістичні), спеціальним одягом та спорядженням для виконання спеціальних завдань, нагрудними знаками, знаками розрізнення і фурнітурою, ідентифікаційними жетонами, санітарно-господарським, спортивним та гірським спортивним майном, наметами, брезентами, м'якими контейнерами, декоративними тканинами і килимовими виробами;

– матеріалами для пошиття, ремонту та хімічного чищення речового майна (крім розчинників);

– папером, друкарськими машинками, бланками та книгами обліку і звітності по речовій службі, а також іншими бланками та книгами;

– духовими та ударними музичними інструментами для штатних військових оркестрів;

– бойовими прапорами;

– технічними засобами речової служби, а також обладнанням, інструментом, запасними частинами та інвентарним майном для речових ремонтних майстерень і лазнепральних підприємств [11].

Під речовим майном у Національній гвардії України розуміються предмети обмундирування, взуття, білизни, постільних речей, спорядження, спеціального, концертного та постового одягу, нагрудні знаки і знаки розрізнення, санітарно-господарське, культурно-просвітницьке та спортивне майно, верхолазне спорядження, спеціальне спорядження для службових собак, технічні засоби речової служби та запасні частини до них, інструмент та матеріали для пошиття, ремонту та хімічного чищення речового майна, намети, брезенти, декоративні тканини і килимові вироби, музичні інструменти для штатних військових оркестрів, прапори, папір, канцтовари, бланки та книги обліку і звітності, мило та мийні засоби;

Речове забезпечення включає:

– забезпечення речовим майном та створення належних умов для зберігання окремих предметів речового майна;

– створення та утримання запасів речового майна;

– банно-пральне обслуговування;

– ремонт речового майна;

– ведення управлінського обліку і подання звітності речової служби;

– планування та контроль за витратами матеріальних засобів і бюджетних асигнувань, передбачених на речове забезпечення [12].

У свою чергу в Держприкордонслужбі метою речового забезпечення є задоволення потреб військовослужбовців та працівників у військовій та спеціальній формі одягу, теплих та постільних речах, захисному спорядженні, предметах індивідуального захисту, тканинах, знаках розрізнення військовослужбовців, санітарно-господарському, культурно-просвітницькому майні, спортивному інвентарі та лазне-пральному обслуговуванні [13].

Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України метою речового забезпечення визначає задоволення потреб військовослужбовців в обмундируванні, натільній білизні, теплих і постільних речах, спорядженні, спеціальному одязі, знаках розрізнення, спортивному майні, наметах, інших необхідних засобах для належного виконання службових завдань у мирний час та особливий період. До речового майна належить військова форма одягу, тканини для пошиття форменого одягу, знаки розрізнення військовослужбовців, постільні речі, спорядження, спеціальний одяг, спортивний одяг [14].

Речовим забезпеченням працівників Державної кримінально-виконавчої служби є задоволення потреб персоналу у формі одягу, взутті, натільній білизні, теплих і постільних речах, спорядженні, тканинах для пошиття форми одягу, нарукавних знаках і знаках розрізнення, спеціальному одязі та взутті, санітарно-господарському майні, постовому

одязі, ремонтних матеріалах, що дає змогу створити необхідні умови для виконання персоналом службових завдань [15].

Для працівників Служби Безпеки України метою речового забезпечення є забезпечення військовослужбовців військовою формою одягу, тканинами для пошиття форменого одягу, натільною білизною, теплими і постільними речами, спорядженням, спеціальним одягом, спеціальним форменим одягом, знаками розрізнення, спортивним майном, наметами, іншими необхідними засобами для належного виконання службових завдань у мирний час та особливий період.

Речове майно визначається як військова форма одягу, тканини для пошиття форменого одягу, знаки розрізнення військовослужбовців, постільні речі, спорядження, спеціальний одяг, спортивне майно, спеціальний формений одяг [16].

Аналіз цих та інших нормативно-правових актів дає підстави зробити висновок, що під речовим забезпеченням розуміється набагато ширший перелік речового майна, ніж формений одяг чи обмундирування.

Враховуючи вищезазначене та особливості організації матеріально-технічного забезпечення поліції, вбачаємо за доцільне сформулювати власне бачення змісту речового забезпечення поліцейських.

Під речовим забезпеченням працівників Національної поліції України пропонується розуміти сукупність нормативних та організаційних заходів спеціально-уповноважених суб'єктів, спрямованих на забезпечення речовим майном працівників Національної поліції України відповідно до встановлених норм і обсягів, які є достатніми для ефективного та своєчасного виконання функціональних обов'язків, що покладаються на органи та підрозділи Національної поліції України.

Система реалізації заходів з речового забезпечення повинна включати в себе такі елементи:

– забезпечення речовим майном та створення належних умов для зберігання окремих предметів речового майна;
– створення та утримання запасів речового майна;
– ремонт речового майна;
– ведення бухгалтерського обліку і подання звітності;
– планування та контроль за витратами матеріальних засобів і бюджетних асигнувань, передбачених на речове забезпечення.

На наш погляд, до речового майна в системі Національної поліції слід відносити:

– однострій поліцейських;
– спеціальні жетони;
– тканини для пошиття форменого одягу;
– спеціальний одяг та взуття для виконання спеціальних завдань;
– спортивне майно;
– тканини для експлуатаційних потреб;
– спорядження для службових тварин (службові коні та собаки);
– канцелярські товари для потреб підрозділів речового забезпечення;
– духові та ударні музичні інструменти для штатних оркестрів;
– інші види матеріальних ресурсів, необхідні для виконання покладених на поліцію завдань.

Підсумовуючи, слід зазначити, що система речового забезпечення працівників Національної поліції потребує подальшого розвитку та постійного вдосконалення. Мати сучасну поліцію без належного речового забезпечення неможливо. Сучасний поліцейський, навіть оснащений ефективною зброєю, спеціальними засобами і технікою, не зможе ефективно виконувати повсякденні службові завдання без належної екіпіровки і організованого речового забезпечення.

Список використаних джерел:

1. Бакал В. П. Адміністративно-правові засади речового забезпечення працівників органів внутрішніх справ : автореф. дис ... канд. юрид. наук.: 12.00.05. Дніпропетровськ, 2015. 22 с.
2. Делібалтова Ю. В.Матеріальне забезпечення та комплектування кадрів міліції в УРСР у першій половині 20-х років XX ст. Історичний архів. 2011. № 6. С. 13-17.
3. Про Національну поліцію: Закон України від 02.07.2015. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/580-19.
4. Про затвердження Положення про Національну поліцію: Постанова Кабінету Міністрів України від 28.10.2015 № 877. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/877-2015-%D0%BF/paran9#n9.
5. Кристанович М. Ф. Модернізація механізмів державного управління в системі органів внутрішніх справ сучасної України : дис ... д-ра. юрид. наук.: 25.00.02. Львів, 2016. 474 с.
6. Бідюкова М. С. Правове регулювання матеріального забезпечення працівників ОВС : дис ... канд. юрид. наук.: 12.00.05. Харків. 2008. 217 с.
7. Про затвердження Правил носіння однострою поліцейських: наказ МВС України від 19.08.2017 № 718. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1122-17.
8. Про затвердження норм належності однострою поліцейських (у мирний час): наказ МВС України від 22.06.2016 № 530. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1004-16.
9. Про затвердження Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ: Постанова Кабінету

Міністрів Української РСР від 29.07.1991 № 114. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/114-91-%D0%BF.

10. Про затвердження Положення про забезпечення речовим майном осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ і військовослужбовців внутрішніх військ МВС України: наказ МВС України від 05.12.2003 № 1489. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/MVS186?an=339&ed=2010_07_22.

11. Про речове забезпечення військовослужбовців Збройних Сил України: наказ Міністерства оборони України від 29.04.2016 № 232. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0767-16.

12. Про речове забезпечення Національної гвардії України: наказ МВС України від 07.06.2017 № 503. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0797-17.

13. Про речове забезпечення військовослужбовців та працівників Державної прикордонної служби України в мирний час та особливий період: наказ МВС України від 31.10.2016 № 1132. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1536-16.

14. Про речове забезпечення військовослужбовців Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України в мирний час та особливий період: наказ Адміністрації Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України від 08.12.2017 № 673. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0013-18.

15. Про забезпечення речовим майном персоналу Державної кримінально-виконавчої служби: Постанова Кабінету Міністрів України від 14.08.2013 № 578. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/578-2013-%D0%BF.

16. Про затвердження Інструкції про речове забезпечення військовослужбовців Служби безпеки України в мирний час та особливий період: наказ Служби Безпеки України від 10.11.2016 № 584. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1639-16.

Выяснено место вещевого обеспечения в системе материально-технического обеспечения Национальной полиции. Рассмотрены нормативно-правовое регулирование и сущность вещевого обеспечения работников Национальной полиции Украины. Определена структура вещевого обеспечения полицейских. Выделены виды вещевого имущества в деятельности Национальной полиции.

Ключевые слова: Национальная полиция, материально-техническое обеспечение, вещевое обеспечение, вещевое имущество, униформа полицейских.

The place of material support in the logistics system of the National Police is determined. The normative-legal regulation and the essence of material support of employees of the National Police of Ukraine are considered. The structure of the maintenance of police officers is determined. The types of real property in the activities of the National Police are singled out.

Key words: National Police, logistics, property, real estate, uniform police.

УДК 342.536

Андрій Деркач,
канд. юрид. наук,
Народний депутат України

КОАЛІЦІЯ ДЕПУТАТСЬКИЙ ФРАКЦІЙ ЯК ОСОБЛИВИЙ СУБ'ЄКТ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Стаття присвячена одному з важливих суб'єктів конституційних правовідносин, який відповідно до Основного Закону України наділяється окремим власним повноваженням в процедурі формування Кабінету Міністрів України, – коаліції депутатських фракцій Верховної Ради України. Автор аналізує основні конституційні положення стосовно даного суб'єкта, правові позиції Конституційного Суду України, який здійснював тлумачення положень Основного Закону стосовно коаліції депутатських фракцій, досліджує судову практику в спорах стосовно існування коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України VIII скликання.

Ключові слова: коаліція депутатських фракцій, парламентська більшість, суб'єкт конституційних правовідносин, коаліційна угода.

У сучасних умовах розвитку вітчизняного парламентаризму питання існування та функціонування коаліції парламентських фракцій у Верховній Раді України залишається невизначеним в аспекті її правового регулювання, викликає чимало дискусій в наукових колах та засобах масової інформації, породжує низку проблем у практичній площині функціонування вищих органів законодавчої та виконавчої державної влади, а також стає предметом розгляду в конституційному, а також адміністративному судочинстві.

З огляду на вищевикладене, дана проблематика не потребує додаткового обґрунтування своєї актуальності. Окремі аспекти правового визначення статусу коаліції депутатських фракцій, юридичної характеристики коаліційної угоди, порівняльний аналіз коаліційних урядів були предметом наукових публікацій ряду українських дослідників, учених, серед яких: І. Берназюк, К. Данічева, О. В. Кульчицька, О. Совгиря, В. Чуба. Однак дана проблематика потребує не лише ґрунтовного наукового дослідження, але й вироблення конкретних пропозицій щодо внесення змін до чинного законодавства стосовно вдосконалення правового регулювання важливого суб'єктуа конституційних правовідносин – коаліції депутатських фракцій.

Цей суб'єкт конституційних відносин з'явився на політичній арені не так давно з внесенням змін до Основного Закону України в 2004 році. Однак із часом, внаслідок чергових законодавчих змін, із правового поля зникли відповідні норми про коаліцію депутатських фракцій і в Конституції, і в Регламенті Верховної Ради України. Події 2014 року, пов'язані зі зміною влади, вкотре змінили ряд конституційних положень, і Законом України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» від 21 лютого 2014 р. № 742-VII в конституційне законодавство повертаються положення стосовно коаліції депутатських фракцій.

Відразу після парламентських виборів в 2014 року у Верховній Раді України VIII скликання була сформована коаліція «Європейська Україна», до складу якої входили фракції «Блоку Петра Порошенка», «Народного фронту», «Самопомочі», «Батьківщини» і Радикальної партії. Однак із часом три її учасники – Радикальна партія Ляшка, Об'єднання «Самопоміч» та ВО «Батьківщина», які підписували Угоду про коаліцію депутатських фракцій «Європейська Україна», вийшли із неї.

Актуальне питання сьогодення – існування коаліції у Верховній Раді України, її роль у формуванні Уряду України, ефективність парламентської більшості.

Стаття 83 Конституції України в редакції Закону № 742-VII від 21.02.2014 передбачає, що у Верховній Раді України за результатами виборів і на основі узгодження політичних позицій формується коаліція депутатських фракцій, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України [3].

Коаліція депутатських фракцій у Верховній Раді України формується протягом одного місяця з дня відкриття першого засідання Верховної Ради України, що проводиться після чергових або позачергових виборів Верховної Ради України, або протягом місяця з

© А. Деркач, 2018

дня припинення діяльності коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України.

Правами коаліції наділяється також депутатська фракція у Верховній Раді України, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України.

Також у цій же статті закріплене основне повноваження коаліції: вона вносить пропозиції Президенту України щодо кандидатури Прем'єр-міністра України, а також відповідно до цієї Конституції вносить пропозиції щодо кандидатур до складу Кабінету Міністрів України. Тобто виступає важливим суб'єктом формування Уряду, що неодноразово підтверджувалося рішеннями Конституційного Суду України. Так, Конституційний Суд України у своєму рішенні від 28 квітня 2009 р. № 8-рп/2009 зазначив, що Конституція України визначила коаліцію депутатських фракцій у Верховній Раді України як окремого суб'єкта, який бере участь у формуванні Кабінету Міністрів України, із самостійними конституційно визначеними повноваженнями.

Однак варто зазначити, що в самій Конституції, в Розділі VI під назвою «Кабінет Міністрів України. Інші органи виконавчої», в ч. 4 ст. 114, зазначається, що Міністр оборони України, Міністр закордонних справ України призначаються Верховною Радою України за поданням Президента України, інші члени Кабінету Міністрів України призначаються Верховною Радою України за поданням Прем'єр-міністра України. У Законі України «Про Кабінет міністрів України» [8], в статті 9, яка визначає порядок призначення на посаду членів Кабінету Міністрів України, також не згадується повноваження коаліції депутатських фракцій вносити пропозиції Прем'єр-міністру щодо кандидатур в члени Уряду.

Конституцією України передбачено, що більш детально засади формування, організації діяльності та припинення діяльності коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України встановлюються, крім Конституції, також Регламентом Верховної Ради України. Проте чинний Регламент Верховної Ради України [9], затверджений Законом України від 10.02.2010, який визначають як «процесуальне джерело конституційного права, що значною мірою деталізує норми Конституції, докладно визначає процедури роботи вищого законодавчого органу» [11], не містить жодних положень, які б регулювати дані питання.

З огляду на таку ситуацію в правовому регулюванні статусу коаліції, її складу, визначення ролі в формуванні Уряду України, варто також проаналізувати рішення Конституційного Суду щодо тлумачення тих чи інших аспектів конституційних положень стосовно коаліції депутатських фракцій.

Відповідно до правової позиції Конституційного Суду України за Конституцією України фракційне структурування Верховної Ради України і формування коаліції є обов'язковими умовами її повноважності (абзац другий підпункту 5.3 пункту 5 мотивувальної частини Рішення від 25 червня 2008 року № 12-рп/2008). У рішенні Конституційного Суду України від 6 квітня 2010 року № 11-рп/2010 зазначається, що утворення у Верховній Раді України коаліції має на меті добровільне об'єднання народних депутатів України у парламентську більшість. Тобто «коаліція депутатських фракцій – інституційно оформлена парламентська більшість» [1, с. 55].

З огляду на те, що частина сьома статті 83 Конституції України передбачає формування коаліції не тільки після проведення чергових та позачергових виборів Верховної Ради України, а й після припинення діяльності попередньої коаліції, можна зробити висновок, що можлива зміна однієї парламентської більшості на іншу. Однак ні Конституція, ні Закон України «Про Регламент Верховної Ради України» не містить жодного положення стосовно її інституційного оформлення.

Склад коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України – одне з проблемних питань натепер. Єдине, на що точно вказують конституційні положення, це те, що до її складу має входити більшість від конституційного складу парламенту. Дискусійним залишається питання: чи можуть до коаліції входити позафракційні депутати.

У своєму рішенні від 17 вересня 2008 року № 16-рп/2008 [13] Конституційний Суд України зазначив, що вимога щодо сукупної чисельності народних депутатів України, які у складі депутатських фракцій формують коаліцію депутатських фракцій, стосується як моменту формування коаліції, так і всього періоду її діяльності. Таким чином, до складу коаліції депутатських фракцій можуть увійти лише ті народні депутати України, які є у складі депутатських фракцій, що сформували коаліцію.

У 2010 році перед Конституційним Судом України постала схожа справа стосовно можливості окремих народних депутатів України брати безпосередню участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України [14]. На думку суб'єкта права на конституційне подання, утворена на підставі узгоджених політичних позицій де-

путатських фракцій коаліція може включати як народних депутатів України, які входять до відповідних фракцій, так і інших народних депутатів України, які як представники Українського народу підтримують узгоджені політичні позиції, на основі яких побудована коаліція.

Аналізуючи законодавство, Суд дійшов висновку, що ознаками коаліції є наявність депутатських фракцій, а також більшості народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України.

В основу тлумачення частини шостої статті 83 Конституції України, а також окремих положень чинного на той час Регламенту Конституційний Суд поклав суверенне право Українського народу здійснювати владу. Визнаючи народного депутата України повноважним представником Українського народу у Верховній Раді України, надання йому мандата вільно здійснювати таке представництво і закріплення обов'язку діяти в інтересах усіх співвітчизників, встановлення процедури прийняття рішень у Верховній Раді України виключно шляхом вільного волевиявлення народних депутатів України, дає підстави для висновку, що окремі народні депутати України, зокрема ті, які не перебувають у складі депутатських фракцій, що ініціювали створення коаліції, мають право брати участь у її формуванні, тобто входити до більшості народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України.

Однак деякі судді Конституційного Суду скористалися своїм правом окремої думки. Так, суддя В. І. Шишкін, аналізуючи словосполучення "формується коаліція депутатських фракцій", звертає увагу на ключовий елемент – фракцію. Він також зазначає, що така коаліція в порядку, встановленому законом, має бути структурно оформленою. Суддя звертає особливу увагу на те, що в зазначеній нормі Конституції України безпосередньо, без підозри на різночитання, чітко вказано про коаліцію саме фракцій, а не про об'єднання, в якому поряд із фракціями його учасниками додатково могли би бути окремі депутати як представники інших фракцій чи позафракційні [4].

Коаліція як більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України, на думку судді В. І. Шишкіна, визначається не персональною кількістю народних депутатів України, а сукупною кількістю складів депутатських фракцій, що були для них визначені Центральною виборчою комісією під час встановлення результатів волевиявлення виборців на виборах до парламенту України.

Суддя Конституційного Суду України І. П. Домбровський у своїй окремій думці стосовно Рішення КСУ щодо можливості окремих народних депутатів України брати участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України звернув увагу на те, що суд змінив тлумачення частини шостої статті 83 Конституції України, надане раніше. При цьому ця правова норма не змінювалася.

Законом України «Про внесення зміни до Закону України "Про Регламент Верховної Ради України» від 09.03.2010 було також розширено визначення коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді як сформованого за результатами виборів і на основі узгоджених політичних позицій та на засадах, встановлених Конституцією України і цим Регламентом, об'єднання депутатських фракцій, народних депутатів, до якого входить більшість народних депутатів від конституційного складу Верховної Ради.

Після внесення таких змін до чинного на той час Регламенту ще одним законним суб'єктом формування коаліції, а також, відповідно, повноцінним учасником став окремий народний депутат Верховної Ради України. Однак варто зауважити, що таке визначення коаліції, що містилося в Регламенті, йшло в розріз із відповідним конституційним положенням, де суб'єктом формування коаліції виступає лише фракція. Дана проблема тісно пов'язана з питанням верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України. Адже відповідно до її ж статті 8 Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй.

Натепер чинний Регламент Верховної Ради України, затверджений Законом України від 10.02.2010 [9], не містить жодних положень стосовно формування та функціонування коаліції депутатських фракцій. Відповідні глави були виключені Законом України «Про внесення змін до Регламенту Верховної Ради України» від 08.10.2010. У свою чергу, Законом України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» від 21 лютого 2014 р. Верховна Рада України повернула в дію Конституцію 1996 р. із внесеними до неї правками від 8 грудня 2004 р., 1 лютого 2011 р. та від 19 вересня 2013 року. Таким чином в Україні відбулася зміна конституційної моделі форми правління, яка потребувала внесення відповідних правок до інших законів України, серед яких і Регламент ВРУ. На жаль, приведення у відповідність до нових вимог

Основного Закону нормативно-правових актів України здійснюється повільно і неналежним чином, що дає підстави констатувати наявність низки протиріч у чинному законодавстві нашої держави, що мають негативні правові наслідки.

Така ситуація спричиняє плутанину щодо порядку формування коаліції, випадків припинення її діяльності, вільне трактування статусу коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, дискусійним залишається питання існування коаліції натепер, виникають питання легітимності сформованого Уряду країни. Однак у цьому контексті не варто забувати важливу конституційну норму: Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, суди та інші органи державної влади зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ст. 19 Конституції України).

Досліджуючи юридичну природу коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, її складу й повноважень як окремого суб'єкта конституційно-правових відносин, В. Д. Чуба звертає увагу на те, що Конституція України – це норми прямої дії, отже, відсутність подальшої деталізації конституційних норм не може бути фактором, який унеможливлює їх реалізацію [15]. Крім того, «закріплення принципу прямої дії конституційних норм означає, що Конституція є не «абстрактним» переліком певних «цінностей», а «нормальним» нормативним актом, який слід виконувати» [6, с. 93].

Однак без нормативної визначеності продовжують виникати спори та сумніви навколо легітимності коаліції у Верховній Раді України VIII скликання, а також взагалі щодо її наявності як такої. Так, Окружний адміністративний суд міста Києва розглядав справу за позовом до Апарату Верховної Ради України з проханням зобов'язати відповідача надати позивачу списки народних депутатів України, які станом на 17.01.2017 були учасниками Коаліції депутатських фракцій «Європейська Україна» та підписали Угоди про коаліцію депутатських фракцій «Європейська Україна».

Своїм Рішенням від 18 травня 2017 року [5] стосовно надання інформації про поіменний список депутатів коаліції суд відмовив позивачу у задоволенні позовних вимог з огляду на те, що інформація про персональні списки народних депутатів України, які підписали Угоду про коаліцію депутатських фракцій «Європейська Україна» та/або нині є учасниками названої Коаліції депутатських фракцій, не відповідає таким критеріям публічної інформації, як «відображеність та задокументованість», та через відсутність у справі документальних доказів, що свідчать про наявність станом на 08.02.2017 такої інформації в готовому вигляді у володінні (розпорядженні) Голови ВРУ або у підконтрольного йому Апарату ВРУ.

Крім того, суд вважає, що у відповідача відсутній обов'язок з оприлюднення зазначеної інформації, оскільки: по-перше, суд встановив відсутність документальних доказів фіксації відомостей про поіменні списки народних депутатів України, які підписали Угоду про коаліцію депутатських фракцій «Європейська Україна» та/або нині є учасниками названої Коаліції депутатських фракцій на будь-яких носіях, що знаходяться у володінні (розпорядженні) Голови ВРУ та Апарату ВРУ; по-друге, вказана інформація не належить до переліку інформації, яка підлягає обов'язковому оприлюдненню відповідно до ч. 1 ст. 15 Закону України «Про доступ до публічної інформації».

У тексті судового рішення міститься інформація, що Голова ВРУ А. В. Парубій проінформував позивача про те, що після виходу з Коаліції трьох депутатських фракцій та підтвердження на пленарному засіданні Верховної Ради України 14.04.2016 уповноваженими представниками від фракцій партії «Блок Петра Порошенка» та політичної партії «Народний фронт» чинності попередньо укладеної Коаліційної угоди інших заяв чи повідомлень щодо зміни складу Коаліції від депутатських фракцій, які її сформували, не надходило. Таким чином, така Коаліція депутатських фракцій наразі продовжує здійснювати свою діяльність у тому числі згідно з правилами, визначеними Угодою про коаліцію депутатських фракцій «Європейська Україна».

У провадженні Вищого адміністративного суду України як суду першої інстанції була справа за позовом до Верховної Ради України в особі коаліції її депутатських фракцій «Європейська Україна» стосовно визнання протиправною бездіяльності Верховної Ради України в особі коаліції її депутатських фракцій «Європейська Україна» щодо не внесення Прем'єр-міністру України пропозиції щодо кандидатури Міністра охорони здоров'я України [12]. Відмовляючи в задоволені вимог позивача, суд виходив із такого:

– Верховна Рада України за своєю природою є представницьким органом державної влади і здійснює законодавчу владу;

– Основним Законом не передбачено, що Верховна Рада України реалізовує свої повноваження в особі коаліції. Натомість, згідно зі статтею 88 Конституції України, повноваженнями представляти Верховну

Раду України у зносинах з іншими органами державної влади України та органами влади інших держав наділений Голова Верховної Ради України (пункт 4 частини другої статті 88 Конституції України).

– Виходячи зі змісту положень Конституції України, коаліція депутатських фракцій не характеризується ознакою репрезентативності стосовно Верховної Ради України.

– Коаліція депутатських фракцій у Верховній Раді України є окремим суб'єктом, який бере участь у формуванні Кабінету Міністрів України, із самостійними конституційно визначеними повноваженнями (рішення Конституційного Суду України від 28 квітня 2009 року № 8-рп/2009).

– Саме участь коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України у формуванні Кабінету Міністрів України, передбачена частиною восьмою статті 83 Конституції України, належить виключно до її конституційних повноважень.

Відповідно до ст. 55 Конституції України рішення, прийняті суб'єктами владних повноважень, дії, вчинені ними під час здійснення управлінських функцій, а також невиконання повноважень, встановлених законодавством (бездіяльність), можуть бути оскаржені до суду відповідно до частин першої, другої статті 55 Конституції України. З огляду на ситуацію, що складається, постає питання: чи виступає коаліція депутатських фракція суб'єктом владних повноважень, чия бездіяльність може бути оскаржена в рамках адміністративного судочинства. Відповідно до частини першої статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України [2] завданням адміністративного судочинства є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень. Відповідно до ст. 4 КАСУ, суб'єкт владних повноважень – орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень, або наданні адміністративних послуг.

Розглядаючи питання відповідальності коаліції депутатських фракцій за формування Уряду, варто згадати статтю 90 Конституції України, відповідно до якої Президент України має право достроково припинити повноваження Верховної Ради України, якщо:

1) протягом одного місяця у Верховній Раді України не сформовано коаліцію депутатських фракцій відповідно до статті 83 Конституції;

2) протягом шістдесяти днів після відставки Кабінету Міністрів України не сформовано персональний склад Кабінету Міністрів України.

Як зазначає В. Д. Чуба, «очевидно, що у зв'язку з цим припиняються й повноваження парламентської коаліції, якщо вона була створена» [15]. Водночас варто підкреслити, що в Конституції йдеться лише про право Президента, а не його обов'язок. На думку вищезазначеного дослідника даної проблематики, розпад парламентської коаліції повинен зумовлювати й відставку сформованого за її ініціативою уряду, утворення нової коаліції з подальшим формуванням нового складу Кабінету Міністрів України [15]. Утілення такого підходу відповідає передовій європейській парламентській практиці (зокрема, Німеччини та Фінляндії) та потребує внесення відповідних змін до Конституції України.

Натепер з метою приведення окремих положень Регламенту Верховної Ради України у відповідність до положень Конституції України був підготовлений Проекту Закону України про внесення зміни до Регламенту Верховної Ради України № 5522 від 09.12.2016 [10]. Законопроектом пропонується внести до окремих положень Регламенту Верховної Ради України зміни, серед яких: щодо порядку утворення, організації діяльності та припинення діяльності коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України. Йдеться про повернення до Регламенту Глави під назвою «Коаліція депутатських фракцій у Верховній Раді України», в якій визначатимуться такі питання: порядок утворення коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді, організація діяльності коаліції, процедура участі коаліції у формуванні Кабінету Міністрів України.

Підсумовуючи вищезазначене, можна зробити такі висновки. Неодноразове внесення змін до Основного Закону говорить про нестабільність політичної системи в країні та спричиняє ряд правових колізій, прогалин у правовому регулюванні важливих суб'єктів конституційних правовідносин, що має серйозні правові наслідки та впливає на конституційно закріплені права громадян. Виходячи з конституційних реалій сьогодення, правове регулювання статусу коаліції потребує юридично грамотного вдосконалення з огляду на ті проблеми правового характеру, з якими доводиться стикатися на практиці вже сьогодні, оскільки створення чи не формування (існування чи відсутність) коаліції депутатських фракцій має конкретні конституційно-правові наслідки.

Список використаних джерел:

1. Данічева К.П. Коаліція депутатських фракцій та Уряд України: особливості взаємодії. Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Випуск № 19. 2015. С. 54-57.
2. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон від 06.07.2005 № 2747-IV. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2747-15
3. Конституція України: Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/page
4. Окрема думка судді Конституційного Суду України Шишкіна В.І. стосовно Рішення Конституційного Суду [...]: Окрема думка від 09.04.2010. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/nb11d710-10/paran2#n2
5. Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва 18 травня 2017 року № 826/1812/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66743656
6. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення: колективна монографія / А. М. Бернюков, В. С. Бігун, Ю. П. Лобода, Б. В. Малишев, С. П. Погребняк, С. П. Рабінович, В. С. Смородинський, О. В. Стовба; відп. ред. В. С. Бігун. К., 2009. 316 с.
7. Про внесення змін до Регламенту Верховної Ради України: Закон від 08.10.2010 № 2600-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 10. Ст. 64. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2600-17
8. Про Кабінет Міністрів України: Закон від 27.02.2014 № 794-VII. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 13. Ст. 222. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/794-18/paran62#n62
9. Про Регламент Верховної Ради України: Закон, Регламент від 10.02.2010 № 1861-VI. Відомості Верховної Ради України. 2010. № 14-15. № 16-17. Ст. 133. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1861-17/page
10. Проект Закону про внесення змін до Регламенту Верховної Ради України № 5522 від 09.12.2016. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60692
11. Регламент Верховної Ради України: конституційний аспект. Віче. 2009. № 24. URL: http://veche.kiev.ua/journal/1779/
12. Рішення Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 22.02.2018 № 800/585/1. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72505910
13. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 105 народних депутатів України [...] від 17.09.2008 № 16-рп/2008. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-08
14. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 68 народних депутатів України [...]: Рішення від 06.04.2010 № 11-рп/2010. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-10
15. Чуба В.Д. Конституційно-правовий статус коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України: сутнісний і структурно-функціональний аспекти. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2016. Випуск 36. Том 1. С. 75-80.

Статья посвящена одному из важных субъектов конституционных правоотношений, который согласно Основному Закону Украины наделен отдельным собственным полномочием в процедуре формирования Кабинета Министров Украины, – коалиции депутатских фракций Верховной Рады Украины. Автор анализирует основные конституционные положения, касающиеся данного субъекта, правовые позиции Конституционного Суда Украины, который осуществлял толкование положений Основного Закона о коалиции депутатских фракций, исследует судебную практику по спорам относительно существования коалиции депутатских фракций в Верховной Раде Украины VIII созыва.

Ключевые слова: коалиция депутатских фракций, парламентское большинство, субъект конституционных правоотношений, коалиционное соглашение.

The article focuses on one of the important subjects of the constitutional legal relations, a coalition of parliamentary factions of the Verkhovna Rada of Ukraine, which according to the Basic Law of Ukraine has separate authority to take part in the procedure for forming the Cabinet of Ministers of Ukraine. The author analyzes the main constitutional provisions concerning this subject, the legal positions of the Constitutional Court of Ukraine, which interpreted the provisions of the Basic Law on the Coalition of deputy factions; explores the litigation practice in disputes related to the existence of a coalition of deputy factions in the Verkhovna Rada of Ukraine of the 8th convocation.

Key words: coalition of deputy factions, parliamentary majority, subject of constitutional legal relations, coalition agreement.

УДК 349.3

Володимир Мельник,
канд. юрид. наук, доцент кафедри
соціально-гуманітарних і правових дисциплін
Київського інституту інтелектуальної власності та права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри муніципального права
та адміністративно-правових дисциплін
Інституту права імені Іонікія Малиновського
Національного університету «Острозька академія»

СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ ОСІБ З ІНВАЛІДНІСТЮ: ЗАСАДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОКРЕМИХ ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ ЄС

У статті розкрито загальні теоретико-правові аспекти соціального захисту осіб з інвалідністю в окремих державах-членах ЄС. Відзначено важливість системного реформування соціального захисту осіб з інвалідністю в Україні та важливість і значимість досвіду держав-членів ЄС у цій сфері. Зазначено, що держави-члени ЄС об'єднують концептуальні засади розвитку інклюзивного суспільства, наявність кодифікованого законодавчого акта про соціальний захист (1990 р.). Акцентовано увагу на досвіді у сфері соціального захисту осіб з інвалідністю таких держав, як: Австрія, Болгарія, Німеччина, Швеція. Зроблено висновки та пропозиції.

Ключові слова: соціальний захист, ЄС, держави-члени ЄС, особи з інвалідністю, Кодекс про соціальне забезпечення, пенсії, соціальні допомоги, соціальні послуги, законодавство про соціальний захист.

Просування України шляхом демократичних, соціальних та правових реформ насамперед передбачає системне та адекватне реформування соціального захисту осіб з інвалідністю як чинник інклюзивності та соціалізації суспільства і держави, утвердження системи основоположних та фундаментальних прав, що є складником історичного прагнення нашої держави до входження до європейської спільноти, посиленої співпраці з ЄС та окремими державами-членами [1, с. 49-57], [2, с. 50-54]. Це пояснюється наявністю тісних історичних, культурних, геополітичних, економічних правових зв'язків, які дають підстави ствердно констатувати, що наша держава є складовою частиною європейської спільноти. Доречно підкреслити, що у ЄС встановлено загальні правила щодо забезпечення прав соціального захисту в межах держав-членів, а також Ісландії, Ліхтенштейну, Норвегії, Швейцарії. Водночас положення щодо координації соціального захисту в контексті принципу вільного руху в межах ЄС не замінює національних систем соціального захисту, а тому конкретні норми щодо соціального забезпечення в тому числі осіб з інвалідністю містяться саме в національному законодавстві окремих європейських держав.

Аналізуючи зарубіжний досвід соціального захисту у зарубіжних країнах, професор О. В. Тищенко робить висновок, що в основу соціальної політики європейських країн покладена людиноцентристська ідея, коли функціонування всього державного механізму спрямоване на покращення добробуту населення, сприяє дієвій реалізації соціального забезпечення членів суспільства, регулює стан на ринку праці, слугує стабілізатором соціальної ситуації в країні [3, с. 287].

Ураховуючи те, що Україна формує свій шлях щодо формування та розвитку сучасної моделі соціального захисту осіб з інвалідністю, у суспільстві лише формуються основи інклюзивності, поваги до прав людей з інвалідністю, його організаційно-правові форми та види, то, очевидно, досвід держав-членів ЄС може бути соціально-правовим базисом якісних реформ та перетворень. По-перше, ЄС рухається історичним шляхом становлення європейського інклюзивного простору. По-друге, ґенеза соціальної політики держав-членів ЄС та сучасний стан підпорядковуються меті підвищення рівня та якості життя кожного. По-третє, держави-члени ЄС мають важливий досвід оптимального поєднання державного та недержавного соціального захисту та соціального страхування осіб з інвалідністю. По-четверте, держави-члени ЄС мають чітке та стабільне законодавче забезпечення соціального захисту осіб з інвалідністю. По-п'яте, держави-

© В. Мельник, 2018

члени ЄС формують стратегію щодо ефективності, адресності та доступності системи соціальних прав.

Закономірно, що така соціальна політика є вагомим кроком у розбудові в Україні сучасної моделі громадянського суспільства, ефективної моделі соціального захисту осіб з інвалідністю. Протягом 1991-2018 рр. Україною та державами-членами ЄС сформовано належну міжнародно-правову базу партнерства та співробітництва між ними [4-7]. При цьому ключовим видається процес гармонізації законодавства України та ЄС з питань соціального захисту осіб з інвалідністю [8]. Спрямованість процесу гармонізації має передбачати формування в Україні новітнього законодавства про соціальний захист осіб з інвалідністю.

Метою наукової статті є науково-теоретичне дослідження засад правового регулювання соціального захисту осіб з інвалідністю у державах-членах ЄС. У юридичній літературі зазначена проблематика частково розглядалася у працях таких вчених-юристів, як: В. М. Андріїв, Н. Б. Болотіна, В. С. Венедіктов, С. В. Венедіктов, С. Я. Вавженчук, С. В. Вишновецька, І. В. Зуб, М. І. Іншин, В. Л. Костюк, С. С. Лукаш, О. В. Москаленко, П. Д. Пилипенко, С. М. Прилипко, С. М. Синчук, О. В. Тищенко, Г. І. Чанишева, В. І. Щербина, М. М. Шумило, Л. П. Шумна, Н. М. Хуторян, О. М. Ярошенко та ін. Крім того, окремі проблеми цієї тематики досліджувались такими дослідниками, як: Г. Альбрехт, П. Бланк, М. Бюрі, А. Веліховскі, М. Карлі, К. Сільман, Дж. Шмелінг та інші. Варто відзначити, що відповідні дослідження правового регулювання соціального захисту осіб з інвалідністю в окремих державах-членах ЄС є досить важливими та необхідними для розвитку доктрини права соціального захисту. Разом із тим утвердження в Україні сучасної моделі соціального захисту осіб з інвалідністю вимагає системного урахування конструктивного досвіду окремих держав-членів ЄС. Слід підкреслити, що згідно з положеннями Європейської стратегії з питань інвалідності на 2010–2020 рр. соціальний захист осіб з інвалідністю є одним із восьми пріоритетних напрямів, який передбачає утвердження умов гідного життя, боротьбу з бідністю та соціальною ізоляцією таких людей [9, с. 146-152]. Крім того, ЄС розвиває стратегію інклюзивного суспільства, спираючись на позиції прав людини, що означає сприяння активному залученню осіб з інвалідністю до усіх сфер життя суспільства. У цьому контексті Європейський комітет розробив стратегію вирішення проблем інвалідності на 2010-2020 роки. Дана стратегія була прийнята у 2010 році, ґрунтується на UNCRPD і бере до уваги досвід Плану дій з інвалідності (2004-2010), а також такі програми: DISCIT – Making persons with disabilities full citizens, SMART 2014-0061 – Monitoring methodologies for web-accessibility in the EU, European Research Agendas for Disability Equality (EuRADE), Capacity building of organisations of persons with disabilities in the Mediterranean (MUSAWA II) [9, с. 150], [10].

Варто відзначити, що програми соціального захисту осіб з інвалідністю в державах ЄС покликані: удосконалювати норми законодавства щодо пенсійного забезпечення, за яким розмір пенсії встановлюється у відсотковому відношенні до середнього заробітку; розвивати механізми підтримки осіб з інвалідністю, які потребують постійного догляду; встановлювати низку заходів із реабілітації та перенавчання осіб з інвалідністю тощо.

Також важливо наголосити, що законодавство про соціальний захист у ЄС є кодифікованим та таким, що мотивує окремі держави розвивати дієві механізми реалізації та гарантування окремих соціальних прав. Так, ще у 1964 р. державами-членами Ради Європи було ухвалено Європейський кодекс соціального забезпечення, який було переглянуто у 1990 р. [11], [12, с. 535-540]. В. Л. Костюк та О. Я. Мельник доречно підкреслюють, що теоретико-правовий аналіз положень зазначеного Кодексу засвідчує, що його особливостями є таке: містить загальні засади та принципи соціального забезпечення; визначає загальний перелік видів соціального забезпечення та умов їх надання відповідним правомочним особам; визначає базову систему європейських соціальних стандартів; стимулює держави, його учасниці, розвивати відповідні внутрішні моделі соціального забезпечення, враховуючи національні особливості соціально-економічного розвитку. За таких обставин подальша процедура ухвалення ЄКСЗ вимагатиме від України розбудови внутрішньої системи джерел права соціального законодавства і, насамперед, відповідного законодавства [12, с. 535-540].

Н. О. Боднар підкреслює, що у країнах ЄС право на виплати у разі настання інвалідності у рамках соціального страхування має все населення, як особи, які працюють за контрактом, так і самозайняті особи, віком від 16 років до віку виходу на пенсію. До того ж у деяких державах можливе добровільне страхування, наприклад: у Німеччині – для

осіб, які проживають у країні тимчасово або працюють за кордоном, у Чехії, Словенії та Словаччині – для безробітних, студентів і працюючих за кордоном, у Франції, Іспанії, Португалії – для певних груп населення [13, с. 122–123]. Разом із тим кожна держава-член ЄС формує свою систему соціального захисту осіб з інвалідністю. Тому видається слушним звернути увагу на досвід окремих держав-членів ЄС у цій сфері.

По-перше, система соціального захисту осіб з інвалідністю Австрії має такі основні особливості [14], зокрема: 1) діє принцип передування реабілітаційних заходів встановленню пенсії у зв'язку з інвалідністю; 2) встановленню постійної втрати працездатності має передувати комплекс реабілітаційних заходів, спрямованих на відновлення працездатності особи; 3) коли реабілітація є потенційно успішною, заклади пенсійного страхування можуть оплачувати заходи медичної, трудової чи соціальної реабілітації, яка вважатиметься успішною, якщо вони допоможуть особі відновити її становище у трудовому, економічному та соціальному аспектах; 4) встановлення інвалідності залежить від трудової активності особи – кваліфікованої чи некваліфікованої праці, зокрема, кваліфіковані працівники визнаються непрацездатними у зв'язку з інвалідністю, якщо вони втратили працездатність більше ніж на половину порівняно зі здоровими застрахованими працівниками та з відповідним рівнем кваліфікації; 5) пенсійне забезпечення у зв'язку з інвалідністю встановлюється лише у разі постійної втрати працездатності; 6) право на пенсію у зв'язку з інвалідністю (*Invaliditätsrente – нім.*) виникає за умови наявності щонайменше 60 місяців страхового стажу впродовж 120 календарних місяців (*Rahmezeitraum – нім.*), що передують призначенню пенсії; 7) розмір пенсійних виплат у зв'язку з інвалідністю за законодавством Австрії залежить від багатьох критеріїв. Розмір пенсії розраховується індивідуально з урахуванням віку особи, страхового періоду та страхового стажу [15, с. 42].

По-друге, низку особливостей має система соціального захисту осіб з інвалідністю Болгарії [16], зокрема: 1) на пенсію по інвалідності у зв'язку із загальним захворюванням можуть претендувати особи, які втратили працездатність на 50 % і більше з моменту втрати працездатності; 2) для осіб слабо зрячих від народження або для тих людей, які втратили працездатність до працевлаштування, пенсія призначається з дати звернення; 3) пенсія по інвалідності внаслідок цивільної чи військової служби виплачується з державної системи страхування; 4) вимоги до наявності страхового стажу такі: особи віком до 25 років для отримання права на пенсію по інвалідності повинні мати принаймні 1 рік страхового стажу; до 30 років – 3 роки страхового стажу; понад 30 років – 5 років страхового стажу; 5) пенсія по інвалідності не надається, якщо особа має право на пенсію за віком [16], [15, с. 60]; 6) питання соціального захисту осіб з інвалідністю також регулюються Кодексом соціального страхування [17].

По-третє, особливості соціального захисту осіб з інвалідністю у Німеччині такі: 1) особа може мати соціальний захист за таких умов, як: неможливість працювати впродовж шестимісячного строку (у разі часткової втрати працездатності; неможливість виконувати трудову функцію щонайменше протягом трьох годин на день (для осіб з повною втратою працездатності); сплата внесків за пенсійною схемою впродовж 5 років; сплата впродовж трьох років внесків за системою обов'язкового соціального страхування за період останніх п'яти років, що передують моменту втрати працездатності [18, с. 24]; 2) ступінь інвалідності розуміється як постійне зменшення фізичних або психологічних можливостей, викликаних іншими причинами, ніж тимчасова хвороба чи вікові особливості; 3) пенсійні виплати по інвалідності залежать від ступеня інвалідності (втрати працездатності), який визначається у відсотках – від 20 до 100 – на підставі поданих документів чи медичного огляду (особи з високим ступенем інвалідності – понад 50 % – (*Schwerbehinderte – нім.*) отримують картку інвалідності (*Schwerbebehindertenausweis – нім.*), в якій вказується ступінь та сутність інвалідності; 4) право на пенсію по інвалідності щодо трудової зайнятості мають особи, які народилися до 2 січня 1962 року та не здатні працювати за своєю професією понад шість годин на день; 5) особи з інвалідністю мають право на такі види соціального захисту: а) податкові пільги – зменшення податку на автомобілі, залежно від ступеня інвалідності; б) спеціальний порядок звільнення осіб з інвалідністю, який передбачає отримання згоди Офісу з інтеграції (*Integrationsamt – нім.*) на повідомлення особи з інвалідністю про наступне звільнення; в) на 5 додаткових днів щорічної відпустки; г) право на працевлаштування (встановлена 5 %-ва квота для роботодавців з чисельністю працівників понад 20 осіб); г) особи з інвалідністю з вадами зору та слуху мають право на державну допомогу на догляд (*Landespflegegeld – нім.*), яка призначена для компенсації додаткових витрат, пов'язаних з інвалідністю, залежно від ступеня інвалідності; д) застраховані особи з інвалідністю, а також особи, які здійснюють догляд за ними, мають право на відповідні страхові виплати (*Pflegeversicherung – нім.*) тощо.

По-четверте, низку особливостей має соціальний захист у Швеції [19], зокрема: 1) особи з інвалідністю мають право на різні види соціального захисту, у тому числі соціальні послуги від Шведського агентства соціального страхування або від муніципальної влади, допомогу по інвалідності, допомогу батькам дітей з інвалідністю, допомогу на купівлю або переобладнання автомобіля чи іншого транспортного засобу, а також компенсації роботодавцям, у яких працюють особи з інвалідністю; 2) основним нормативно-правовим актом, що регулює відносини соціального захисту осіб з інвалідністю у Швеції, є Кодекс соціального страхування (2010 року) [20, гл. 48–52], а також Акт (1993:387) щодо підтримки та послуг для осіб з певними функціональними розладами [21]; 3) право на отримання соціальних послуг з урахуванням специфіки нозології мають особи: з вадами, що перешкоджають навчанню, такі як аутизм або подібні до аутизму стани; зі значною та постійною розумовою інвалідністю внаслідок ушкодження мозку, якого особа зазнала в дорослому віці внаслідок насильства або хвороби; з іншою постійною фізичною чи ментальною інвалідністю, яка є очевидною та не є результатом природного старіння; 4) допомога по інвалідності (*handikappersättning – швед.*) надається в тому разі, коли особа потребує допомоги: щоденно для задоволення звичайних життєвих потреб; для навчання або роботи; на покриття додаткових витрат, викликаних хворобою чи інвалідністю; допомога по інвалідності надається за умови, що перелічені ознаки тривають понад один рік (допомога надається з липня місяця року, в якому особі виповнилося 19 років, і до досягнення нею 65-річного віку); 5) роботодавець може отримувати компенсацію у зв'язку із зайнятістю особи з інвалідністю (*arbetshälpmedel – швед.*); 6) розмір допомоги особі з інвалідністю на придбання автомобіля залежить від її доходу; 7) розмір пенсії по інвалідності також розраховується з урахуванням ступеня втрати працездатності та переглядається щорічно відповідно до зміни індексу цін [15, с. 308].

Можна підтримати позицію А. М. Куцої, яка пропонує запровадити у правову систему України такі заходи: ввести такі форми підтримки осіб з функціональними обмеженнями, як персональний асистент, контактна особа чи супроводжуючий (Королівство Швеція); впровадити практику надання особам з інвалідністю соціальних послуг громадськими організаціями інвалідів, у тому числі всеукраїнськими, з подальшою компенсацією їх вартості за рахунок коштів, що передбачаються на спеціальні програми, які фінансуються з державного та місцевих бюджетів (Федеративна Республіка Німеччина); створити сайт «Інформація для інвалідів», який би мав характер «гарячої лінії»: інваліди мали б змогу отримати необхідну інформацію щодо заходів їх соціального захисту, а в разі виникнення питань – оперативну відповідь (Сполучені Штати Америки) [22, с. 10].

З огляду на вищевикладене, можна відзначити, що система соціального захисту у державах-членах ЄС будується на політиці соціальної єдності та рівності через адекватний, доступний та фінансово надійний соціальний захист, а також принципи соціальної інклюзивності щодо осіб з інвалідністю. Основною особливістю та проблемою соціального захисту осіб з інвалідністю за законодавством ЄС є проблема координації соціального захисту за національними законодавствами держав-членів. Водночас встановлені соціальні стандарти, організаційно-правові форми, види соціального захисту значно відрізняються, але диференціюються залежно від соціального страхового стажу та інших певних особливих умов. При цьому спільною ознакою є також заміна пенсії по інвалідності пенсією за віком з досягненням особою пенсійного віку та збереження їх за особою у разі переїзду на проживання в іншу державу.

Варто наголосити, що досить конструктивним для нашої держави може бути досвід реформування системи соціального захисту не тільки провідних у соціально-економічному відношенні держав-членів ЄС, а й тих, які вступили до Союзу відносно недавно, зокрема Румунії та Болгарії, оскільки наші соціально-економічні умови є релевантними, а тому й процес гармонізації законодавства із соціального захисту осіб з інвалідністю у разі успішної реформи буде для України релевантним. Водночас аналіз зарубіжного досвіду правового регулювання соціального захисту осіб з інвалідністю в державах-членах Європейського Союзу дозволяє говорити про поєднання спільних (загальних) та особливих (національних) нормативних положень у встановленні, зокрема, пенсійного забезпечення осіб з інвалідністю. За загальним правилом для розрахунку розміру пенсії береться до уваги як страховий стаж, так й інші фактори, які впливають на сукупний дохід особи з інвалідністю, що може призводити до зменшення й аж до скасування пенсії. Таким чином досягається економічна обґрунтованість та соціальна справедливість у соціальному захисті осіб з інвалідністю на засадах недискримінації та соціальної інклюзії.

З огляду на вищевикладене, можна виокремити основні, ключові загальні напрями розвитку соціального захисту в окремих зарубіжних державах-членах ЄС: 1) загальна спрямованість на розвиток інклюзивного

суспільства; 2) пріоритет підвищення рівня та якості життя осіб з інвалідністю; 3) адресність соціального захисту; 4) мотивація долучення до ринку праці; 5) доступність видів соціального захисту; 6) єдність загальних принципів правового регулювання.

Що ж стосується особливостей окремих держав-членів ЄС, то варто зазначити таке: 1) активний розвиток державного соціального захисту осіб з інвалідністю (наприклад, Франція, Італія, Польща, Болгарія, Румунія тощо); 2) активна система соціального страхування осіб з інвалідністю (наприклад, Німеччина, Великобританія, Чехія, Швеція тощо); 3) недержавний соціальний захист осіб з інвалідністю (наприклад, Німеччина, Великобританія, Данія, Швейцарія тощо).

Список використаних джерел:

1. Костюк В.Л., Яцкевич І.І. Право на працю у контексті Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю: сутність, проблеми та перспективи законодавчого регулювання. Соціальне право. 2017. № 2. С. 49–57.

2. Костюк В. Проблеми гармонізації законодавства України щодо прав осіб з інвалідністю з відповідними стандартами Європейського Союзу. Право України. 2016. № 8. С. 47–54.

3. Тищенко О.В. Право соціального забезпечення України: теоретичні та практичні проблеми формування та розвитку галузі : монографія. Київ: ДП «Прінт Сервіс», 2014. 394 с.

4. Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами: Угода від 14.06.1994. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/998_012.

5. Про ратифікацію Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами: Закон України від 10 листопада 1994 р. № 237/94-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 46. Ст. 415.

6. Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Угода від 27.06.2014. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011/paran2820#n2820.

7. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України від 16 вересня 2014 р. №1678-VII. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 40. Ст. 2021.

8. Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 21.11. 2002. №228-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 3. Ст. 12.

9. Єлісєєва О.К., Пітарякова К.С. Порівняльний аналіз людського розвитку щодо осіб з обмеженими можливостями в Україні та ЄС. Теоретичні та практичні аспекти економіки та інтелектуальної власності. 2015. Випуск (12). Т. 2. С. 146-152.

10. Офіційний сайт Європейської статистики України. URL: http://ec.europa.eu.

11. Європейський кодекс соціального забезпечення: Кодекс Ради Європи від 06.11.1990. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_329.

12. Костюк В.Л., Мельник О.Я. Європейський кодекс соціального забезпечення у контексті новітньої моделі джерел права: проблеми та тенденції. Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 19 травня 2017р.). У 2-х т. Т. 1 / відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 535-540.

13. Бондар Н.О. Основні напрями та особливості соціального захисту інвалідів у країнах ЄС. Бізнес Інформ. 2012. № 6. С. 120–124.

14. Austria – Invalidity benefits / European Commission. URL: http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1101&langId=en&intPageId=4406 (дата звернення: 09.06.2018).

15. Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2016: Summaries 13–11801. Social Security Administration, 2016. 340 p.

16. Bulgaria – Persons with disabilities. URL: http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1103&langId=en&intPageId=4434 (дата звернення: 09.06.2018).

17. Кодекс за социално осигуряване (загл. изм. – ДВ, БР. 67 ОТ 2003 Г.). Българският правен портал. lex.bg. URL: https://lex.bg/index.php/laws/ldoc/1597824512 (дата звернення: 10.06.2018).

18. Zagorskis V. Your social security rights in Germany. European Commission, 2017. 50 p.

19. Sweden – Benefits for people with disabilities. URL: http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1130&langId=en&intPageId=4813 (дата звернення: 10.06.2018).

20. Riksdagsf rvaltningen. Socialf rs kringsbalk (2010:110) Svensk f rfattningssamling 2010:2010:110 t.o.m. SFS 2018:670 – Riksdagen. URL: http://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/socialforsakringsbalk-2010110_sfs-2010-110 (дата звернення: 10.06.2018).

21. Riksdagsf rvaltningen. Lag (1993:387) om st d och service till vissa funktionshindrade Svensk f rfattningssamling 1993:1993:387 t.o.m. SFS 2018:571 – Riksdagen. URL: http://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1993387-om-stod-och-service-till-vissa_sfs-1993-387 (дата звернення: 10.06.2018).

22. Куца А. М. Адміністративно-правове регулювання соціального захисту інвалідів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Запоріжжя, 2011. 18 с.

В статье раскрыты общие теоретико-правовые аспекты социальной защиты лиц с инвалидностью в отдельных государствах-членах ЕС. Отмечена важность системного реформирования социальной защиты лиц с инвалидностью в Украине и важность и значимость опыта государств-членов ЕС в этой сфере. Отмечено, что государства-члены ЕС объединяют концептуальные основы развития инклюзивного общества, наличие кодифицированного законодательного акта о социальной защите (1990 г.). Акцентировано внимание на опыте в сфере социальной защиты лиц с инвалидностью таких государств, как: Австрия, Болгария, Германия, Швеция. Сделаны выводы и предложения.

Ключевые слова: социальная защита, ЕС, государства-члены ЕС, лица с инвалидностью, Кодекс о социальном обеспечении, пенсии, социальные пособия, социальные услуги, законодательство о социальной защите.

The article reveals the general theoretical and legal acts of social protection of persons with disabilities in certain EU member states. The importance of systematic reform of the social protection of persons with disabilities in Ukraine and the importance and significance of the experience of the EU member states in this area were noted. It is understood that the EU member states unite the conceptual foundations of the development of an inclusive society, the existence of a codified legislative act on social protection (1990). Attention is drawn to the experience in the field of social protection of persons with disabilities of such states as: Austria, Bulgaria, Germany, Sweden. Conclusions and suggestions are made.

Key words: social protection, EU, EU Member States, persons with disabilities, Social Security Code, pensions, social assistance, social services, legislation on social protection.

УДК 342.5

Руслан Панчишин,
канд. юрид. наук, докторант кафедри конституційного права та порівняльного правознавства Ужгородського національного університету

УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ПРИЗНАЧЕННЯ ТА ПРОВЕДЕННЯ ВИБОРІВ В ОБ'ЄДНАНИХ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАДАХ

Статтю присвячено висвітленню перспектив розвитку та удосконалення національного законодавства у сфері регулювання організації та проведення виборів в об'єднаних територіальних громадах. Проведено огляд законодавчих актів, прийнятих протягом 2017-2018 років, спрямованих на удосконалення механізму проведення місцевих виборів в об'єднаних громадах.

Ключові слова: місцеві вибори, об'єднана територіальна громада, конституційне законодавство.

Постановка проблеми. Завершальною стадією формування об'єднаної територіальної громади є призначення та проведення виборів до органів місцевого самоврядування громади. Важливість цієї стадії зумовлена тим, що утворені органи місцевого самоврядування уповноважені здійснювати захист прав та інтересів членів об'єднаної громади в тому числі у правовідносинах з органами державної влади та їх посадовими особами, видавати офіційні акти як нормативного, так й індивідуального характеру, виконувати інші публічно-управлінські функції. У зв'язку з цим особливої актуальності набуває питання вдосконалення законодавства у сфері регулювання місцевих виборів в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі питання удосконалення законодавства у сфері організації та проведення місцевих виборів досліджували такі науковці, як Д. М. Бєлов, Ю. М. Бисага, М. І. Козюбра, М.О. Петришина, К. І. Ровинська, А. А. Пухтецька, О. Я. Рогач та ін. Однак наукових досліджень, присвячених розкриттю перспектив розвитку законодавства, що регламентує процедуру організації та проведення виборів в об'єднаних громадах, бракує, що зумовлює актуальність запропонованої теми статті.

Формування цілей статті. Метою статті є висвітлення перспектив розвитку та удосконалення національного законодавства у сфері регулювання організації та проведення виборів в об'єднаних територіальних громадах.

Виклад основного матеріалу дослідження. Під час призначення та проведення перших виборів в об'єднаних територіальних громадах виявилися певні проблемні моменти, які зумовлені головним чином недосконалістю національного законодавства у цій сфері.

Виборче законодавство, зокрема те, що регламентує порядок організації та проведення виборів в об'єднаних територіальних громадах, представлено численними нормативно-правовими актами, прийняття яких часто супроводжувалось непослідовністю, зумовленою відсутністю єдиного концептуального бачення законодавцем того, яким чином має бути організований процес проведення місцевих виборів в об'єднаних територіальних громадах. Більшість законів, якими вносилися зміни та доповнення до виборчого законодавства, було прийнято протягом незначного проміжку часу, що викликало численні дискусії щодо конституційності цих актів та їх відповідності основним засадам добровільного об'єднання територіальних громад.

Так, велике значення для формування нової системи місцевого самоврядування має Закон України «Про місцеві вибори» [1], з прийняттям якого втратив чинність Закон України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» [2]. Новий Закон запровадив деякі суттєві новели, зокрема, щодо диференціації способу організації та проведення виборів залежно від чисельності мешканців відповідної територіальної (об'єднаної територіальної) громади, а також щодо вимог до списків політичних партій тощо.

Після проведення у 2015 році перших місцевих виборів в об'єднаних територіальних громадах виявилось, що чинне законодавство має низку прогалин та недоліків, які на практиці породжують окремі проблеми. Тому з метою усунення зазначених

© Р. Панчишин, 2018

прогалин Верховна Рада України у період 2016-2018 рр. розробила та прийняла деякі законопроекти, якими внесені зміни до виборчого законодавства України.

На думку деяких науковців, особливе значення для провадження реформи децентралізації мало прийняття Верховною Радою України законопроектів з реєстр. № 4772 та № 5520 (нині вже чинні закони), що істотно вплинуло на тактику проведення реформи адміністративно-територіального устрою як складової реформи місцевого самоврядування та територіальної організації влади [3].

Так, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо добровільного приєднання територіальних громад)» (законопроект мав реєстр. № 4772) [4] було прийнято 9 лютого 2017 р. та підписано Президентом України 17 березня 2017 року.

Цим законом внесені зміни та доповнення до законів України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» та «Про місцеві вибори» в частині, що стосується приєднання територіальних громад до вже об'єднаної громади. Зокрема, у зв'язку з прийняттям даного Закону було частково вирішено проблему забезпечення участі членів територіальної громади, що приєдналася, у формуванні представницьких органів місцевого самоврядування шляхом запровадження додаткових виборів в об'єднаних територіальних громадах.

Передбачається, що додаткові вибори призначаються не пізніше ніж за 70 днів до дня виборів, а виборчий процес розпочинається за 50 днів до дня додаткових виборів. Загальний склад місцевої ради при цьому збільшується понад визначений частиною третьою цієї статті внаслідок проведення додаткових виборів до сільської, селищної, міської ради додатково на кількість новоутворених одномандатних виборчих округів, яка визначається як відношення кількості виборців територіальних громад, що приєдналися, до кількості виборців територіальної громади, до якої приєдналися, помножене на загальний склад ради, визначений частиною третьою, цієї статті, але не менше кількості територіальних громад, що приєдналися [4].

Разом із тим зазначений законопроект не вирішує проблему забезпечення участі членів територіальної громади, що приєдналася, у виборах в об'єднаній територіальній громаді старости, сільського, селищного, міського голови, якщо вони вже обрані, та, відповідно, не визначає порядок припинення повноважень голів територіальної громади, що вирішила приєднатися.

Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо особливостей добровільного об'єднання територіальних громад, розташованих на територіях суміжних районів» [5] було прийнято 14 березня 2017 року та повернуто з підписом Президента України 3 квітня 2017 року. Дія цього Закону спрямована на часткове вирішення проблеми визначення меж виборчих округів під час організації та проведення перших виборів в об'єднаній територіальній громаді.

Очікується, що прийняття даного закону сприятиме зниженню рівня протистояння та прихованого саботажу з боку районної влади, оскільки законом про порядок реорганізації районів передбачається, що депутати районних рад, які ліквідовуються, переходять до районної ради району, до якого приєднуються ліквідовані райони, а голова районної ради району, що ліквідовується, стає заступником голови районної ради району, до якого приєднуються ліквідовані райони [3].

В Аналітичній доповіді від громадськості зазначається, що даний Закон дозволяє створювати об'єднані територіальні громади з рад, які знаходяться у різних суміжних районах, без попередньої зміни їхніх меж. До прийняття цього закону Центральна виборча комісія відмовляла таким громадам у проведенні перших виборів, вимагаючи, щоб Верховна Рада України попередньо внесла зміни у межі відповідних районів. Після набрання чинності даним Законом межі районів не стоять на заваді, і Центральна виборча комісія призначила вибори у 29 об'єднаних територіальних громадах, які створені з рад, що входять у різні суміжні райони [6, с. 16].

Зокрема, зазначеним Законом внесені зміни та доповнення до Земельного кодексу України в частині покладення на Кабінет Міністрів України повноважень щодо розгляду звернень від місцевих державних адміністрацій про встановлення та зміни меж районів та міст та за наявності підстав для таких змін внесення до Верховної Ради України таких пропозицій.

Також досліджуваним Законом внесені зміни до Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад», які передбачають, що у разі, якщо до складу об'єднаної територіальної громади увійшла територіальна громада (територіальні громади), розташована на території суміжного району, розширенню підлягають межі району, на території якого розташований адміністративний центр утвореної об'єднаної територіальної громади. У такому разі проект землеустрою щодо встановлення (зміни) меж району розробляється відповідно до постанови Ради міністрів Автономної Респу-

бліки Крим, розпорядження голови обласної державної адміністрації [5].

Як зазначається в Аналітичній доповіді від громадськості, у законі зазначено, що проект землеустрою щодо встановлення [зміни] меж району розробляється відповідно до постанови Ради міністрів Автономної Республіки Крим, розпорядження голови обласної державної адміністрації, проте межі районів має право затверджувати Верховна Рада України відповідною постановою, і тут виникає питання про те, наскільки оперативно Верховна Рада України зможе вносити такі зміни і чи не виникне ситуація, коли протягом тривалого проміжку часу фактичні межі районів не будуть відповідати географічним [6, с. 17].

Необхідно погодитися з наведеним недоліком, який може бути вирішений шляхом встановлення чітких строків, протягом яких уряд та згодом парламент України мають розглянути та ухвалити рішення, відповідно, про направлення звернення та про зміну меж району та міста (наприклад, протягом 30 днів з дня надходження пропозиції від уряду) після попереднього опрацювання у відповідному комітеті.

Ще одним є законопроект «Про внесення змін до Бюджетного кодексу України (щодо добровільного приєднання територіальних громад)», який після прийняття у першому читанні було знято з розгляду [7]. Розробники даного законопроекту пропонували ввести у правовий обіг поняття «бюджет об'єднаної територіальної громади».

Проте Головне юридичне управління висловило зауваження з приводу того, що покладення в основу вирішення питань адміністративно-територіального устрою механізму «добровільного об'єднання територіальних громад» є концептуально помилковим. Вказано, що положення Бюджетного кодексу України щодо бюджетів територіальних громад, що об'єдналися, потребують подальшого вдосконалення з урахуванням наведених зауважень [8].

Необхідно погодитися з висловленим зауваженням, оскільки виключно Конституцією України визначається адміністративно-територіальний устрій України, з урахуванням якого можуть формуватися об'єднанні територіальні громади та встановлюватися межі сіл, селищ, районів та міст. Тому відхід від встановленого Конституцією України адміністративно-територіального устрою є порушенням конституційного принципу єдності території держави. У зв'язку з цим будь-які зміни до сучасного устрою мають розпочинатися саме із внесення відповідних змін та доповнень до Конституції України.

Найбільш дискусійним є Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» щодо добровільного приєднання територіальних громад сіл, селищ до територіальних громад міст обласного значення» [9], прийнятий 3 квітня 2018 року та підписаний Президентом України 4 травня 2018 року. Відповідно до цього Закону пропонується визнати такими, що є спроможними об'єднаними територіальними громадами для випадків, передбачених статтями 81-83 цього Закону, територіальні громади міст республіканського Автономної Республіки Крим, обласного значення. Іншими словами, розробники законопроекту пропонують автоматично прирівнювати територіальні громади міст обласного та республіканського значення до спроможних об'єднаних територіальних громад.

Між тим у Висновку Головного науково-експертного управління до проекту даного Закону чітко вказано на його невідповідність основним конституційним засадам територіального устрою та місцевого самоврядування, тобто фактично акцентовано увагу на неконституційності положень даного Закону.

Зокрема, у Висновку зазначається, що пропонований проектом спосіб вдосконалення механізму добровільного об'єднання територіальних громад не є правильним, оскільки свідчить про непослідовність державної політики у цій сфері та створить конкуренцію повноважень між органами державної влади. У проекті фактично передбачається нівелювання визначених у Законі України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» умов та безпосереднє визнання спроможними об'єднаними територіальними громадами усіх без винятку територіальних громад міст республіканського Автономної Республіки Крим, обласного значення, які фактично не є об'єднаними [10].

Необхідно підтримати наведені Головним науково-експертним управлінням зауваження, оскільки аналіз положень Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» щодо добровільного приєднання територіальних громад сіл, селищ до територіальних громад міст обласного значення» свідчить про таке:

1) оскільки одним із принципів об'єднання територіальних громад є принцип добровільності, то прийняття даного закону призводить до порушення зазначеного принципу. На обґрунтування цього висновку слід зауважити, що територіальні громади міст обласного та республіканського-

го значення за своїми обсягами, як правило, є великими та, відповідно, спроможними та такими, що не потребують об'єднання, отже, вибраний у даному Законі спосіб «спонукання» таких громад до об'єднання з малими селами та селищами призведе до порушення принципу добровільності;

2) запроваджений у Законі механізм об'єднання територіальних громад є таким, що не відповідає конституційним нормам, оскільки система об'єднаних територіальних громад та їх органів має будуватися відповідно до системи адміністративно-територіального устрою, яка має включати у себе села (кілька сіл), селища, міста, райони та області, управління якими має здійснюватися відповідними органами місцевого самоврядування та місцевими органами виконавчої влади;

3) законодавець уповноважив Кабінет Міністрів України діяти від імені держави в процесі визнання спроможними об'єднаних територіальних громад та приймати відповідні управлінські рішення щодо нормативного закріплення такого визнання у формі підзаконного акта, натомість у досліджуваному Законі такі повноваження перекладені на Верховну Раду України, що суперечить конституційному принципу розподілу влади.

Отже, Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» щодо добровільного приєднання територіальних громад сіл, селищ до територіальних громад міст обласного значення» слід визнати неконституційним з наведених вище підстав.

З метою сприяння послідовному та ефективному процесу організації та проведення місцевих виборів в об'єднаних територіальних громадах Центральна виборча комісія надає методичну допомогу територіальним виборчим комісіям, зокрема, шляхом розробки постанов, видання методичних рекомендацій з різних практичних питань, що виникають у процесі організації, проведення виборів, визначення їх результатів тощо.

Так, Центральна виборча комісія прийняла постанови «Про Порядок призначення перших виборів депутатів сільських, селищних, міських рад об'єднаних територіальних громад та відповідних сільських, селищних, міських голів» [11], «Про форми подань щодо кандидатур до складу виборчих комісій, що здійснюють підготовку та проведення виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських, районних у містах, сільських, селищних рад, сільських, селищних, міських голів та старост сіл, селищ», «Про Порядок організації роботи та ведення діловодства у виборчих комісіях з місцевих виборі» [12], а також розробила «Збірник нормативно-правових актів з питань фінансового і матеріально-технічного забезпечення підготовки і проведення виборів та формування виборчих фондів» [13].

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у даному науковому напрямі. Таким чином, проведений у цій статті науково-правовий аналіз дозволяє підсумувати, що під час проведення перших виборів, які були призначені та проведені в об'єднаних територіальних громадах у 2015-2016 рр., було виявлено цілу низку практичних проблем, головним чином зумовлених недоліками та прогалинами виборчого законодавства. У зв'язку з цим парламентом протягом 2017-2018 рр. прийнято ряд законів, якими внесені зміни та доповнення до законодавства у сфері регулювання процесу організації та проведення виборів в об'єднаних територіальних громадах, що були спрямовані на усунення виявлених практичних проблем

Для подальшого удосконалення механізму проведення виборів в об'єднаній територіальній громаді необхідно: 1) у законах України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» та «Про місцеві вибори» закріпити, що у територіальній громаді, яка приєдналась до вже об'єднаної громади, повноваження старости та відповідно сільського, селищного, міського голови припиняються з моменту проведення додаткових виборів у такій громаді до відповідної місцевої ради та початку повноважень її новообраного складу; 2) у Регламенті Верховної Ради України та Регламенті Кабінету Міністрів України визначити чіткі строки, протягом яких уряд та згодом парламент України мають розглянути та ухвалити рішення про зміну меж району та міста, якщо така потреба виникла у зв'язку з об'єднанням територіальних громад; 3) Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» щодо добровільного приєднання територіальних громад сіл, селищ до територіальних громад міст обласного значення» визнати неконституційним.

Список використаних джерел:

1. Про місцеві вибори: Закон України від 14.07.2015 № 595-VIII. URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/595-19.

2. Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів: Закон України від 10.07.2010 № 2487-VI. URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2487-17.

3. Децентралізація-2017. Реформа буде продовжуватись. 2017. URL : https://sorada.gov.ua/

actual/18489-detsentralizatsija-2017-reforma-bude-prodovzhuvatys.html.

4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо добровільного приєднання територіальних громад): Закон України від 03.06.2016. № 4772. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59314.

5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо особливостей добровільного об'єднання територіальних громад, розташованих на територіях суміжних районів: Закон України від 09.12.2016 № 5520. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60681.

6. Створення об'єднаних територіальних громад в Україні 2015-2017. Аналітична доповідь від громадськості у форматі Shadow Report. К., 2018. URL: http://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2018/04/Detsentralizatsiya-v-Ukrai-ni-2014-2017-rr.pdf.

7. Про внесення змін до Бюджетного кодексу України (щодо добровільного приєднання територіальних громад): проект Закону від 03.06.2016 реєстр. № 4773. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59315.

8. Зауваження Головного юридичного управління до проекту закону» Про внесення змін до Бюджетного кодексу України (щодо добровільного приєднання територіальних громад)» від 29.03.2017. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59315.

9. Про внесення змін до Закону України "Про добровільне об'єднання територіальних громад" щодо добровільного приєднання територіальних громад сіл, селищ до територіальних громад міст обласного значення: Закон України від 03.04.2018 № 2379-VIII. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61814.

10. Висновок Головного науково-експертного управління на проект закону «Про внесення змін до Закону України "Про добровільне об'єднання територіальних громад" щодо добровільного приєднання територіальних громад сіл, селищ до територіальних громад міст обласного значення» від 06.06.2017. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61814.

11. Про Порядок призначення перших виборів депутатів сільських, селищних, міських рад об'єднаних територіальних громад та відповідних сільських, селищних, міських голів: Постанова Центральної виборчої комісії від 12 лютого 2016 року № 32. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0032359-16.

12. Збірник нормативно-правових актів Центральної виборчої комісії з питань підготовки і проведення місцевих виборів (на допомогу територіальним і дільничним виборчим комісіям): Центральна виборча комісія. К., 2015. 1017 с.

13. Збірник нормативно-правових актів з питань фінансового і матеріально-технічного забезпечення підготовки і проведення виборів та формування виборчих фондів (на допомогу виборчим комісіям з місцевих виборів 25 жовтня 2015 року): Центральна виборча комісія. К., 2015. 238 с.

Статья посвящена освещению перспектив развития и совершенствования национального законодательства в сфере регулирования организации и проведения выборов в объединенных территориальных общинах. Проведен обзор законодательных актов, принятых в течение 2017-2018 годов, направленных на совершенствование механизма проведения местных выборов в объединенных общинах.

Ключевые слова: местные выборы, объединенная территориальная община, конституционное законодательство.

The article is devoted to the prospects of development and improvement of the national legislation in the field of regulation of the organization and conduct of elections in the united territorial communities. A review of legislative acts adopted during the years 2017-2018 aimed at improving the mechanism for holding local elections in united communities.

Key words: local elections, united territorial community, constitutional legislation.

УДК 342.724

Катерина Чижмарь,
докт. юрид. наук,
директор
Інституту права та післядипломної освіти
Міністерства юстиції України

РЕАЛІЗАЦІЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ РІВНОПРАВ'Я ТА ОХОРОНИ ЖІНОК У ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ

У статті автор розглядає стан і порядок реалізації міжнародно-правових стандартів рівноправ'я та охорони жінок у правовій системі України. Окреслено основні міжнародно-правові документи у сфері рівноправ'я та охорони прав жінок. Охарактеризовано стан закріплення і реалізації міжнародно-правових стандартів рівноправ'я та охорони жінок у вітчизняному законодавстві. Проаналізовано сучасні шляхи та способи вирішення проблеми недостатнього рівня впровадження принципу забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків в Україні.

Ключові слова: права жінок, міжнародно-правові стандарти, забезпечення прав жінок, охорона прав жінок, гендерна рівність.

Актуальність теми. Втілення в життя принципу гендерної рівності є необхідною частиною прогресу людства, елементом демократії та важливою умовою розбудови демократичної, правової держави. Сучасний стан суспільних відносин не дозволяє ігнорувати знання, навички і творчі здібності жінок, а потребує негайного та повного їх використання. Рівна участь жінок у професійному, політичному та громадському житті повинна бути поєднана з їх рівною відповідальністю у прийнятті рішень на державному рівні.

Правове становище жінки багато в чому залежить від характеру її відносин із чоловіками, наявності або відсутності в цій сфері гармонії, заснованої на правовій рівності, яка має різноманітні прояви. Істотним проявом рівності у сфері взаємодії жінки і чоловіка є рівність їхніх прав і свобод, юридична рівність перед законом і судом. Юридична рівність не може подолати фактичну нерівність, що існує між чоловіком і жінкою й проявляється в різних аспектах. Проте вона є юридичною основою подолання гендерної нерівності, поступової ліквідації найбільш небезпечних для суспільства її проявів. При цьому досягнення рівноправності жінки та чоловіка буде складовим елементом загальноісторичної закономірності збагачення й поширення принципу правової рівності на широке коло осіб і відносин [1, с. 416].

Стан наукового дослідження. У зв'язку з цим особливої актуальності набуває вивчення стану і порядку реалізації міжнародно-правових стандартів рівноправ'я та охорони жінок у правовій системі України, що й становить мету цієї статті. Для її успішного досягнення передбачається розв'язати такі завдання: по-перше, окреслити основні міжнародно-правові документи у сфері рівноправ'я та охорони прав жінок; по-друге, осмислити стан закріплення і реалізації міжнародно-правових стандартів рівноправ'я й охорони жінок у вітчизняному законодавстві; по-третє, проаналізувати сучасні шляхи та способи вирішення проблеми недостатнього рівня впровадження принципу забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків в Україні. Науково-теоретичною основою цієї наукової статті стали праці правознавців, які досліджували проблематику міжнародних стандартів рівноправ'я та охорони прав жінок і чоловіків, спеціальних прав жінок, зокрема М. О. Баймуратова, В. Г. Буткевича, В. М. Денисова, В. І. Євінтова, Т. М. Заворотченко, Г. В. Ігнатенка, С. В. Ісаковича, А. П. Мовчана, Н. М. Оніщенко, Ж. М. Пустовіт, П. М. Рабіновича, С. В. Черніченка та ін.

Виклад основного матеріалу. Так, II Всесвітня конференція з прав людини, яка відбулася в 1993 р. у Відні, проголосила, що діяльність Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) у сфері прав людини повинна бути вдосконалена з метою зміцнення механізму ООН у цій сфері та подальшого просування на шляху до загальної поваги дотримання міжнародних стандартів прав людини [2]. Варто також наголосити на тому, що в 1989 р. Генеральна Асамблея ООН прийняла Резолюцію 41/120 «Встановлення міжнародних стандартів прав людини», в якій закріплено загальне розуміння значен-

© К. Чижмарь, 2018

ня міжнародних стандартів прав людини. Відповідно до цієї Резолюції, всі держави-члени ООН визнали, що вже на той час було прийнято достатню кількість міжнародних угод й інших документів, в яких отримали юридичне закріплення міжнародні стандарти прав людини. Головне завдання ООН, як підкреслюється в Резолюції, полягає в застосуванні заходів, спрямованих на універсальне визнання цих стандартів унаслідок ратифікації або приєднання до цих договорів більшості держав, а також у тому, щоб вони були втілені в життя за допомогою міжнародних і національних засобів імплементації.

Ці та інші рішення Всесвітньої конференції з прав людини і Резолюція Генеральної Асамблеї ООН свідчать про загальне визнання державами в міжнародних відносинах значення міжнародних стандартів прав людини. Існування міжнародних стандартів прав людини визнане в доктрині міжнародного права, зокрема, визначено: поняття (під ними пропонується розуміти загальновизнані звичаєві принципи та норми, а також договірні норми, в яких закріплено перелік прав і свобод людини, що підлягають загальному дотриманню); юридичний зміст цих прав і свобод; можливі легальні обмеження прав і свобод людини; заборону певних дій держав, юридичних і фізичних осіб проти здійснення прав і свобод людини. При цьому держави не лише беруть на себе міжнародно-правові зобов'язання дотримуватися міжнародних стандартів, але в багатьох випадках у національному законодавстві визнають міжнародні стандарти прав людини як обов'язкові норми. Наприклад, у ст. 18 Конституції України закріплено обов'язок дотримання нашою державою загальновизнаних принципів і норм міжнародного права в зовнішньополітичній діяльності країни, а в ст. 55 Основного Закону України передбачено можливість кожного скористатися міжнародними стандартами прав людини після використання всіх національних засобів правового захисту шляхом звернення за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних міжнародних організацій, які саме і займаються імплементацією цих стандартів.

Водночас IV Всесвітня конференція зі становища жінок, що відбулася в Пекіні в 1995 р., прийняла Пекінську декларацію та Платформу дій для втілення в життя принципу рівності прав жінок і чоловіків. Україна, делегація якої була учасником цієї Конференції, не лише провадить у життя положення міжнародних угод і документів стосовно ліквідації дискримінації жінок, але і виконує Пекінську декларацію та Платформу дій.

У чинній Конституції України від 28 червня 1996 р. закріплено важливі права та свободи людини і громадянина, механізм їх охорони та захисту. Відповідно до норм Основного Закону, в Україні визнається та гарантується рівність прав жінок і чоловіків згідно з міжнародно-правовими стандартами. Вказані стандарти рівності прав жінок і чоловіків як складова частина прав і свобод людини та громадянина закріплені в розділі II Конституції України. У цілому її положення відповідають міжнародним стандартам і міжнародним зобов'язанням нашої держави в цій галузі та в першу чергу Загальній декларації прав людини 1948 р., Міжнародному пакту про економічні, соціальні та культурні права 1966 р., Міжнародному пакту про громадянські та політичні права 1966 р. і Факультативному протоколу до нього. При цьому доречно підкреслити, що приведення вітчизняного законодавства в галузі прав і свобод людини та громадянина у відповідність до загальновизнаних принципів і норм міжнародного права розпочалося ще задовго до прийняття чинного Основного Закону 1996 р. Зокрема, вагоме значення мали й нормативно-правові акти Української Радянської Соціалістичної Республіки (далі – УРСР), що згодом були визнані незалежною Україною. Так, до основних міжнародно-правових документів у сфері рівноправ'я й охорони та захисту прав жінок належать Конвенція ООН про політичні права жінок від 20 грудня 1952 р., ратифікована Президією Верховної Ради УРСР 22 липня 1952 р. [3]; Конвенція ООН про громадянство заміжньої жінки від 29 січня 1957 р., ратифікована Президією Верховної Ради УРСР 25 вересня 1958 р. [4]; Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 р., ратифікована Президією Верховної Ради УРСР 24 грудня 1980 р. [5].

Відповідно до ст. 6 Закону України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р., Україна підтверджує свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними УРСР до проголошення незалежності України [6]. Приєднавшись таким чином до згаданих документів, наша держава взяла на себе зобов'язання вживати відповідні заходи в політичній, соціальній і культурній сферах, включаючи законодавчі, для забезпечення всебічного розвитку і прогресу жінки з тим, щоб гарантувати їй здійснення прав людини й основних свобод і користування ними на основі рівності з чоловіками. До перелічених зобов'язань також входила зміна соціальної та культурної моделі поведінки чоловіків і жінок для викорінення традицій і звичаїв, заснованих на ідеї неповноцінності або зверхності однієї статі над іншою.

Чинний Основний Закон визначає Україну як правову державу, ідеї, принципи і цінності якої повинні бути покладені в основу всього правопорядку. Права та свободи людини і громадянина, їх визнання, охорона та захист затверджуються як основний і визначальний критерій правового змісту національного законодавства та практики його реалізації. Принцип пріоритету прав і свобод людини та громадянина, як і його складник – принцип рівності прав жінок і чоловіків, закріплені в Конституції України та адресовані всім гілкам державної влади, обмежують і зобов'язують їх. Ідея зв'язаності держави необхідністю забезпечення прав і свобод людини встановлюється також у п. 2 ст. 3 Конституції України, а саме: права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави [7].

У загальному плані чинна Конституція України підтвердила зобов'язання України в забезпеченні рівноправ'я й охорони та захисту прав жінок. У ній знайшли відображення основні принципи, закладені міжнародною правовою практикою в досягненні рівних прав і можливостей чоловіків і жінок. У межах принципу забезпечення прав людини Основний Закон України гарантує всім, зокрема жінкам, рівність у своїй гідності, правах і свободах, що є невідчужуваними та непорушними (ст. 21). Кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості (ст. 23), повагу до її гідності (ст. 28), на особисту недоторканність (ст. 29). Конституція України не містить обмежень, а отже, передбачає рівне право всіх громадян на свободу об'єднання в політичні партії та громадські рухи (ст. 36), рівне право доступу до державної служби, служби в органах місцевого самоврядування (ст. 38). Немає ніяких обмежень у тому числі за ознакою статі, у праві на власність (ст. 41), підприємницьку діяльність (ст. 42), працю (ст. 43), соціальний захист (ст. 46), інші політичні та соціально-економічні права тощо. Наприклад, розвиток усіх форм власності поряд із визнанням приватної власності є необхідною умовою та передумовою для набуття кожною людиною (рівною мірою жінкою і чоловіком) економічної свободи, без якої немає і не може бути свободи політичної. Становлення правової держави та розбудова громадянського суспільства неможливі без співіснування та конкуренції різних форм власності – державної, комунальної та приватної. Визнання приватної власності як такої, що походить із природно-правових джерел, «священною та недоторканною» багато в чому допомагає особі реалізовувати свої громадянські, політичні, соціально-економічні та культурні права та свободи. Саме тому в ст. 41 Конституції України проголошується право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, а право приватної власності є непорушним.

Принцип забезпечення гендерної рівності знайшов втілення у статтях Конституції України, які окремо обумовлюють забезпечення рівноправ'я жінок у громадсько-політичній і культурній діяльності, у здобутті освіти і професійній підготовці,праці та винагороді за неї (ст. 24). Конституція України встановила рівність прав і обов'язків жінок і чоловіків у шлюбі та сім'ї, рівну відповідальність батьків за виховання дітей і взяла під державну охорону не лише материнство і дитинство, а й батьківство (ст. 51), що створило правову основу рівноправ'я в сім'ї. Ці конституційні гарантії стали підтвердженням зобов'язань, які взяла на себе Україна, приєднавшись до міжнародних документів, що гарантують захист прав людини, рівноправ'я жінок і чоловіків.

Ґрунтуючись на зобов'язаннях, зазначених у Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок, Кабінет Міністрів України 28 липня 1992 р. затвердив «Довгострокову програму поліпшення становища жінок, сім'ї, охорони материнства та дитинства» [8]. У липні 1995 р. в Україні відбулися парламентські слухання, на яких розглянуто хід реалізації Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок 1979 р. Під час слухань проаналізовано, як виконуються нашою державою міжнародні зобов'язання щодо викорінення дискримінації жінок у всіх сферах. При цьому зазначено, що законодавство України ще неповною мірою відповідає міжнародним стандартам у галузі рівноправ'я та охорони прав жінок. До того ж влада не здійснює належного контролю за додержанням зазначеної Конвенції ООН.

Наступним кроком у ході реалізації зобов'язань України стосовно забезпечення рівноправ'я жінок і чоловіків було прийняття 8 вересня 1997 р. Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Національного плану дій на 1997–2000 роки щодо поліпшення становища жінок і підвищення їх ролі у суспільстві». На відміну від постанови 1992 р., створюючи цей нормативно-правовий акт, автори керувалися положеннями Платформи дій і Пекінської декларації, схвалених IV Всесвітньою конференцією із становища жінок [9]. Окрім того, Національний план дій на 1997–2000 роки щодо поліпшення становища жінок і підвищення їх ролі

у суспільстві містив конкретні розпорядження щодо підготовки проектів таких законів України, як «Про охорону дитинства», «Про молодіжні та дитячі громадські організації» та «Про внесення змін і доповнень до Закону України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми». Також до Національного плану дій входила розробка проекту Декларації про загальні засади державної політики стосовно сім'ї та жінок. У 2001 р. було прийнято Постанову Кабінету Міністрів України «Про затвердження Національного плану дій щодо поліпшення становища жінок та сприяння впровадженню гендерної рівності у суспільстві на 2001–2005 роки». Цей документ приділяє ще більш пильну увагу такій серйозній проблемі, як насильство щодо жінок і торгівля жінками [10].

У цілому можна стверджувати, що міжнародні стандарти рівноправ'я та охорони прав жінок у національному законодавстві відображено повною мірою і в ньому немає прямих протиріч міжнародним документам щодо прав жінок та їх рівноправ'я з чоловіками. Про це свідчить прийняття Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 8 вересня 2005 р. [11]. Однак слід визнати, що функціонування наявного механізму недопущення дискримінації жінок поки що залишається не досить ефективним. Причина цього вбачається у відсутності досконалого механізму забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків у всіх сферах життя суспільства та впровадження європейських стандартів рівності.

У зв'язку з цим 11 квітня 2018 р. Кабінет Міністрів України затвердив Державну соціальну програму забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2021 року [12]. Згідно з цією Програмою, проблему недостатнього рівня впровадження принципу забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків передбачається розв'язати шляхом застосуванням комплексного підходу та здійснення заходів, спрямованих на виконання таких пріоритетів: удосконалення нормативно-правової бази, механізму проведення гендерно-правової експертизи та впровадження статистичних показників у сфері забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: 1) урахування гендерного компонента в програмах економічного та соціального розвитку з урахуванням актуальних потреб галузей і регіонів; 2) розширення переліку статистичних показників за ознакою статі з розбивкою за іншими основними ознаками (вік, місце проживання, інвалідність, соціально-економічний статус тощо); підвищення професійного рівня державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування щодо забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: 1) зменшення гендерного дисбалансу у сфері державної служби та управління людськими ресурсами; 2) внесення до програм курсів підвищення кваліфікації державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування питань забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків; 3) подолання гендерних стереотипів; протидія дискримінації за ознакою статі та дискримінації більше ніж за однією ознакою, зокрема удосконалення механізму реалізації права на захист від дискримінації за ознакою статі та дискримінації за кількома ознаками, однією з яких є ознака статі, розгляду випадків такої дискримінації та вжиття відповідних заходів за його результатами; виконання договірних та інших міжнародних зобов'язань щодо забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: 1) збільшення частки жінок серед народних депутатів України, депутатів обласних та місцевих рад (міст обласного значення); 2) зменшення розриву в оплаті праці; 3) залучення до виконання Програми міжнародних організацій та громадських об'єднань, діяльність яких спрямовується на забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків у суспільстві, зокрема зміцнення державно-приватного партнерства у сфері забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків.

Окрім того, для з'ясування механізму дії в Україні норм про права людини, в тому числі міжнародних стандартів рівності прав жінок і чоловіків, важливо звернути увагу на особливості правової системи України. Так, усі ратифіковані міжнародні угоди України мають враховуватися судами. Тим самим положення міжнародних актів про права людини набувають не лише пізнавального, але й практичного значення для судів та інших правозастосовних органів.

Закріплення у вітчизняному законодавстві міжнародних стандартів рівності прав жінок і чоловіків як складової частини міжнародних стандартів прав людини, здавалося б, позбавляє останніх можливості самостійного застосування. Проте, на наше переконання, це не так. По-перше, дія міжнародно-правових норм проявляється в тому, що їх слід використовувати також тоді, коли виникають певні труднощі у тлумаченні, тобто для з'ясування змісту законодавства України з тим, щоб реалізація останнього не призводила до порушення загальновизнаних принципів і норм міжнародного права і, як наслідок, до порушення стандартів рівності прав жінок і чоловіків. По-друге, міжнародні стандарти

рівності прав жінок і чоловіків мають стати гарантією недопущення прийняття законодавчих норм, що порушують права людини.

Отже, на підставі проаналізованого вище можна зробити такі **висновки**.

Принцип гендерної рівності не може бути абсолютизованим. Справжній рівності жінки заважає нерівність можливостей, що вона має для здійснення формально проголошених всезагальних прав. Належній реалізації її можливостей і творчих здібностей заважають поряд із факторами, які вже згадувалися, також традиції і мораль, що склалися віками, психологічні стандарти як жіночої, так і чоловічої частини населення. Рівноправність чоловіка та жінки – це встановлення для всіх рівних прав, тобто підпорядкування всіх єдиному закону, а не дарування всім однакових матеріальних засобів, однакових розумових здібностей, освіти тощо. Поєднання політики гендерного інтегрування в усіх сферах життя і за всіма напрямами суспільного розвитку та поліпшення становища жінок у тих сферах, де існує нерівність (зокрема, забезпечення рівних прав для жінок і чоловіків, наданих їм Конституцією України; розширення економічних можливостей для жінок у сферах зайнятості, розвитку підприємницького потенціалу; усунення негативних гендерних стереотипів; урахування особливих потреб усіх категорій жінок і чоловіків незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовних або інших ознак), є основою забезпечення гендерної рівності та сталого розвитку суспільства.

Реалізація міжнародно-правових стандартів рівноправ'я та охорони прав жінок у національному праві відбувається на підставі загальних механізмів імплементації. Міжнародні стандарти щодо рівності прав жінок і чоловіків передбачають необхідність проведення на сучасному етапі українського державотворення комплексних нормотворчих заходів щодо прийняття спеціальних законів. Крім того, слід зазначити, що закріплені в міжнародному праві напрями вирішення суперечностей між додатковими спеціальними заходами на користь жінок і принципом рівноправ'я дають зразок послідовного розуміння значення жінок у суспільстві, визначають шляхи подолання деформації уявлення про соціальну роль жінок у суспільстві і фактично забезпечують реалізацію принципу рівності прав жінок і чоловіків, міжнародні стандарти рівноправ'я жінок між собою, а також рівноправ'я у сфері політичних і економічних прав. При цьому міжнародні норми про права людини діють в Україні як опосередковано, тобто через норми Конституції та інші закони України, так і безпосередньо, причому в останньому випадку вони мають пріоритет над відповідними нормами вітчизняного законодавства.

Список використаних джерел:

1. Правова доктрина України : у 5 т. Т. 1 : Загальнотеоретична та історична юриспруденція / В. Я. Тацій, О. Д. Святоцький, С. І. Максимов та ін. ; за заг. ред. О. В. Петришина. Х. : Право, 2013. 976 с.
2. Венская декларация и Программа действий, принята на Всемирной конференции по правам человека 25 июня 1993 г. в Вене. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_504
3. Конвенция ООНо политических правах женщин от 20 декабря 1952 г. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_156
4. Конвенция ООНо гражданстве замужней женщины от 29 января 1957 г. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_158
5. Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_207
6. Про правонаступництво України Закон України від 12 вересня 1991 р. № 1543-XII URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1543-12
7. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр.
8. Про Довгострокову програму поліпшення становища жінок, сім'ї, охорони материнства та дитинства: Постанова Кабінету Міністрів України від 28 липня 1992 р. № 431. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/431-92-п
9. Про затвердження Національного плану дій на 1997–2000 роки щодо поліпшення становища жінок і підвищення їх ролі у суспільстві: Постанова Кабінету Міністрів України від 8 вересня 1997 р. № 993. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/en/993-97-п
10. Про затвердження Національного плану дій щодо поліпшення становища жінок та сприяння впровадженню гендерної рівності у суспільстві на 2001–2005 роки: Постанова Кабінету Міністрів України від 6 травня 2001 р. № 479. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/479-2001-п
11. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: Закон України від 8 вересня 2005 р. № 2866-IV. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2866-15
12. Про затвердження Державної соціальної програми забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2021 року: Постанова Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2018 р. № 273. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/273-2018-п

В статье автор рассматривает состояние и порядок реализации международно-правовых стандартов равноправия и охраны женщин в правовой системе Украины. Определены основные международно-правовые документы в сфере равноправия и защиты прав женщин. Охарактеризовано состояние закрепления и реализации международно-правовых стандартов равноправия и охраны женщин в отечественном законодательстве. Проанализированы современные пути и способы решения проблемы недостаточного уровня внедрения принципа обеспечения равных прав и возможностей женщин и мужчин в Украине.

Ключевые слова: права женщин, международно-правовые стандарты, обеспечение прав женщин, охрана прав женщин, гендерное равенство.

In the article the author examines the state and procedure of implementation of international legal standards of equality and protection of women in the legal system of Ukraine. The main international legal documents in the field of equality and protection of women's rights are outlined. The state of consolidation and implementation of international legal standards of equality and protection of women in the domestic legislation is characterized. The modern ways and means of solving the problem of insufficient implementation of the principle of equal rights and opportunities for women and men in Ukraine are analyzed.

Key words: women's rights, international legal standards, women's rights, women's rights protection, gender equality.

УДК 342.4(045)

В'ячеслав Шамрай,
канд. юрид. наук, докторант кафедри конституційного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ТРАНСНАЦІОНАЛЬНИЙ (ГЛОБАЛЬНИЙ) КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ ЯК ОБ'ЄКТИВНЕ ЯВИЩЕ СУЧАСНОЇ ПРАВОВОЇ ДІЙСНОСТІ

Стаття присвячена теоретико-методологічним підходам до визначення поняття «глобальний конституціоналізм» у сучасних умовах правової глобалізації та європейської міждержавної інтеграції з точки зору пошуку ефективних засобів комплексної правової модернізації суспільства.

Автор аналізує юридичний зміст вказаної категорії, показує її специфічні особливості, розкриває значення процесів удосконалення базових елементів суспільних відносин та конституційної модернізації суспільства і держави у сучасних умовах правової глобалізації та європейської міждержавної інтеграції.

Наголошується на необхідності подальшого вдосконалення конституційно-правового регулювання найважливіших суспільних відносин як ключового напряму правової модернізації суспільних відносин у сучасній демократичній державі, побудованій на принципових засадах європейського конституціоналізму.

Ключові слова: конституційне право, глобальний конституціоналізм, правова модернізація, суспільство, національна правова система.

Актуальність дослідження. Аналізуючи транснаціональний (глобальний) конституціоналізм як сучасний феномен суспільно-правової дійсності, що відображає ключові тенденції та детермінанти процесів конституціоналізації міжнародного права та інтернаціоналізації конституційного права і є безпосереднім породженням вказаних процесів, слід зазначити, що уніфіковані ознаки глобального конституціоналізму знаходять свій прояв під час реалізації конституційних реформ як засобу прогресивного перетворення національних правових систем.

У цьому контексті необхідно зауважити, що комплексні конституційні реформи є досить поширеним явищем у сучасній політико-правовій реальності, адже внесення змін до конституції є звичайною світовою практикою, яка пов'язана з потребою правового забезпечення змін, що відбуваються в суспільному житті та відображають певний етап розвитку державної організації суспільства.

Отже, у юридичному вимірі ретельного дослідження потребує глобальний конституціоналізм як політико-правове явище, що виникло як закономірний результат сучасних тенденцій правової глобалізації та європейської міждержавної інтеграції.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Необхідно відзначити, що різноманітні аспекти глобалізації та інтернаціоналізації конституційного права розглядалися у працях багатьох вчених, серед яких слід окремо назвати таких, як М. О. Баймуратов, О. В. Батанов, В. І. Борденюк, Ю. О. Волошин, П. Ф. Гураль, О. В. Зайчук, Б. В. Калиновський, А. М. Колодій, О. Л. Копиленко, М. І. Корнієнко, В. В. Кравченко, В. С. Куйбіда, П. М. Любченко, М. П. Орзіх, М. В. Пітцик, В. Ф. Погорілко, Х. В. Приходько, М. О. Пухтинський, А. Ф. Ткачук, Ю. М. Тодика, В. Л. Федоренко, О. Ф. Фрицький, В. М. Шаповал, Ю. С. Шемшученко.

Водночас у наявних дослідженнях відсутній глибокий та різнобічний теоретико-методологічний аналіз категорії «глобальний конституціоналізм» як сучасного об'єктивно існуючого політико-правового явища транснаціонального масштабу.

Мета статті – дослідити основні теоретико-методологічні підходи до визначення поняття «транснаціональний (глобальний) конституціоналізм» у сучасних умовах правової глобалізації та європейської міждержавної інтеграції.

Виклад основного матеріалу. В останнє століття, мабуть, не можна знайти держави, яка б у той чи інший спосіб не змінювала свою конституцію.

Так, у літературі звертається увага, що «сьома за рахунком конституція Бразилії, прийнята у 1988 р., вже зазнала 64 зміни; конституція Венесуели, що набула чинності 30 грудня 1999 р., стала 26-ю конституцією країни; Конституція Грузії 1995 р. змінювалася вже 19 разів. До конституції ФРН, що набула чинності 24 травня 1949 р., було внесено більш

© В. Шамрай, 2018

ніж 50 змін. Серед них зміни, що стосувалися вступу до НАТО (1956 р.), стану оборони (1968 р.), наслідків об'єднання Німеччини (1994 р.). Конституція Франції від 1958 р. діє зі змінами та доповненнями від 1962, 1992, 1993, 1996, 2000, 2008 років. До неї, в період з 1791-го до 1946 р., у Франції було прийнято 13 конституцій. Конституція Мексики, що набула чинності 1 травня 1917 р., є єдиною у своєму роді, оскільки відповідно до її ж положень вона є «вічною» конституцією, прийнятою «на всі часи» та не може бути скасована «навіть у результаті революцій». При цьому за час існування цієї конституції до неї було внесено... понад 400 змін і доповнень» [1].

Аналіз змісту конституційних змін останніх років на універсальному (глобальному) рівні дозволяє виділити деякі напрями вказаних змін.

По-перше, в сучасних світових конституціях находять подальший розвиток окремі принципи. Так, розширюється правове регулювання принципу рівності жінок і чоловіків: якщо на початковому етапі конституційні тексти містили лише норми про рівність політичних прав, рівний доступ жінок і чоловіків до отримання виборних мандатів і виборних посад, то згодом зміст вказаного принципу було істотно розширено і посилено. Зокрема, Конституційний закон Французької Республіки від 23 липня 2008 р. закріпив у ст. 1 Конституції принцип рівності не тільки прав жінок і чоловіків, а й їхніх обов'язків. Нова Конституція Марокко 2011 р. передбачила положення про те, що чоловіки і жінки наділені не тільки рівними політичними, але і цивільними, економічними, соціальними, культурними, екологічними правами. Подальший розвиток отримує конституціоналізація правового статусу парламентської опозиції: якщо раніше окремі зарубіжні конституції (Португалії і ін.) фіксували право на створення опозиції, сучасні конституції XXI ст. (Бутан, Марокко, Непал), сприйнявши зазначене положення, розвивають його, конкретизуючи окремі права опозиції, у тому числі ті, що реалізуються через парламентські форми та методи [2].

Поряд із демократизацією політичної системи, удосконалення конституцій пов'язано з удосконаленням соціальної політики сучасних держав світу, а тому у конституціях, прийнятих в останні десятиліття, знайшли відображення нові виклики соціально-економічного характеру. Так, у деяких із них йдеться, хоча і не дуже чітко, про соціально орієнтовану економіку (наприклад, Конституція Польщі 1997 р.). У конституціях Португалії (1976 р.), Іспанії (1978 р.) сказано про державне планування економічного розвитку. У Конституції Єгипту 1971 р. (в ред. 2007 р.) є положення про соціальне партнерство. У деяких конституціях встановлено, що окремі об'єкти економіки перебувають у виключній державної власності [3].

Розвиток науково-технічного процесу зумовлює виникнення також і нових суспільних відносин, які потребують конституційно-правового регулювання. Показовим у цьому плані є приклад Конституції Швейцарії 1999 р., частиною 2 статті 119 якої заборонено будь-яку форму клонування і будь-яке втручання у спадковий матеріал людських гамет і ембріонів; перенесення в людський зародковий матеріал генотипу, що не належить людині; дарування ембріонів; всі види сурогатного материнства [4].

Зазнають певних змін і традиційні об'єкти конституційного регулювання, що демонструє безпосередній вплив глобального конституціоналізму на традиційні предмет і метод конституційного права як базової національної галузі права. Так, право власності стало регулюватися із середини XX в. з урахуванням соціальної функції, яка означає, що власність повинна використовуватися власником не тільки в його інтересах, а й в інтересах суспільства. Крім того, виникли нові підходи до регулювання організації і діяльності держави – використання нетипових форм правління, поява тенденції регіоналізації держав, закріплення в конституціях основних принципів державної політики, які все частіше відображаються у використанні таких конституційних характеристик держави, як правова, світська, соціальна, демократична тощо [5].

Деякі конституції зарубіжних країн закріплюють ряд нових обов'язків особистості. Наприклад, Конституція Бутану 2008 р. передбачає, що «особа в міру своїх сил має допомагати жертвам нещасних випадків і природних катастроф», «кожна особа має ... виступати проти корупції» [6].

Отже, завданням сучасного конституційного процесу в Україні, що випливає із загальних світових тенденцій формування доктрини уніфікованого транснаціонального (глобального) конституціоналізму, є напрацювання пропозицій щодо здійснення децентралізації влади, конституційного вдосконалення прав і свобод людини, реформи судової системи, які забезпечать поступальний розвиток нашої держави до прогресу та її інтеграцію в перспективі до Європейського Союзу та європейських і євроатлантичних оборонних структур [7].

При цьому, з огляду на вітчизняну політику, спрямовану на інтеграцію до європейського простору, на наш погляд, доцільним є врахування досвіду проведення конститу-

ційної реформи в Польщі, яка була реалізована з урахуванням світових конституційних цінностей та тенденції модернізації конституційно-правового регулювання найважливіших суспільних відносин.

Так, 16 грудня 1991 р. Польща та ЄЕС підписали «Європейську угоду про створення асоціації між РП, з одного боку, та європейськими спільнотами та державами – її членами, – з іншого». Європейська угода (про асоціацію) передбачала тісну співпрацю між ЄЕС та Польською державою за кількома стратегічними напрямами: політика, економіка, культура та євроінтеграція. Поворотним моментом стало прийняття нової Конституції Польщі від 2 квітня 1997 р. [8].

Конституція Республіки Польща завершила процес політичної інституціоналізації, закріпила основні досягнення Польщі на шляху до розбудови демократичної правової системи: принцип поділу влади, пропорційний її розподіл, зв'язки між основними інституціями, які повинні працювати як механізм, що саморегулюється [9].

Ухвалена Конституція стала результатом тривалих політичних дискусій та переговорів. Маючи за пріоритет потенційне членство Польщі в ЄС, проектанти Конституції 1997 р. заклали в неї окреме підґрунтя для майбутнього делегування певних елементів компетенції спільним органам ЄС. Важливий пункт «Європа» вміщено у ст. 90 Конституції. Він мав на меті знайти рівновагу між збереженням засад національного суверенітету і передбаченою можливістю інтеграції в ЄС. У цій особливій ст. 90 Конституції стверджується, що «Республіка Польща може, на підставі міжнародних угод, делегувати до міжнародної організації або міжнародної інституції компетенцію органів державної влади з деяких конкретних питань». Це положення створило достатню конституційно-правову легітимацію для приєднання Польщі до Європейського Союзу [10].

Внаслідок національної конституційної реформи Конституція України поповнилась схожою за конструкцією правовою нормою, яка передбачає можливість визнання юрисдикції такої міжнародної установи, як Міжнародний кримінальний суд, однак можливість делегування компетенції органів державної влади до міжнародних організацій, міжнародних інституцій національною конституційною реформою не передбачена. Отже, перейняття досвіду Польщі у сфері конституційного реформування сприятиме законодавчому закріпленню європейського вибору України на найвищому (конституційно-правовому) рівні.

Також «лабораторією конституцій» завжди вважалася Франція, і проведена в 2008 р. конституційна реформа підтвердила це твердження, змінивши вигляд Конституції 1958 р. Майже половина тексту Конституції V Французької Республіки була доповнена або викладена в новій редакції. Липнева реформа 2008 р. була проведена за трьома основними напрямами: 1) посилення ролі парламенту; 2) посилення контролю над виконавчою владою; 3) набуття громадянами нових прав.

Зазначена реформа посилила роль парламенту в державному механізмі, наділивши його (парламент) новими правами, серед яких можна назвати: право приймати резолюції; дозволяти або продовжувати військові втручання за кордоном; обговорювати проекти по тексту, виправленому комісією, а не Урядом; наділила правами в галузі міжнародної та європейської політики. У Конституції збережені і розширені істотні елементи парламентського правління. Права президента наразі дещо обмежені, наприклад: право помилування може бути реалізовано лише в індивідуальному порядку; обмежено право призначення Президентом Республіки ряду посадових осіб (наприклад, членів Конституційної Ради). Крім того, закріплена заборона для обіймання посади Президента більше двох разів поспіль [11], що також відображає загальносвітову тенденцію конституційно-правового розвитку інституту глави держави в частині визначення порядку та умов його обрання на найвищу державну посаду.

Також конституційна реформа 2008 р. відкрила можливість для громадян звертатись у зв'язку з подачею позову до французького суду з пріоритетним запитом на відповідність Конституції, тобто стверджувати, що чинне законодавче положення порушує права та свободи, гарантовані Конституцією Таким чином, введення такого контролю за законодавством дозволяє учасникам судового процесу отримувати додатковий захист своїх прав і свобод, оскільки оголошена неконституційною норма законодавства не може бути застосована і через це вона виключається з числа норм, що регулюють правопорядок [12].

Дана практика конституційного реформування Франції певною мірою була запозичена і українським законодавцем та знайшла свій розвиток у галузевому законодавстві, зокрема в Законі України «Про Конституційний Суд України» [13], яким запроваджуються можливість подання до Конституційного Суду України письмового клопотання щодо перевірки на відповідність Конституції України (конституційність) закону України (його окремих положень), що застосований в остаточному судовому рішенні у справі. Право на таке подання надається особі, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України (його окремі положення) суперечить Конституції України.

Висновки.

Таким чином, виходячи з порівняльно-правового аналізу загальних тенденцій процесів конституційної модернізації у сучасному світі, з онтологічної та аксіологічної точки зору транснаціональний (глобальний) конституціоналізм можна визначити як комплекс конституційних ідей, доктрин, а також форм та методів їх практичної реалізації, що є спільними для більшості сучасних національних правових систем, який становить фундаментальну основу взаємопов'язаних процесів конституціоналізації міжнародного права та інтернаціоналізації конституційного права і безпосередньо відображає об'єктивні закономірності світового конституційно-правового розвитку в умовах глобалізації та універсальної і регіональної міждержавної інтеграції.

Список використаних джерел:

1. Агафонова Н. В. Конституційна реформа в Україні: поняття, інституційний механізм та забезпечення ефективності : дис. на здобуття наук. ступеня докт. юр. наук : спец. 12.00.02. К., 2017. С. 40.

2. Масловская Т. С. Некоторые направления конституционных изменений в зарубежных странах на современном этапе. Актуальные проблемы публичного права. 2012. № 3. С. 55-56.

3. Конституция в XXI веке: сравнительно-правовое исследование : монография / отв. ред. В. Е. Чиркин. М. : Норма : ИНФРАМ, 2011. С. 34-35.

4. Масловская Т. С. Некоторые направления конституционных изменений в зарубежных странах на современном этапе. С. 58.

5. Конституционное право зарубежных стран / И. А. Алебастрова и др. М.: Волтекрс Клувер, 2006. URL: http://aspirant.at.ua/Books/alebastrova_kpzs_97.pdf

6. Масловская Т. С. Некоторые направления конституционных изменений в зарубежных странах на современном этапе. С. 59.

7. Скрипнюк О. Сучасний конституційний процес і проблеми модернізації виборчого законодавства України. Юридична Україна. 2015. № 7-8. С. 128.

8. Демчишак Р. Особливості євроінтеграційного процесу у Польщі: внутрішньополітичний та зовнішньополітичний виміри. Humanitarian vision. 2015. Vol. 1. Num. 2. С. 14.

9. Мельниченко Б. Б. Конституційна реформа Польщі як наслідок демократичних змін в країні у 1989-1990 роках. Університетські наукові записки. 2011. № 4. С. 19.

10. Демчишак Р. Особливості євроінтеграційного процесу у Польщі: внутрішньополітичний та зовнішньополітичний виміри. С. 15.

11. Юбко В. А. Французская конституционная реформа 2008 г.: основные направления. URL: http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/36076/1/%D0%92.%D0%90.%20%D0%AE%D0%B1%D0%BA%D0%BE.pdf

12. Национальный доклад, представленный в соответствии с пунктом 5 приложения к резолюции 16/21 Совета по правам человека. URL: http://www.refworld.org.ru/pdfid/50fe84d32.pdf.

13. Про Конституційний Суд України : Закон України від 13.07.2017 № 2136-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 35. Ст. 376.

Статья посвящена теоретико-методологическим подходам к определению понятия «глобальный конституционализм» в современных условиях правовой глобализации и европейской межгосударственной интеграции с точки зрения поиска эффективных средств комплексной правовой модернизации общества.

Автор анализирует юридическое содержание указанной категории, показывает ее специфические особенности, раскрывает значение процессов совершенствования базовых элементов общественных отношений и конституционной модернизации общества и государства в современных условиях правовой глобализации и европейской межгосударственной интеграции.

Подчеркивается необходимость дальнейшего совершенствования конституционно-правового регулирования важнейших общественных отношений как ключевого направления правовой модернизации общественных отношений в современном демократическом государстве, построенном на принципиальных основах европейского конституционализма.

Ключевые слова: конституционное право, глобальный конституционализм, правовая модернизация, общество, национальная правовая система.

The article is devoted to theoretical and methodological approaches to the definition of the concept of «global constitutionalism» in modern conditions of legal globalization and European interstate integration from the point of view of searching for effective means of complex legal modernization of society.

The author analyzes the legal content of this category, shows its specific features, reveals the importance of the processes of improving the basic elements of social relations and constitutional modernization of society and the state in modern conditions of legal globalization and European interstate integration.

The need for further improvement of constitutional and legal regulation of the most important social relations as a key direction of legal modernization of social relations in a modern democratic state based on the fundamental foundations of European constitutionalism is underlined.

Key words: constitutional law, global constitutionalism, legal modernization, society, national legal system.

УДК 347.7

Оксана Топчій,
кандидат педагогічних наук

ІНФОРМАЦІЙНА БЕЗПЕКА НЕПОВНОЛІТНІХ КРІЗЬ ПРИЗМУ КОМПАРАТИВНОГО ПРАВОЗНАВСТВА

Компаративне правознавство має широкий спектр дослідження, до якого є підстави вносити й питання інформаційної безпеки неповнолітніх. Методика дослідження передбачає розмежування інтегральної й диференціальної сфери, що здійснюється на підставі контрастивного аналізу. Суттєву увагу автор приділяє визначенню тих аспектів проблеми, які є перспективними надалі. На прикладі проекту «Саморегуляція і співрегуляція: світовий досвід» демонструються новітні тенденції у дослідженні інформаційної безпеки неповнолітніх.

Ключові слова: інформаційна безпека неповнолітніх, компаративне правознавство, юридична компаративістика, адаптація міжнародного досвіду, контрастивний аналіз.

Постановка проблеми. Цивілізаційний вибір України щодо європейської інтеграції з-поміж багатьох напрямів діяльності викликав необхідність модернізації чинного законодавства, приведення його у відповідність до норм світової практики. З урахуванням наднаціонального характеру проблеми інформаційної безпеки неповнолітніх (ІБН) значною мірою актуалізувалося дослідження досвіду в цій галузі інших країн з подальшою його адаптацією до специфіки й правових традицій нашої держави.

Аналіз публікацій. Компаративне (порівняльне) правознавство все більше набуває ознак самостійної науки в межах права. Методологічні засади компаративістики у сфері права, прагматичні аспекти порівняльного аналізу з проекцією на правотворчість і правозастосування знаходять втілення у працях таких науковців, як А.І. Дмитрієв, І.М. Жаровська, О.В. Зайчук, В.С. Канцір, О.Л. Копиленко, О.В. Кресін, О.М. Лисенко, Д.В. Лук'янов, Л.А. Луць, Н.М. Оніщенко, С.П. Погребняк, О.Д. Тихомиров, В.Д. Ткаченко, О.І. Харитонова та інші. У сегменті інформаційної безпеки в контексті співставлення вітчизняного й закордонного законодавства заслуговують на увагу наукові розвідки І. Забари щодо розвитку правового регулювання інформаційної безпеки в Європейському Союзі [1]; О.М. Кіселевич-Чорнойван щодо проблеми визначення понять інформаційної безпеки та міжнародної інформаційної безпеки [2]; В.С. Цимбалюка з питань гармонізації міжнародного і національного інформаційного права [3]. Окремі аспекти ІБН в руслі компаративного правознавства висвітлені у статтях О.А. Веденьєвої щодо досвіду Європейського Союзу з нормативного забезпечення інформаційної безпеки дітей в мережі Інтернет [4]; В.В. Куницького щодо узагальнення українського й міжнародного досвіду із захисту неповнолітніх в інформаційному просторі як об'єкту гуманітарної експертизи [5]

Виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми. Аналіз досліджень українських вчених в галузі порівняльно-правових аспектів інформаційної безпеки дозволяє констатувати, що ця проблематика не залишається поза увагою науковців. Разом з тим, ще належить перейти від описового до системного бачення ІБН, співвіднести можливості застосування інституційно-діяльнісного підходу в компаративістиці інформаційної безпеки з нормами різних правових сімей.

Виходячи із зазначеного, **мета** статті полягає у створенні засад для формування цілісної концепції стану і перспектив нормативно-правового забезпечення ІБН у парадигмі компаративного правознавства.

Виклад основного матеріалу дослідження. Порівняння, як одна з основних базових логічних операцій, з давних-давен використовувалася людством задля створення наукової картини світу, пізнання й удосконалення механізмів управління й правового регулювання соціальних відносин на кожному етапі розвитку держави. Саме завдяки порівнянню з'явилися закони Соломона, Закони XII таблиць. Інституціоналізації компаративного правознавства як окремої галузі науки сприяли праці Ш. Монтеск'є, Ф. Бекона, Г. Лейбниця. Надалі, впродовж XIX і до середини XX ст., вченими у цій галузі знань деталізувалися методики, принципи, правила порівняння правових норм, розроблялися методологічні засади компаративістики у сфері права. Її методологічний потенціал не тільки не вичерпується,

© О. Топчій, 2018

а й постійно набуває нового забарвлення, що зумовлюється загальноісторичним розвитком світової спільноти, науково-технічним прогресом. На тлі інтернаціонального плюралізму у розумінні концептуальних засад юридичної компаративістики протягом усього часу її існування як окремої галузі знань в науці констатується різноманітність поглядів на її цілі, структуру, функції, розстановку пріоритетів тощо.

На сучасному етапі розвитку порівняльного правознавства, як зазначає О.Д. Тихомиров, принципи, ідеали та правила, які існували у попередні епохи, «втратили свою загальність для компаративних досліджень, що проводяться, регламентують лише частину з них, а загальним став ідеал порівняльного дослідження, що передбачає вихід у соціальну сферу, зв'язок правового і соціального регулювання в контексті культури» [6, с. 231]. Дане спостереження є вкрай важливим з позицій прагматизації науки, в тому числі інформаційного права.

На відміну від інших галузей, інформаційне право з огляду на глобалізаційні процеси, широке розповсюдження інформаційно-комунікативних технологій, впровадженню у всі сфери діяльності Інтернет має усі підстави для визнання його ядерної частини сучасним наднаціональним утворенням, що інтегрується з міжнародними правовими нормами. Спільність прикладних проблем, які підлягають правовому регулюванню у сфері інформаційних правовідносин, в тому числі щодо забезпечення інформаційної безпеки неповнолітніх, потребують не тільки їх наукового осмислення, а й чітко визначеної регламентації взаємодії на рівні окремих держав і на рівні міжнародних організацій.

Однією з найважливіших методологічних засад компаративного правознавства є визначення перспектив наукового дослідження, виявлення найбільш актуальних питань, які мають бути розглянуті з метою подальшого розвитку національної правової системи. У зв'язку з цим ми пропонуємо ввести до наукового обігу перелік тем актуальних порівняльно-правових розвідок щодо інформаційної безпеки неповнолітніх. На наш погляд, мають актуалізуватися дослідження щодо таких аспектів, як:

– семантичне поле поняття ІБН у різних правових сім'ях, його спільні та диференційні ознаки;

– формування державної та міждержавної інформаційної політики в сегменті інформаційної безпеки неповнолітніх;

– вплив на ІБН звичаєвого права, культурних традицій окремих народів;

– врахування у процесі забезпечення ІБН ментальності й традицій різних народів у мультикультурному середовищі багатонаціональної держави;

– шляхи винаходу балансу між правом дитини на інформацію, на безпечне інформаційне середовище та інтересами суспільства і держави щодо убезпечення неповнолітнього від інформаційних загроз;

– визначення повноважень органів державної влади загальної і спеціальної компетенції, органів місцевого самоврядування, ролі неурядових організацій щодо забезпечення ІБН;

– способи врегулювання бізнес-інтересів виробників інформаційної продукції (включаючи не тільки аудіовізуальну продукцію, а й комп'ютерні ігри), володільців інформації, власників інформаційних ресурсів, провайдерів із потребами суспільства, сім'ї, окремої особистості щодо ІБН;

– адміністративно-правові засоби вирішення спорів між учасниками інформаційних правовідносин у конфліктних ситуаціях;

– діяльність державних регуляторів інформаційної продукції щодо забезпечення ІБН: повноваження, способи моніторингу, підстави вжиття обмежень і санкцій;

– винахід балансу між державним регулюванням і саморегулюванням діяльності медіагруп та виробників інформаційної продукції щодо дотримання етичних норм, убезпечення неповнолітніх від шкідливої для них інформації;

– перспективні світові моделі саморегуляції і співрегуляції діяльності медіагруп щодо дотримання етичних норм, неприпущення фактів порушення ІБН;

– адміністративно-правові засади здійснення медіа-просвіти серед молоді вікової категорії від 14 до 18 років;

– практика адміністративної деліктності щодо неповнолітніх в інформаційній сфері;

– організаційно-правові підстави проведення експертизи (в тому числі передефірної) інформаційної продукції, критеріїв оцінки контенту;

– адміністративні засоби профілактики інформаційного насильства;

– правові засади нейтралізації негативного впливу шкідливої для неповнолітнього інформації;

– нормативні підстави роботи зі скаргами щодо порушення ІБН;

– правовий порядок закріплення елементів знакової системи (так званих іконічних знаків-піктограм, знаків-символів), які є своєрідними маркерами інформаційних продуктів і слугують сигналом для батьків, вчителів про наявність у контенті сцен насильства, зловживання алкоголем, нецензурної лайки тощо;

– критерії ефективності діяльності органів державної влади загальної і спеціальної компетенції щодо забезпечення ІБН;

– шляхи адаптації до умов України досвіду інших країн з врегулювання правового забезпечення ІБН, гармонізації вітчизняного законодавства з міжнародно-правовими документами.

Безумовно, цей перелік не можна вважати вичерпним, проте навіть те, що нами окреслено, може стати темами окремих досліджень. До того ж науковець, насамперед, має керуватися принципами повноти й об'єктивності опису; однорівневості об'єктів, що співставляються; неупередженості й безоцінковості; багатофакторності; системності й структуралізму.

Інтегральними засадами у забезпеченні ІБН в абсолютній більшості держав-учасниць Європейського Союзу є міжнародно-правові документи, зокрема Декларація прав дитини від 20 листопада 1959 р. [7], Комюніке комісії Європарламенту про права дитини від 15.02.2011 [8]; Комюніке Європарламенту щодо стратегія з поліпшення Інтернет для дітей [9]; Глобальній стратегії «Європа 2020» [10].

Доволі перспективним, з позицій науки, є контрастивний аналіз, який базується на дослідженні відмінностей у нормативно-правовій базі різних держав з питань забезпечення інформаційної безпеки неповнолітніх. За такого аналізу актуалізуються нові можливості для України, виникає шанс скористатися апробованим досвідом інших країн, безумовно, з адаптацією до наших умов.

Як позитивний приклад застосування компаративістики із елементами контрастивного аналізу у дослідженнях із забезпечення ІБН доречним буде звернутися до матеріалів проекту «Саморегуляція і співрегуляція: світовий досвід», що здійснювався в Україні протягом 2017 року за підтримки Ради Європи громадською організацією «Детектор медіа» спільно з НАМ і StarlightMedia [11]. В ході реалізації вказаного проекту його учасниками було досліджено досвід діяльності медіагруп Франції, Нідерландів, Великої Британії, Канади, Австрії, Німеччини, Австралії та Швеції щодо дотримання норм професійної етики в рекламі, регулювання контенту на радіо і телебаченні з метою створення безпечного для неповнолітніх інформаційного середовища без втручання державного регулятора. Пояснюючи ключову термінологію проекту, виконавча директорка НАМ Катерина М'ясникова, зазначає, що «співрегулювання–це нова еволюційна форма, яка виникла на межі державного регулювання й саморегулювання. Саморегулювання – це система, в межах якої спільнота самотужки напрацьовує для себе етичні норми й декларує їхнє дотримання» [12]. Це означає, що взаємовідносини державного регулятора і мовника, які базуються на дотриманні закону шляхом примусу, зокрема накладання штрафів, введення санкцій, отримання попереджень, далеко не завжди є ефективними, оскільки тяжіють до авторитаризму і цензури. Узагальнення результатів проекту за досвідом восьми провідних держав демонструє, що перспективи демократизації суспільства полягають у поєднанні норм законів і корпоративних етичних норм, що реалізується через співрегулювання. Тож у моделі співрегулювання державний регулятор вирішує питання, чи є порушення правил або етичного кодексу в діяльності медіа, не самотужки, а за участі незаангажованих експертів, яким довіряють обидві сторони. По суті, взаємовідносини між регулятором і мовником стають партнерськими, адже, як зазначається в матеріалах проекту, вони, з одного боку «перебувають у постійній взаємодії і враховують цілі та проблеми один одного, а з іншого – залишаються на рівновіддаленій відстані від експертного органу задля забезпечення його незалежності та компетентності» [12]. У такий спосіб відбувається поєднання державного регулювання із саморегулюванням.

Показовим є також той факт, що у шести державах з восьми досліджуваних, ініціатором створення органу само- і співрегулювання була індустрія, у двох – держава спільно з індустрією. Водночас у загальній тематиці діяльності 40% складали питання захисту неповнолітніх, 20% – межі сцен насильства, дозволених для показу в новинах і кіно. Даний показник може слугувати орієнтиром для української практики.

Другий етап проекту в Україні передбачає проведення експерименту, після чого виникатимуть підстави вносити співрегулювання як новітній адміністративно-правовий механізм до Закону України «Про аудіовізуальні послуги».

З позицій юридичної науки, даний проект є симптоматичним з ряду причин.

1. Він засвідчив, що ініціювати компаративні дослідження у сфері інформаційної безпеки неповнолітніх можуть не лише вчені, а й інститути громадянського суспільства, що є свідченням їх становлення в Україні.

2. Матеріалами для наукової обробки можуть ставати не тільки тексти зарубіжних нормативно-правових актів, а й узагальнення журналістами практики взаємодії органів державної влади з медіаструктурами, що для правознавця є результатом опосередкованого спостереження.

3. Крос-наукове дослідження може здійснюватися не лише на основі порівняння правових норм нашої держави із нормами окремої іншої, але й з широким діапазоном значної кількості країн, що дозволяє комплексно вивчити інваріанти й обрати ті, що є найбільш прийнятними для України. Наприклад, у Франції накопичений значний досвід

аналізу можливого впливу контенту реклами на неповнолітнього глядача із дієвим механізмом притягнення до відповідальності порушників етики; у Нідерландах існують методики визначення градації інформаційної продукції відносно вікової категорії її споживачів з числа неповнолітніх; у Швеції понад сто років ефективно працює модель саморегулювання ЗМІ, за якої без посягання на свободу слова неповнолітні залишаються у стані інформаційної безпеки; досвід Канади й Німеччини демонструє приклади вдалого співрегулювання державного регулятора і медіаіндустрії.

4. Географія проекту, включення до нього Канади і Австралії, засвідчили, що вчені під час проведення порівняльно-правових досліджень не повинні обмежуватися лише ідеями євроцентризму. У питаннях адміністративно-правових засад забезпечення ІБН Україна має не обминути увагою норми, що функціонують у країнах Сходу (зокрема, Японії, Китаю, Азії, Південної Америки тощо).

5. Для України важливим є досвід не тільки держав з усталеною демократією й багатовіковими традиціями права, а й тих країн, які ще донедавна входили до соціалістичного табору і зуміли переорієнтуватися в умовах пострадянського простору на новітні моделі.

6. Емпіричний матеріал, зібраний під час реалізації проекту, ще раз засвідчив, що ідеальної моделі, яка б цілком вписувалася в умови України і могла б бути повністю запозичена, не існує. Виникає необхідність конструювання своєї власної сучасної моделі, яка б на підставі ретельного вивчення особливостей закордонного досвіду, з урахуванням усіх особливостей, традицій, усталеної української правової системи, могла б дієво функціонувати під час забезпечення ІБН.

7. Об'єктивність компаративного аналізу дозволяє позбавитися від надлишкової ідеалізації досвіду зарубіжних країн, адже і там виявляються випадки неузгодженості окремих національних норм із міжнародним законодавством, зокрема з правом Європейського Союзу, наявність прогалин у нормативно-правовій базі, відставання від темпу прогресу й слабкість науково-практичної потенції у передбаченні, чим ще можуть скористатися правопорушники, реалізуючи загрози ІБН.

Висновки.

Удосконалення процесів забезпечення інформаційної безпеки неповнолітніх неможливо без врахування досвіду інших країн. Проте сама процедура збирання, обробки, аналізу даних, вироблення пропозицій щодо можливостей адаптації закордонного досвіду, шляхів удосконалення чинного законодавства й проектування нових нормативно-правових документів у напрямі поліпшення процесів забезпечення ІБН є прерогативою науки, зокрема компаративного правознавства. Багатогранність проблеми дає усі підстави вважати, що даний напрям є одним з найперспективніших у дослідженнях в галузі інформаційного права.

Список використаних джерел:

1. Забара І. Розвиток правового регулювання інформаційної безпеки в Європйському Союзі. Право України. 2012. № 7. С. 106–117.

2. Кісілевич-Чорнойван О.М. Інформаційна безпека та міжнародна інформаційна безпека: проблема визначення понять. Юриспруденція: теорія і практика. 2009. № 8. С. 11–18.

3. Цимбалюк В.С. Проблеми державної інформаційної політики: гармонізація міжнародного і національного інформаційного права. В.С. Цимбалюк Правове, нормативне та метрологічне забезпечення системи захисту інформації в Україні. К.: НТТУ «КПІ», 2001. № 4. С. 10–18.

4. O. Vedenieva. Regulatory support of children's safety on the Internet: experience of the European Гnion URL: http://jrnl.nau.edu.ua/index.php/UV/article/view/8419/10234.

5. Куницький В.В. Захист неповнолітніх в інформаційному просторі як об'єкт гуманітарної експертизи: український та зарубіжний досвід URL: http://academy.gov.ua/ej/ej14/txts/Kunitskiy.pdf.

6. Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. К.: Знание, 2005. 334 с.

7. Декларація прав дитини. Прийнята резолюцією 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20 листопада 1959 року. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_384.

8. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - An EU agenda for the rights of the child, - Brussels. URL: http://ec.europa.eu/justice/policies/children/ docs/ com_2011_60_en.pdf.

9. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - European Strategy for a Better Internet for Children, 196 final Brussels. URL: http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CO M:2012:0196:FIN:EN:PDF.

10. Europe 2020 Official EU Site. URL: http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm.

11. Захист неповнолітніх від шкідливого контенту: досвід Нідерландів. URL: http://detector.media/infospace/article/123248/2017-02-16-zakhist-nepovnolitnikh-vid-shkidlivogo-kontentu-dosvid-niderlandiv/.

12. Само- і співрегуляція медіа: підсумки аналізу у восьми країнах. URL: http://detector.media/infospace/article/125231/2017-04-19-samo-i-spivregulyatsiya-media-pidsumki-analizu-u-vosmi-krainakh/.

Компаративное правоведение имеет широкий спектр исследования, в который есть основания вносить и вопросы информационной безопасности несовершеннолетних. Методика исследования предусматривает разграничение интегральной и дифференциальной сферы, осуществляемое на основании контрастивного анализа. Значительное внимание автор уделяет определению тех аспектов проблемы, которые являются перспективными в дальнейшем. На примере проекта «Саморегуляция и сорегуляция: мировой опыт» демонстрируются новейшие тенденции в исследовании информационной безопасности несовершеннолетних.

Ключевые слова: информационная безопасность несовершеннолетних, компаративное правоведение, юридическая компаративистика, адаптация международного опыта, контрастивный анализ.

Comparative jurisprudence has a wide range of research, to which there are bases to introduce and issues of information security of minors. The globalization of information and communication space determines the common problem of protecting adolescents from information threats in all countries of the world. The integral sphere in the field of law in most countries of the world is Uni ted Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC). The countries of the European Union are guided by such regulatory acts as a EU agenda for the rights of the child, Digital Agenda for Europe, European Strategy for a Better Internet for Children and others. The study of the spheres of legal differentiation takes place based on contrastive analysis. The author pays much attention to identifying those aspects of the problem that are promising for further study and preparation of proposals for improving the norms of the current legislation of Ukraine.

Key words: information safety of minors, comparative jurisprudence, adaptation of international experience, contrast analysis.

УДК 340.13. (447)

Наталія Попович,
аспірант Науково-дослідного інституту
державного будівництва та місцевого самоврядування
Національної академії правових наук України

ВИДИ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАКОНІВ

У статті виокремлено та розглянуто основні підходи щодо класифікації конституційних законів, проаналізовано такі їх різновиди: органічні конституційні закони, номінальні конституційні закони, ординарні конституційні закони; «названі» (органічні) та реформуючі конституційні закони. Акцентовано увагу на їх особливостях зокрема й конституційних законів у цілому.

Ключові слова: конституційний закон, органічний, номінальний, ординарний, реформуючий, референдний.

Постановка проблеми. Система законодавства Європейських країн і України, зокрема, передбачає різний рівень співвідношення їхньої юридичної сили. Найвищими серед них уважаються конституційні, базові, основні, фундаментальні, органічні закони.

Розробка питання змісту, особливостей та видів конституційних законів є актуальною в контексті пошуку оптимальної моделі структури законодавства України. Крім того, реформування Конституції України зумовлює особливий інтерес дослідників до цієї проблеми. Разом із тим слід відзначити, що в теорії права вона є мало дослідженою.

Метою статті є з'ясування стану наукової розробленості питань класифікації конституційних законів через розкриття різновидів останніх.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В Україні за умов відсутності конституційно закріпленої класифікації законів визначення правового статусу конституційних законів є проблематичним. Конституція України не запроваджує жодної градації законів за їх юридичною силою, як це намагаються зробити деякі вчені. Більшість вітчизняних учених висловлює думку про необхідність існування у правовій системі України законів, які б мали різну юридичну силу. Однак їхні позиції щодо статусу цих законів є різними [1, с. 19]. Окремі аспекти зазначеного питання були висвітлені у роботах Ю. Г. Барабаша, Г. І. Дудки, О. В. Зайчука, В. П. Колісника, А. Р. Крусян, І. М. Овчаренка, Н. М. Оніщенко, В. І. Орленка, О. Ф. Скакун, Л. П. Юзькова.

Виклад основного матеріалу. У 1991 р. Л. П. Юзьков пропонує класифікувати конституційні закони на: органічні, номінальні і ординарні конституційні закони. Органічними конституційними законами називає закони про внесення змін до конституцій. Зазначені закони приймаються в такому ж порядку, як і конституції. Їх нормативні положення безпосередньо вносяться до Конституції, стають органічними (невід'ємними) частинами її єдиного тексту.

Таке найменування дає можливість навіть за формальною ознакою відрізняти ці закони від інших конституційних законів, не кажучи вже про зміст. А зміст органічних конституційних законів виявляється в тому, що за їх допомогою вносяться конкретні зміни і доповнення (а в майбутньому, можливо, робитимуться і поправки) до чинної Конституції.

До органічних конституційних законів дослідник відносить закони, які визначають порядок набрання чинності Конституцією, закони про внесення змін і доповнень до неї. Положення цих законів до основного тексту Конституції не включаються. Проте вони становлять первісну правову основу дії, реалізації Конституції.

Окремим видом конституційних законів є номінальні конституційні закони. Їх перелік і конкретне офіційне найменування передбачені конституціями. Ці закони є свого роду продовженням Конституції. Але їх положення до тексту Конституції не включаються. Вони (номінальні конституційні закони) є здебільшого статусними актами. І зрозуміло, що їх головне призначення – конкретизувати й деталізувати певні конституційні норми.

Визначаючи таким чином функціональну роль номінальних конституційних законів, учений зауважує, що «доцільно разом з тим визнати незаперечним той факт, що у правовій державі й усі інші закони, які не входять до ряду конституційних, у кінцевому підсумку конкретизують і деталізують Конституцію, визначають юридичний механізм реалізації її букви і духу».

Сказане, однак, не означає, що номінальні конституційні закони не мають специфіки.

© Н. Попович, 2018

Остання полягає в тому, що вони конкретизують і деталізують Конституцію стосовно тих принципово важливих положень, які визначаються самим Основним Законом. Ці положення чинних конституцій торкаються в основному інституту громадянства, статусу депутатів, організації і діяльності найвищих державних органів.

У майбутньому, очевидно, слід було б розширити перелік номінальних конституційних законів, включивши до нього закони про власність, землю, територіальну організацію, вибори, політичні партії, самоврядування, правовий режим надзвичайного стану. Немає сумніву в тому, що ці закони регламентують ті суспільні відносини, які відіграють визначальну роль у функціонуванні правової держави [2, с. 13].

Конституція не може бути індеферентною до них. Вона повинна передбачати механізм, який виключав би будь-які відхилення від конституційних засад їх регулювання. З урахуванням цього, на мій погляд, у Конституції варто було би передбачити норму про те, що номінальні конституційні закони приймаються, змінюються і доповнюються в такому ж порядку, що й Основний Закон. Вони мають бути офіційними додатками до тексту чинної Конституції.

У чинних конституціях є чимало норм, які посилаються на закони без визначення конкретної назви останніх, на основі чого Л. П. Юзьков робить висновок, що закони, які приймаються (повинні прийматися) на виконання відповідних норм Конституції, є також конституційними, і умовно називає їх ординарними конституційними законами.

Останні за формальними ознаками (скажімо, за порядком прийняття) нічим не відрізняються від звичайних законів. Все ж їх конституційний статус встановлено самою Конституцією. А це означає, що вони регулюють ті суспільні відносини, які з позиції Основного Закону потребують особливої уваги. У практичному вираженні суть справи зводиться до того, що передбачене Конституцією певне коло суспільних відносин, чітко визначених питань повинне регламентуватися лише законом в буквальному розумінні цього слова. Підзаконне регулювання тут не допускається і навіть виключається [2, с. 14].

Такий підхід знайшов відображення у підручнику з конституційного права України 2011 р. Конституційні закони – це особливі нормативно-правові акти в системі українського законодавства, що за своїм політико-правовим змістом, предметом правового регулювання та юридичною силою посідають особливе місце після Конституції України, органічно розвивають і доповнюють її.

Серед конституційних законів виділяють органічні, номінальні й ординарні.

Органічні закони – це закони, за допомогою яких вносяться зміни та доповнення до чинної Конституції України. Вони як організаційна (невід'ємна) частина вносяться до тексту Основного Закону. Наприклад, Закон України «Про внесення змін до Конституції України щодо проведення чергових виборів народних депутатів України, Президента України, депутатів Верховної Ради України Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських селищних, міських голів» від 11 лютого 2011 р. чи додаються у формі поправок (Конституція США має 27 поправок). Процедура їх прийняття та зміни майже нічим не відрізняються від порядку прийняття власне конституції.

Номінальні закони – закони, перелік і назва яких передбачені конституцією, є своєрідним її продовженням, але їх положення до тексту Основного Закону не долучаються. Звичайно, це статутні акти, основним призначенням яких є конкретизація та деталізація певних конституційних норм («Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 р., «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» від 23 грудня 1997 р., «Про Рахункову палату» від 11 липня 1996 р. та ін.).

Ординарні закони – закони, на які є лише посилання в Конституції України без зазначення їх назви («Голова Верховного Суду України обирається на посаду та звільняється з посади шляхом таємного голосування Пленумом Верховного Суду України в порядку, встановленому законом» – ст. 128 Конституції України) [3, с. 156].

Згодом, у своїй праці «Верховенство Конституції і конституційність законів», 1993 р. професор Л. П. Юзьков пропонує поділяти конституційні закони, виходячи зі змісту останніх, на органічні й номінальні. За допомогою перших (органічних) конституційних законів вносяться зміни, доповнення (а в майбутньому, можливо, робитимуться поправки) до чинної Конституції. Вони включаються як органічна (невід'ємна) частина до самого тексту Основного Закону. Порядок їх прийняття нічим не відрізняється від порядку прийняття Конституції.

Номінальними є ті конституційні закони, перелік і офіційне найменування яких передбачене Конституцією. Ці закони є продовженням Конституції. Але їх положення до тексту Конституції не включаються. Вони (номінальні конституційні закони) є здебільшого статусними актами. І зрозуміло, що їх головне призначення – конкретизувати й деталізувати певні конституційні норми.

Порядок прийняття, зміни номінальних конституційних законів і набрання ними чинності ускладнений по відношенню до порядку прийняття, зміни ординарних (звичайних)

законів і набрання ними чинності, але спрощений по відношенню до порядку прийняття органічних конституційних законів і набрання ними чинності.

Суть верховенства конституційних законів (і насамперед органічних конституційних законів) у принципі збігається [4, с. 19] із тлумаченням верховенства Конституції. Але є тут і певна специфіка: рівень верховенства конституційних законів нижчий від верховенства Конституції. Він (рівень верховенства) конституційних законів визначається верховенством Конституції.

Такий висновок має не лише загальнотеоретичний, але й безпосередній практичний зміст. Він дозволяє ставити питання про доцільність конституційної юрисдикції в Українській правовій державі. Йдеться про те, щоб надати право Конституційному Суду за власною ініціативою порушувати і вирішувати справи про відповідність (невідповідність) букві і духу Конституції усіх видів конституційних законів. При цьому можливий варіант, коли Конституційний Суд міг би робити відповідні висновки до прийняття конституційного закону. Принаймні такий порядок варто було б передбачити стосовно органічних законів [4, с. 20].

І хоча його концептуальні напрацювання не були враховані у практиці конституційної нормотворчості, це не виключає подальшого закріплення на теоретичному науковому рівні.

О. Ф. Скакун називає два види конституційних законів, які відрізняються від вищерозглянутого хіба що за «найменуванням»:

1) «названі» (органічні) закони, тобто закони, необхідність прийняття яких прямо передбачено чинною конституцією (або на яку є посилання в тексті конституції).

Конституційні закони мають однопорядкову з конституцією сферу правового регулювання. Як правило, ці закони конкретизують окремі положення конституції або містять відсилання до конституції (виборча система, організація і проведення референдуму, організація і діяльність парламенту, президента, уряду, конституційного суду і т. д.). Вони діють разом із конституцією, оскільки їх прийняття органічно випливає з її змісту. Проте процедура їх прийняття відрізняється від процедури прийняття Конституції можливістю використання стосовно них права «вето» Президента [5, с. 461]. Проте у Конституції України 1996 р. чітко не зазначений блок суспільних відносин, що регулюється конституційним (органічним) законом. З аналізу Конституції України можна зробити висновок, що конституційними (органічними) законами слід регулювати прийняття Великого Державного Герба і Державного Гімну України, опис державних символів (ст. 20), рішення про усунення Президента України в порядку імпічменту (ст. 111) і ряд інших [5, с. 462].

До цього виду законів І. М. Овчаренко пропонує відносити закони про правові акти («Закон про закони», «Закон про нормативні акти»), котрі містять перелік і нормативні характеристики законодавчих і підзаконних актів. І зауважує, що «їх юридична природа проявляється у тому, що вони встановлюють норми щодо видання законів і підзаконих актів, містять положення, котрі закріплюють в узагальненому вигляді їх основні види, порядок прийняття та відмінності. Тобто в них сформульовано типові/стандартні/класичні вимоги до уповноважених органів і осіб стосовно їх правотворчої діяльності, що забезпечує дотримання уніфікованої форми підготовки і видання нормативно-правового акта» [6].

Місце конституційних (органічних) законів у ієрархії нормативних актів – між конституцією і звичайними законами. Від їх наявності і дієвості залежить цілісність і стабільність правової системи [5, с. 462];

2) «реформуючі закони», тобто закони, якими вносяться зміни, доповнення до чинної конституції (див. Розділ XIII Конституції України). На відміну від «названих» (органічних) законів конституційні реформуючі закони після затвердження (прийняття) набувають вищої юридичної сили і стають складовою частиною конституції. На них, як і на Конституцію, не поширюється право «вето» Президента. Вони не діють самостійно поряд із Конституцією, а стають її змістом [5, с. 462].

Конституційні закони відрізняються від інших законів такими ознаками: а) юридичною силою; б) предметом регулювання – особлива сфера; в) порядком прийняття – особлива процедура. Як правило, конституційний закон приймається конституційною більшістю голосів (в Україні – 2/3). Процедура прийняття конституційного закону може мати спрощений, ускладнений або змішаний характер. В Україні конституційно (1996 р.) закріплена змішана процедура прийняття внесених змін у Конституцію [5, с. 462].

За спрощеною процедурою законопроекти про внесення змін до Конституції України, крім розділів I, III і XIII, можуть бути подані до Верховної Ради України Президентом України або не менш як третиною народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України, попередньо схвалені більшістю конституційного складу Верховної Ради України, уважаються прийнятими, якщо на наступній черговій сесії парламенту за них проголосує не менш як дві третини депутатів конституційного складу Верховної Ради України.

За ускладненою процедурою законопроекти про внесення змін до розділів I, III і XIII Конституції України приймаються парламентом не менш як двома третинами його конституційного складу й затверджуються всеукраїнським референдумом, який призначається Президентом України. Закони, прийняті за результатами референдумів, іноді називають референдарними актами. Ці акти є за формальними ознаками вищими, ніж закони, прийняті парламентами, вони є так званими актами прямої демократії, тобто актами безпосереднього волевиявлення народу (згідно зі ст. 155 Конституції). Необхідно зауважити, що повторне подання законопроекта про внесення змін до розділів I, III і XIII Конституції України з одного і того ж питання можливе тільки до Верховної Ради України наступного скликання. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 158 Конституції України законопроект про внесення змін до Конституції України, який розглядався Верховною Радою України і не був прийнятий, може бути поданий до Верховної Ради України не раніше ніж через рік із дня прийняття рішення щодо цього законопроекту [7].

Власне конституція і конституційні закони становлять юридичну конституцію країни (те, що повинно бути). Вона може як збігатися, так і розходитися з фактичною конституцією або конституцією в матеріальному змісті (те, що є) [5, с. 462].

Диференціація вищих законів держави на конституцію і конституційні закони передбачає їх спільність – виникнення в процесі конституцієдавства. Конституція і конституційні закони утворюють конституцієдавчу підсистему всієї правової системи [6, с. 13]. З огляду на це, І. М. Овчаренко виділяє такі види конституційних законів, як «закони, які вносять зміни та доповнення до Основного Закону («реформувальні»); закони, які названі в Конституції України і які органічно розвивають та конкретизують її суттєві положення («названі» або органічні)» [6, с. 12-13].

З точки зору А. Р. Крусян «немає ні теоретичних, ні практичних підстав подібного «змішування» конституційних і органічних законів, які в контексті конституціоналізму істотно відрізняються як за їх юридичною силою, так і щодо предмета регулювання, порядку прийняття і набрання юридичної чинності» [8, с. 311].

А. Р. Крусян, зауважує, що на підставі предмета правового регулювання можна виділити два види конституційних законів: 1) конституційні закони про внесення змін до Конституції України; 2) інші конституційні закони, що регулюють питання, перелік яких має бути закріплено в Конституції України і спеціальному законі [8, с. 317].

Інші автори перераховують, називають конституційні закони без термінологічного «найменування» поняття. О. В. Зайчук та Н. М. Оніщенко, здійснюючи класифікацію законів за критерієм юридичної сили, вирізняють конституційні закони, що вносять зміни і доповнення до конституції та приймаються з питань, що передбачені та органічно пов'язані з нею (наприклад, Закон України «Про громадянство») [9, с. 345].

Щодо процедури застосування вето Президентом України щодо законів про внесення змін до Конституції України потрібно зазначити, що, відповідно до п. 30 ч. 1 ст. 106 в редакції Закону № 742-VII від 21.02.2014, Президент «має право вето щодо прийнятих Верховною Радою України законів (крім законів про внесення змін до Конституції України) з наступним поверненням їх на повторний розгляд Верховної Ради України» [7].

Висновок.

Таким чином, наявність різних за предметом регулювання конституційних законів простежується під час порівняння не тільки вітчизняних і зарубіжних, але і законів у межах однієї країни.

Незважаючи на повну протилежність наведених понять, видів класифікації, кожен із них має певні підстави і знайшов подальше застосування.

Пропозиції визначити конституційними законами акти про внесення відповідних змін містить проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України», запропонований (внесений до парламенту) Президентом України у березні 2009 р. Конституційним законом пропонується називати також акт про нову редакцію Конституції України [10, с. 119].

Про прийняття конституційного закону про введення в дію Конституції України йшлося в Концепції нової Конституції України, схваленій Верховною Радою України 19 червня 1991 р.

У ряді країн конституційними законами офіційно названі нормативно-правові акти, прийняття яких з питань, визначених у конституції, передбачено самою конституцією (Грузія, Італія, Казахстан, Киргизстан, Нікарагуа, Росія, Словаччина, Таджикистан і Чехія). Подібні пропозиції знайшли відображення в офіційних проектах Конституції України (в редакціях від 1 липня 1992 р., 27 травня 1993 р. і 26 жовтня 1993 р.), але у подальшому не були трансформовані у відповідні конституційні норми [10, с. 120].

Список використаних джерел:

1. Дутка Г. І., Грималюк П. О. Конституційні закони в системі законодавства України. Прикарпатський юридичний вісник. 2017. Вип. 1(16). С. 18-22.
2. Юзьков Л. П. Конституційні закони: утвердження концепції і становлення практики. Радянське право. 1991. № 5. С. 12–14.
3. Орленко В. І. Конституційне право України Навчальний посібник. Київ: ПАЛИВОДА А. В., 2011. 156 с.
4. Юзьков Л. П. Верховенство Конституції і конституційність законів. Правова система України: теорія і практика: тези доп. і наук. повідомл. наук.-практ. конф. (Київ, 7-8 жовтня 1993 р.). Київ, 1993. С. 17-20.
5. Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс): підручник. 2-е видання, перероблене і доповнене. Харків: Еспада, 2009. 752 с.
6. Овчаренко І. М. Закони у системі джерел (форм) права та їх класифікація: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень»; Харківський нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2004. 18 с.
7. Конституція України: станом на 5 жовт. 2017 р. Харків: Право, 2017. 76 с.
8. Крусян А. Р. Сучасний український конституціоналізм: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2010. 560 с.
9. Теорія держави і права. Академічний курс: підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 688 с.
10. Шемшученко Ю. С., Пархоменко Н. М., Скрипнюк О. В., Ющик О. І. Джерела конституційного права України : монографія. Київ: Наукова думка, 2010. 709 с.

В статье выделены и рассмотрены основные подходы к классификации конституционных законов, проанализированы такие их виды, как: органические конституционные законы, номинальные конституционные законы, ординарные конституционные законы, «названые» (органические) и реформирующие конституционные законы. Акцентировано внимание на их особенностях в частности и конституционных законов в целом.

Ключевые слова: конституционный закон, органический, номинальный, ординарный, реформирующий, референдарный.

The article points out and discusses the main approaches to the classification of constitutional laws, such types of them have been analyzed: organic constitutional laws, nominal constitutional laws, ordinary constitutional laws; «named» (organic) and reforming constitutional laws. Attention is drawn to their features, in particular, and to the constitutional laws as a whole.

Key words: constitutional law, organic, nominal, ordinary, reforming, referendum.

УДК 343.133

Наталя Максименко,
аспірант кафедри правосуддя
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ПІДОЗРИ

Стаття присвячена дослідженню проблемних питань розуміння кримінальної процесуальної категорії «підозра». З урахуванням складності цієї категорії здійснено її характеристику в кримінальному процесуальному, криміналістичному та психологічному значеннях. Досліджено питання реалізації підозри у кримінальному процесі, виділено і проаналізовано етапи та форми її реалізації. Запропоновано комплексний підхід до розуміння підозри з обов'язковим урахування складності цієї категорії та її аналізу в криміналістичному, кримінальному процесуальному та психологічному значеннях.

Ключові слова: підозра, кримінальний процес, версія, припущення, докази, обвинувачення.

Постановка проблеми. Підозра як один із ключових елементів кримінального процесуального обвинувачення відома вітчизняному кримінальному процесу ще з 18-го століття. Вперше підозра знайшла своє вираження в «Короткому зображенні процесів і судових тяжб» 1715 року, яке можна вважати своєрідною спробою кодифікації правил, регулюючих кримінальний процес. Тут згадуються терміни «підозра», «підозріла особа», «особа, що знаходиться під підозрою», а також виокремлено главу, присвячену «допиту з тортурами», де виключною умовою для застосування тортур під час допиту була обґрунтована підозра судді про вчинення особою правопорушення [1].

Проте, незважаючи на значний термін існування та широкого застосування категорії «підозра», вона так і не набула свого теоретичного визначення і практичного осмислення. На нормативному рівні відсутнє офіційне закріплення поняття «підозра» в Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України), що викликає дискусії в теорії та правозастосовній практиці. Через це ускладнюється розуміння понять і термінів, які нерозривно пов'язані з «підозрою» – «підозрюваний», «повідомлення про підозру».

Дослідженню питання інституту підозри, процесуального порядку повідомлення про підозру присвячені наукові праці таких учених, як В. Гринюк, О. Капліна, М. Погорецький, О. Татаров, О. Толочко, О. Фараон, В. Фаринник, В. Шибіко та інших.

Проте слід зазначити відсутність у сучасній науці кримінального процесуального права теоретичних напрацювань стосовно розуміння «підозри» як широкої, такої, що охоплює досягнення різних галузей знань, категорії, яка не зводиться лише до прийняття процесуального рішення про повідомлення особі про підозру чи проведення пов'язаних із цим процесуальних дій.

Метою даної статті є дослідження правової природи підозри, зокрема, шляхом аналізу підходів до її розуміння в кримінальному процесуальному, криміналістичному, психологічному значеннях, виділення основних її ознак та особливостей реалізації у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Чинне кримінальне процесуальне законодавство не містить нормативного визначення підозри, але водночас у цілій низці статей КПК України законодавець згадує поняття: «привід підозри», «обґрунтована підозра», «суть підозри», «підстава для підозри», «характер і тяжкість підозри». Наприклад, у п. 4, 5 ч. 3 ст. 42 КПК України згадується право підозрюваного не говорити нічого ***з приводу підозри*** проти нього та давати пояснення, показання ***з приводу підозри.*** Також, вибираючи запобіжний захід, слідчий суддя, суд зобов'язаний встановити, чи доводять надані сторонами кримінального провадження докази обставини, які свідчать про наявність ***обґрунтованої підозри*** у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення (п. 1 ч. 1 ст. 194 КПК) [2]. У ч. 1 ст. 198 КПК України йдеться про висновки в ухвалі слідчого судді, суду за результатами розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу щодо будь-яких обставин, які стосуються суті підозри. А у ст. 224 КПК вказується на право особи не відповідати на запитання з приводу тих обставин, щодо надання яких є пряма заборона у законі або які можуть стати підставою для підозри, обвинувачення у вчиненні нею, близькими родичами чи членами її сім'ї кримінального правопорушення.

© Н. Максименко, 2018

Таким чином, законодавець закріплює низку термінів, які пов'язані з підозрою, однак не дає її визначення серед основних термінів у ст. 3 КПК України. Відсутність законодавчого закріплення поняття «підозра» має наслідком складнощі у правозастосуванні. Наприклад, ч. 3 ст. 285 КПК України передбачений обов'язок уповноваженої особи роз'яснити підозрюваному суть підозри. У цьому випадку уповноважена особа повинна самостійно визначати зміст підозри, що може призвести до хибного розуміння.

Правова природа підозри у кримінальному процесі є надзвичайно складною. Підозру можна розглядати як у ***кримінальному процесуальному, криміналістичному, так і в психологічному значеннях***.

Як стверджує **А. М. Ларін**, «в спеціальному криміналістичному значенні підозра – це висновок (пояснювальна частина), версія про суб'єкт злочину». Під підозрою в кримінальному процесуальному значенні науковець розуміє «вивід із версій, підстава яких спеціально передбачена законом» [3, с. 140]. Таким чином, учений, розглядаючи «підозру» ***в криміналістичному значенні***, ототожнює її з «версією», що, на нашу думку, є дискусійним. Вважаємо, що в процесі досудового розслідування кримінального правопорушення версія про суб'єкт злочину та підозра є досить близькими, проте між ними є відмінності. Зміст версії про суб'єкт злочину є ширшим. Закономірним є те, що протягом досудового розслідування кримінального правопорушення відбувається формування не однієї, а декількох альтернативних версій про суб'єкт правопорушення. На відміну ж від різноманітних та численних версій, підозра дає лише один єдиний варіант пояснення фактів, що вказують на правопорушника.

Криміналістична версія формується, коли органи досудового розслідування мають лише загальні відомості про правопорушника, вона обмежується виключно родовими поняттями: стать суб'єкта (чоловіча чи жіноча), його вік тощо. Підозра, навпаки, завжди вимагає чітко визначеного суб'єкта, по відношенню до якого вона сформована.

Версію неможливо висунути за відсутності вихідних даних, достатніх для формування припущення, тоді як підозра може з'явитися і в результаті несвідомих процесів, на більш слабкій підставі.

Версія, на відміну від підозри, включає в себе тільки припущення стосовно суб'єкта правопорушення і не зачіпає інших сторін складу злочину, таких як суб'єктивна сторона, об'єкт, об'єктивна сторона .

Версія, на відміну від підозри, не тягне за собою прийняття тих чи інших процесуальних рішень, у тому числі повідомлення особі про підозру.

Вважається, що схожість між цими категоріями – перш за все, в наявності як у першому, так і в другому понятті евристичних елементів. Відмінністю ж є те, що вони перебувають у різних площинах: «версія» – логічна категорія, а «підозра» – психологічна категорія, яка нерідко слугує основою для логічних операцій, що дозволяють сформувати версію [4, с. 62] .

Підозра в її криміналістичному значенні має стадії у своєму розвитку, які визначають різні рівні її обґрунтованості. Починаючи з інтуїтивної здогадки, підозра поступово стає результатом логічного міркування. Шлях, який долає думка слідчого з моменту виникнення несвідомої підозри і до формування версії, надзвичайно вдало висвітлений **А. Ратиновим**, який зазначає, що наявні дані підлягають переробці за допомогою таких операцій, як порівняння, класифікація, аналіз, синтез та ін. Тим часом уява на основі наявних понять з усього цього матеріалу формує нові образи, поєднуючи, комбінуючи і підпорядковуючи їх певному замислу. Ця інтелектуальна діяльність призводить до виникнення здогадки – першочергового припущення, достатньою мірою ще не дослідженого: не з'ясовані його логічні і емпіричні підстави. Спочатку існує лише просвіт ідеї, смутне розуміння, яке зазвичай починається з питання «можливо..?». Потім думка розвивається, конкретизується, уточнюється за допомогою логічних операцій і оформлюється в гіпотезу (версію) [3, с. 63].

У ***кримінальному процесуальному*** значенні підозру можна розуміти як обґрунтоване припущення органу досудового розслідування про вчинення правопорушення певним суб'єктом, яке ґрунтується на сукупності даних, що дозволяють слідчому чи прокурору здійснювати відповідні дії по відношенню до суб'єкта, що виражаються у прийнятті процесуальних рішень (повідомлення особі про підозру) та проведенні у зв'язку з цим процесуальних дій (вручення повідомлення про підозру). На думку **Л. Франка**, підозрою є «думка слідчого про взаємовідношення, взаємозв'язок і відповідність між відомими обставинами справи і відповідною особою, засноване на достовірних фактах, дослідно-наукових положеннях і висновках, а також на неперевірених ще даних, які викривають цю особу у вчиненні злочину, з тим або іншим ступенем вірогідності» [5, с. 64]. О. Капліна під підозрою розуміє «обґрунтоване припущення слідчого та(або) прокурора про причетність особи до вчинення кримінального правопорушення, яке формалізоване у

повідомленні про підозру, та має бути перевірене для спростування або підтвердження [6, с. 241].

Аналізуючи вищевказані підходи, можна відзначити акцентування уваги науковців на ототожненні категорій «підозра» та «припущення». Дійсно, тлумачний словник визначає підозру як «думку про чию-небудь причетність до чогось негативного, сумнів у чиїй-небудь порядності, чесності, відданості. Підозрювати, підозрівати – допускати причетність кого-небудь до чогось негативного, сумніватися у порядності, чесності, відданості». Посилаючись на таке визначення категорії «підозра», **В. О. Гринюк** робить висновок про зв'язок виникнення підозри з діяльністю сторони обвинувачення, до якої законодавець відносить владних суб'єктів, передбачених п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК України: слідчого, керівника органу досудового розслідування, прокурора, а також потерпілого, його представника та законного представника у випадках, установлених кодексом. Науковець розглядає повідомлення про підозру як одну з форм здійснення функції обвинувачення, яка починається саме з цього моменту. Враховуючи той факт, що за чинним законодавством лише слідчий за погодженням із прокурором чи сам прокурор наділені виключними повноваженнями щодо повідомлення особі про підозру, підозра – це процесуальне рішення прокурора, слідчого (за погодженням із прокурором), яке ґрунтується на зібраних доказах під час досудового розслідування та у якому формується припущення про причетність конкретної особи до вчинення кримінального правопорушення з повідомленням про це такій особі та з роз'ясненням її прав і обов'язків [7, с. 121].

Більш широке визначення підозри дає **І. В. Рогатюк**, зазначаючи, що вона є одним з елементів обвинувачення: «не тільки затримання, а й застосування усіх видів запобіжних заходів є елементами функції обвинувачення, оскільки вони застосовуються у зв'язку з підозрою і конкретним фактом, який викриває особу у вчиненні кримінального правопорушення. Зрештою, коли людина в чомусь підозрюється, то природно, що її в чомусь обвинувачують. Інакше бути не може» [8, с. 118].

Аналізуючи вищенаведені підходи науковців до визначення категорії «підозра», можна зробити загальний висновок про виділення двох загальних складників підозри – припущення про причетність особи до вчинення правопорушення; наявність конкретних дій уповноважених осіб органів досудового розслідування по відношенню до потенційно підозрюваної особи.

Для визначення змісту того чи іншого поняття в науці застосовують логічний метод визначення суттєвих ознак предмета чи явища. Ми використовуємо даний метод для окреслення **ознак підозри** у кримінальному провадженні. На нашу думку, до таких ознак належать:

1. Зумовленість інституту підозри змістом та задачами кримінальної процесуальної діяльності. Ця ознака випливає із закріплених в ст. 2 КПК України завдань кримінального провадження, що полягають у забезпеченні швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура.

2. Підозра зумовлює виникнення особливих правовідносин між стороною обвинувачення (слідчий, керівник органу досудового розслідування, прокурор) та стороною захисту (підозрюваний) в ході досудового розслідування у зв'язку з причетністю даної особи до вчинення правопорушення.

3. Твердження органів досудового розслідування (слідчого, прокурора), їхній висновок про можливу причетність конкретної особи до вчинення правопорушення засновані на неповному знанні про розслідуваний злочин та особу, яка його вчинила. Під причетністю особи до вчинення правопорушення слід розуміти її дії, які є предметом дослідження в межах кримінального провадження.

4. Підозра має бути формально виражена у процесуальному документі – повідомленні про підозру, який складається прокурором або слідчим за погодженням з прокурором та відповідає законодавчим вимогам до його змісту.

5. Підозра, як обґрунтоване припущення про вчинення особою кримінального правопорушення, має бути перевірена у процесі досудового розслідування та підтверджена доказами, що дозволить у перспективі її або спростувати, або трансформувати в обвинувальне твердження.

На підставі викладеного робимо висновок, що під ***підозрою в кримінальному процесуальному значенні*** слід розуміти зумовлене змістом та задачами кримінальної процесуальної діяльності та перевірене у процесі досудового розслідування, підтверджене доказами твердження органів досудового розслідування (слідчого, проку-

рора) про можливу причетність конкретної особи до вчинення правопорушення, що зумовлює виникнення особливих правовідносин між стороною обвинувачення та стороною захисту та має формальне вираження у процесуальному документі – повідомленні про підозру.

У частині, в якій підозра передує формальному обвинуваченню, можна говорити про діяльність уповноважених органів з перевірки причетності особи до вчинення правопорушення. Таким чином, реалізацію підозри можна представити у вигляді ***ієрархічних етапів***. ***Першим етапом*** є виникнення підозри у свідомості уповноваженої на проведення розслідування особи, згодом ця психологічна діяльність трансформується в ***другий етап*** – вираження підозри в процесуальних діях, спрямованих на викриття конкретної особи. ***Третій етап*** має альтернативні варіанти реалізації, що залежить від результатів досудового розслідування: це або процесуальне оформлення підозри, наділення особи статусом підозрюваного (ч. 1 ст. 42 КПК України), або відмова від підозри, що виражається у спростуванні підозри (повна та абсолютна доведеність непричетності особи до вчинення правопорушення) або не підтвердження підозри (має місце, коли наявність будь-якого із передбачуваних елементів складу злочину не вдається ні підтвердити, ні встановити його відсутність).

Підозра може виражатися ***як у прямій***, так і ***в непрямій формі***. У першому випадку (пряме вираження підозри) йдеться про діяльність органів правопорядку, що спрямована безпосередньо проти потенційно підозрюваної особи з метою збирання необхідних даних, достатніх для повідомлення їй про підозру. У випадку непрямої підозри, потенційно підозрюваній особі до останнього моменту невідомо про активну діяльність органів правопорядку з накопичення доказів та інформації, достатніх для повідомлення їй про підозру. Прикладом може слугувати проведення негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, коли відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб (ч. 2 ст. 246 КПК України).

Підозра як об'єктивне явище кримінального процесу формується та реалізується різними суб'єктами. Аналіз етапів реалізації підозри дозволяє говорити, що саме виникнення підозри у свідомості уповноваженого суб'єкта розслідування правопорушення є тією відправною точкою, яка і визначає характер та спрямованість процесуальних дій на послідуючих етапах. Суб'єкти формування підозри характеризуються різними психологічними установками, ціннісними орієнтирами, що веде за собою ймовірність формування у них внутрішніх суперечностей, протиріч, що тією чи іншою мірою «накладає свій відбиток» на сформовану підозру.

Враховуючи, що психологія супроводжує будь-які види людської діяльності, тим самим впливаючи на її хід і результативність, доцільно проаналізувати підозру з психологічної точки зору. Саме психологічний супровід процесу розуміння і реалізації підозри дозволяє, використовуючи психологічні закономірності такого процесу, виключити чи мінімізувати суб'єктивний складник формування уявлень про підозру.

Психологізація підозри включає в себе діяльність на трьох послідовних, взаємопов'язаних рівнях – ***теорія, закон, практика***. На ***теоретичному рівні*** відбувається осмислення підозри завдяки розробленню її визначення, підстав формулювання, моментів виникнення і припинення, форми використання. Результатом цього процесу повинні стати найбільш ефективні й оптимальні варіанти реалізації підозри в кримінальному процесі. Аналіз теоретичних підходів науковців до визначення підозри дозволяє відзначити багатоманітність і суперечливість думок та поглядів на підозру.

На ***законодавчому рівні*** втілюються офіційно визнані правила кримінального процесуального існування підозри. Однак і тут проявляються психологічні фактори, зокрема, які впливають на якість формулювання норм закону, відповідність їх змісту ідеї, що в них закладена. Неузгодженість у застосуванні категорії «підозра», яка простежується у чинних нормах КПК України, неминуче призводить до конфліктності реалізації підозри на практиці.

На ***практичному рівні*** психологізація підозри проявляється під час її висування, розроблення, формування, реалізації в конкретній кримінальній справі індивідуальним правозастосовувачем, який кожним своїм рішенням, кожною своєю дією представляє той підхід, що склався в конкретній професійній спільноті, з якої він походить. Саме практичний рівень вказує на конфліктність ситуації в частині практичного втілення підозри, сутності підозри, закладеної в законі, сприйнятої правозастосовувачем та втіленої в практиці кримінального судочинства [9, с. 213].

Висновки.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що, незважаючи на досить тривале історичне існування категорії «підозра», вона

так і не набула дотепер законодавчого визначення, що значно ускладнює її розуміння та практичну реалізацію. На нашу думку, основою правильного розуміння підозри має бути врахування складності цієї категорії та необхідність її детального аналізу в кримінальному процесуальному, криміналістичному та психологічному значеннях. Лише за таких умов можливе комплексне «оздоровлення» кримінального процесу в частині реалізації підозри, узгодженість її правового регулювання та єдність у її розумінні.

Проведений аналіз категорії «підозра» в кримінальному процесуальному, криміналістичному та психологічному значеннях дає можливість зрозуміти, що саме спонукає слідчого чи іншого уповноваженого суб'єкта розслідування приступити до дослідження дій конкретної особи. Поштовхом до цього є зародження в уповноваженої особи підозри, яка неодмінно має розглядатися стосовно його діяльності в трьох значеннях:

– як психологічна характеристика стану свідомості, яка визначає суб'єктивне ставлення до досліджуваного факту;

– як криміналістичне поняття, яке використовується під час підбору підстав до вирішення задач розслідування і для формування версій;

– як процесуальна категорія, коли з виникненням підозри закон пов'язує настання певних процесуальних наслідків.

Список використаних джерел:

1. Острійчук О.П. Покарання як процесуальне джерело доказів у кримінальному провадженні: дис....канд. юрид. наук: спец. 12.00.09. Київ, 2016. 243 с.

2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI-ВР. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17

3. Ларін А.М. От следственной версти к истине. Москва,1976. 198 с.

4. Карнєєва Л.М. Привлечение к уголовной ответственности: законность и обоснованность. Москва, 1971. 133 с.

5. Франк Л.В. Задержание и арест подозреваемого в советском уголовном процессе (уголовно-процессуальные и криминалистические исследования). Душанбе, 1963. 236 с.

6. Капліна О.В. Підозра у кримінальному провадженні: поняття, ознаки, сутність. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 1. С. 238-242.

7. Гринюк В.О. Окремі питання повідомлення особи про підозру як початок реалізації функції обвинувачення. Право України. 2013. № 11. С. 120-125.

8. Рогатюк І.В. Повідомлення про підозру: значення інституту та проблеми правозастосування. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2015. № 3. С. 115-124.

9. Сопнєва О.В. Психологическое сопровождение понимания и реализации подозрения. Мир науки, культуры, образования. 2017. № 4 (65). С. 212–214.

Статья посвящена исследованию проблемных вопросов понимания уголовной процессуальной категории «подозрение». С учетом сложности данной категории осуществлена ее характеристика в уголовном процессуальном, криминалистическом и психологическом смыслах. Исследован вопрос реализации подозрения в уголовном процессе, выделены и проанализированы этапы и формы ее реализации. Предложен комплексный подход к пониманию подозрения с обязательным учетом сложности данной категории и ее анализа в криминалистическом, уголовном процессуальном и психологическом смыслах.

Ключевые слова: подозрение, уголовный процесс, версия, предположение, доказательства, обвинения.

The article is devoted to the research of problematic issues of understanding the criminal procedural category "suspicion". Taking into account the complexity of this category, we made its description in criminal procedural, forensic and psychological meanings. The issue of implementation of suspicion in the criminal process was investigated, the stages and forms of its realization were analyzed. We propose a complex understanding of suspicion with taking into account the complexity of this category and its analysis in forensic, criminal procedural and psychological meanings.

Key words: suspicion, criminal process, version, assumptions, evidence, prosecution.

УДК 343.1

Валерія Смірнова,
здобувач аспірантури і докторантури
Національної академії Служби безпеки України

ПРАВА ТА ОБОВ'ЯЗКИ ІНШИХ ОСІБ, ЯКІ ЗАЛУЧАЮТЬСЯ ДО ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

У статті розглянуто стан нормативно-правового регулювання процесуальних прав та обов'язків інших осіб, які залучаються до проведення негласних слідчих (розшукових) дій, а також запропоновані зміни й доповнення до окремих статей КПК України в частині, що стосується цієї проблематики.

Ключові слова: кримінальне провадження, учасники кримінального провадження, права та обов'язки, негласні слідчі (розшукові) дії, залучення інших осіб.

Постановка проблеми. З упровадженням у вітчизняний кримінальний процес інституту негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД), що є різновидом слідчих (розшукових) дій (далі – СРД), законодавець значно розширив коло осіб, які залучаються до їх проведення. Так, згідно з ч. 6 ст. 246 КПК України за рішенням слідчого, прокурора до проведення НСРД можуть залучатися інші особи з метою сприяння та надання допомоги у їх проведенні [1]. Термін «інші особи» у даному випадку застосований законодавцем як узагальнене визначення, яким охоплюються будь-які особи, що сприяють органам досудового розслідування у проведенні НСРД [2, с. 100].

Ефективність діяльності цих осіб значною мірою залежить від чіткого визначення їхнього процесуального статусу, зокрема прав і обов'язків, які натепер залишаються не досить унормованими. Не дістало свого вирішення це питання і в науковій сфері, оскільки предметом численних досліджень зазвичай є процесуальний статус учасників кримінального провадження, уповноважених проводити НСРД, а не осіб, залучених до їх проведення.

Назріла потреба в уточненні таких складників процесуального статусу зазначених осіб, як права і обов'язки, зумовлена необхідністю удосконалення кримінального процесуального законодавства з цього питання та потребами слідчої практики з підвищення ефективності проведення НСРД, що й зумовило вибір теми та актуальність цього дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій та виділення невирішених питань у межах загальної проблеми. Широкий спектр питань щодо організації й проведення НСРД був предметом дослідження Б. І. Бараненка, О. А. Білічак, В. О. Глушкова, Н. О. Гольдберг, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, А. І. Карпова, В. А. Колесника, С. С. Кудінова, Д. Й. Никифорчука, М. А. Погорецького, Є. Д. Скулиша, І. В. Сервецького, Д. Б. Сергєєвої, О. В. Соколова, С. І. Спільника, С. Р. Тагієва, С. С. Терещука, В. М. Тертишника, В. Г. Уварова, Л. Д. Удалової, Р. М. Шехавцова, М. Є. Шумили, Л. І. Щербини та низки інших фахівців. Наукові ідеї, сформовані ними, знайшли відображення у законодавстві та позитивно сприйняті правозастосовною практикою.

Проте питання щодо прав та обов'язків інших осіб, які залучаються до проведення НСРД, досліджувалося обмеженим колом науковців і фахівців-практиків, результатами студіювання яких не охоплюються всі складники зазначеної проблеми.

Метою статті є дослідження стану нормативно-правового регулювання процесуальних прав та обов'язків «інших осіб», які залучаються до проведення НСРД, та розроблення пропозицій щодо вдосконалення кримінального процесуального законодавства з цього питання.

Виклад основного матеріалу. Процесуальний статус особи, залученої до проведення негласних слідчих (розшукових) дій, визначається нами як сукупність закріплених кримінальним процесуальним законодавством, іншими законодавчими й підзаконними нормативно-правовими актами прав, обов'язків та гарантій діяльності зазначеної особи, що визначаються метою і завданнями, які вона вирішує під час проведення цих дій.

Саме права та обов'язки особи, залученої до проведення НСРД, є тим правовим інструментарієм, який забезпечує реалізацію нею своїх процесуальних функцій. Пра-

© В. Смірнова, 2018

ва і обов'язки визначають міру її можливої (правомірної) поведінки під час сприяння у проведенні НСРД, засобом закріплення якої є норми кримінального процесуального законодавства України. Зрозуміло, що така особа реалізовує свої права й обов'язки виключно у межах певного періоду – на час залучення до проведення НСРД та в конкретних правовідносинах, що виникають у зв'язку з реалізацією цієї функції [3, с. 222-228].

Коло осіб, що залучаються до проведення НСРД, значною мірою залежить від кримінальних проваджень, у яких проводяться такі дії, та конкретного злочину, досудове розслідування якого підслідне тому чи іншому органу досудового розслідування (ч. 1 ст. 38, ст. 216 КПК України). У результаті аналізу положень кримінального процесуального законодавства, наукових публікацій із зазначеної проблематики, узагальнення матеріалів кримінальних проваджень щодо злочинів, підслідних слідчим органам безпеки, та проведеного анкетування слідчих і співробітників оперативних підрозділів ми дійшли висновку, що найбільш часто до проведення НСРД залучаються: 1) перекладач; 2) спеціаліст; 3) поняті; 4) особи, залучені до конфіденційного співробітництва; 5) особи, які відповідно до закону виконують спеціальне завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації; 6) керівники, представники та працівники установ (керівники та представники установ зв'язку, керівники та працівники операторів телекомунікаційного зв'язку, керівники та працівники банківської установи); 7) співробітники оперативних підрозділів.

Проте не всі перелічені особи віднесені законодавцем до учасників кримінального провадження (п. 25 ч. 1. ст. 3 КПК України), а права та обов'язки у КПК України унормовані лише щодо частини цих осіб. Так, у КПК України процесуальні права й обов'язки визначені лише у співробітників оперативного підрозділу (ст. 41 КПК України), перекладача (ст. 68 КПК України) та спеціаліста (ст.ст. 71, 72 КПК України). Повноваження інших осіб, таких як: поняті; особи, залучені до конфіденційного співробітництва; особи, які відповідно до закону виконують спеціальне завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації; керівники та представники установ зв'язку; керівники та працівники операторів телекомунікаційного зв'язку; керівники та працівники банківської установи, не знайшли свого відображення у положеннях КПК України.

Зважаючи на викладене, права і обов'язки осіб, залучених до проведення НСРД, умовно поділяються на унормовані у КПК України та в інших актах кримінального процесуального законодавства. Зважаючи на положення ч. 2 ст. 1 КПК України та надане у рішенні Конституційного Суду України від 9 липня 1998 р. № 12-рп/98 тлумачення терміна «законодавство» [4, с. 20], до кримінального процесуального законодавства належать відповідні положення Конституції України, КПК України, інших законів України й підзаконних нормативно-правових актів та міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Водночас, згідно з ч. 3 ст. 9 КПК України, закони й інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати КПК України, оскільки пі час його здійснення не може застосовуватися закон, який суперечить цьому Кодексу.

З урахуванням викладеного розглянемо права й обов'язки перелічених осіб, які зазвичай залучаються до проведення НСРД. Так, співробітники оперативних підрозділів правоохоронних органів, вичерпний перелік яких наведено у ч. 1 ст. 41 КПК України, здійснюють СРД та НСРД у кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора. Особливістю цих оперативних підрозділів є те, що відповідно до ст. 5 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» вони наділені оперативно-розшуковою юрисдикцією [5].

Під час виконання доручень слідчого, прокурора співробітник оперативного підрозділу користується повноваженнями слідчого (ст. 40 КПК України). Це означає, що він, по-перше, має проводити будь-яку СРД чи НСРД відповідно до процесуальної форми, встановленої кримінальним процесуальним законом, і, по-друге, користуючись повноваженням слідчого, може застосовувати примус під час її проведення, якщо це передбачено відповідною нормою КПК України. Водночас співробітники оперативних підрозділів не мають права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою або звертатися з клопотанням щодо цього до слідчого судді чи прокурора.

Обов'язки цих співробітників визначені у ст. 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» та низці міжвідомчих й відомчих нормативно-правових актів, що стосуються окремих напрямів їхньої діяльності.

Права та обов'язки перекладача унормовані у ст. 68 КПК України, згідно з якою завданням цього учасника кримінального провадження є переклад пояснень, показань або документів. Перекладач має право: ставити запитання з метою уточнень для правиль-

ного перекладу; знайомитися з протоколами процесуальних дій, в яких він брав участь, і подавати до них зауваження; одержати винагороду за виконаний переклад та відшкодування витрат, пов'язаних із залученням його до кримінального провадження; заявляти клопотання про забезпечення безпеки у випадках, передбачених законом.

До його обов'язків належить: прибути за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду; заявити самовідвід за наявності обставин, визначених у ч. 1 ст. 77 та ч. 1 ст. 79 КПК України; здійснювати повний і правильний переклад; посвідчувати правильність перекладу своїм підписом; не розголошувати без дозволу слідчого, прокурора, суду відомості, які безпосередньо стосуються суті кримінального провадження та процесуальних дій, що здійснюються (здійснювалися) під час нього, і які стали відомі перекладачу у зв'язку з виконанням його обов'язків [4, с. 217-220].

При цьому законодавець не обмежує обсяг прав та обов'язків перекладача залежно від того, залучений він до проведення СРД чи НСРД. На практиці їх реалізація відбувається з урахуванням обставин та особливостей конкретної НСРД, до проведення якої залучений перекладач.

Процесуальні права та обов'язки спеціаліста, як і перекладача, визначені у КПК України. Так, згідно з ч. 4 ст. 71 КПК України він має право: ставити запитання учасникам процесуальної дії з дозволу сторони кримінального провадження, яка його залучила, чи суду; користуватися технічними засобами, приладами та спеціальним обладнанням; звертати увагу сторони кримінального провадження, яка його залучила, або суду на характерні обставини чи особливості речей і документів; знайомитися з протоколами процесуальних дій, в яких він брав участь, і подавати до них зауваження; одержувати винагороду за виконану роботу та відшкодування витрат, пов'язаних із його залученням до кримінального провадження; заявляти клопотання про забезпечення безпеки у випадках, передбачених законом. Обов'язком спеціаліста є: прибути за викликом до слідчого, прокурора, суду і мати при собі необхідне технічне обладнання, пристрої та прилади; виконувати вказівки сторони кримінального провадження, яка його залучила, чи суду та давати пояснення з поставлених запитань; не розголошувати відомості, які безпосередньо стосуються суті кримінального провадження та процесуальних дій, що здійснюються (здійснювалися) під час нього, і які стали відомі спеціалісту у зв'язку з виконанням його обов'язків; заявити самовідвід за наявності обставин, визначених у КПК України [4, с. 225-228]. Реалізація перелічених прав і обов'язків спеціаліста під час проведення НСРД відбувається з урахуванням обставин та особливостей конкретної дії, до проведення якої він залучений.

Згідно з п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України понятий належить до учасників кримінального провадження, який може залучатися до проведення як СРД, так і НСРД. Проте, на відміну від інших учасників кримінального провадження, його обов'язки, як випливає з ч. 3 ст. 66 КПК України, обмежені вимогою не розголошувати на вимогу слідчого, прокурора відомості щодо проведеної процесуальної дії.

Результати аналізу окремих положень КПК України, якими частково унормовано діяльність понятого, дозволяють дійти висновку щодо його основного завдання під час проведення СРД/НСРД, яким є посвідчення факту проведення цих дій, їх ходу та результатів, що є гарантією правильного безпосереднього сприйняття обставин і фактів, які мають значення для кримінального провадження, та їх належного фіксування у процесуальних документах. Із зазначеного вбачається, що у разі невідповідності фіксації в протоколі факту проведення СРД/НСРД, її ходу або результатів понятий повинен мати право вимагати внесення до його змісту відповідних змін або доповнень.

Зважаючи на викладене, пропонуємо конкретизувати в ч. 3 ст. 66 КПК України права і обов'язки понятого, доповнивши її нормою такого змісту: «Понятий зобов'язаний: 1) прибути за викликом до слідчого, прокурора, суду; 2) заявити самовідвід за наявності обставин, передбачених цим Кодексом; 3) засвідчити своїм підписом відповідність записів у протоколі виконаним діям. Зауваження понятого з приводу проведених процесуальних дій підлягають обов'язковому занесенню до протоколу. За відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків понятий несе відповідальність, встановлену законом».

У ст. 275 КПК України унормовано питання використання конфіденційного співробітництва під час проведення НСРД. Проте права і обов'язки особи, залученої до конфіденційного співробітництва, визначені не в КПК України, а у відомчих нормативно-правових актах, що мають відповідний гриф обмеження доступу.

Положення ст. 272 КПК України унормовують порядок проведення такої НСРД, як виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації. До виконання такого

завдання залучаються особи, які конфіденційно співробітничають із правоохоронними органами; учасники організованої злочинної групи чи організації, з якими встановлено конфіденційні відносини; співробітники уповноважених оперативних підрозділів, що діють на підставі доручення слідчого, прокурора. Відповідно, співробітники оперативних підрозділів під час проведення такої НСРД, як виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, користуються правами й обов'язками слідчого, про що зазначено у ч. 2 ст. 41 КПК України, а особи, залучені до конфіденційного співробітництва, – визначеними у відомчих нормативно-правових актах.

Результати аналізу положень КПК України, якими частково врегульовано повноваження керівників і представників установ зв'язку (ст. 262 КПК України), керівників і працівників операторів телекомунікаційного зв'язку (ст. 263 КПК України) та керівників і працівників банківської установи (ст. 269-1 КПК України), якими вони наділяються на час проведення зазначених НСРД, дозволяють дійти висновку, що визначеними у цих осіб є лише обов'язки.

Так, згідно з ч. 5 ст. 262 КПК України керівники і представники установ зв'язку зобов'язані сприяти проведенню НСРД (накладення арешту на кореспонденцію, огляд і виїмка кореспонденції – ст.ст. 261, 262 КПК України) і не розголошувати факт її проведення чи отриману інформацію. Огляд затриманої кореспонденції проводиться в установі зв'язку, якій доручено здійснювати контроль і затримувати цю кореспонденцію, за участю представника цієї установи.

Керівники і працівники операторів телекомунікаційного зв'язку, згідно з ч. 4 ст. 263 КПК України, зобов'язані сприяти виконанню дій зі зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж та вживати необхідних заходів щодо нерозголошення факту проведення таких дій і отриманої інформації та зберігати її в незмінному вигляді.

Залучений до моніторингу банківських рахунків (ст. 269-1 КПК України) керівник банківської установи зобов'язаний не розголошувати інформацію про проведення цієї НСРД, а також письмово попередити усіх її працівників, залучених до моніторингу, про обов'язок нерозголошення інформації про проведення цієї слідчої дії і про відповідну кримінальну відповідальність.

Керівники та працівники банківської установи зобов'язані надавати в поточному режимі (до виконання відповідної операції, а у разі неможливості – негайно після її виконання) інформацію про операції, що здійснюються на одному або декількох банківських рахунках.

Права перелічених керівників, представників та працівників установ, які залучаються до проведення НСРД у кримінальному провадженні, залишилися поза увагою законодавця. Основним завданням цих осіб є надання сприяння під час проведення чітко визначених НСРД, яке має переважно технічний, допоміжний характер, зумовлене їх посадою та/або місцем роботи. Водночас участь цих осіб у зазначених діях дозволяє, як і понятим, посвідчити факт, хід та результати їх проведення, що є гарантією правильного безпосереднього сприйняття обставин і фактів, які мають значення для кримінального провадження, та їх належного фіксування у процесуальних документах.

У підсумку зазначимо, що права осіб, залучених до проведення НСРД, можна умовно поділити на три групи, які: 1) спрямовані на матеріальне забезпечення діяльності цих осіб; 2) зумовлені виконанням ними процесуальних функцій; 3) стосуються забезпечення безпеки учасників кримінального провадження. У свою чергу, обов'язки також поділяються на три групи: 1) спрямовані на уникнення можливості залучення до проведення НСРД упереджених, необ'єктивних осіб або заінтересованих у результатах кримінального провадження; 2) зобов'язують особу дотримуватися відповідної поведінки з метою належного сприяння у проведенні НСРД; 3) дозволяють уникнути розголошення відомостей про факт та методи проведення НСРД чи отриману інформацію, які стали відомі особі у зв'язку з виконанням її обов'язків.

Висновки.

Права та обов'язки особи, залученої до проведення НСРД, визначають міру її можливої (правомірної) поведінки як під час проведення НСРД, так і у правовідносинах, що згодом виникають у зв'язку з цією діяльністю. Їх сукупність є тим правовим інструментарієм, що забезпечує можливість виконання поставлених перед особою завдань та досягнення визначеної мети діяльності у цій сфері.

З урахуванням результатів проведеного дослідження пропонуємо усунути наявні недоліки в унормуванні прав і обов'язків осіб, залучених до проведення НСРД, доповнивши ст. 246 КПК України частиною 7 такого змісту: «7. Особа, залучена до проведення негласних слідчих (розшукових) дій:

1) має право: знати, у зв'язку з чим і в якому кримінальному провадженні вона залучена до проведення НСРД; ознайомлюватися з протоколом, складеним за результатами проведення НСРД, та заявляти клопотання

про внесення до нього змін, доповнень і зауважень; на відшкодування витрат, пов'язаних з участю у проведенні НСРД; заявляти клопотання про забезпечення безпеки у випадках, передбачених законом;

2) зобов'язана: прибути за викликом слідчого, прокурора; сприяти проведенню негласної слідчої (розшукової) дії; не розголошувати без дозволу слідчого, прокурора, суду відомості про факт та методи проведення негласної слідчої (розшукової) дії чи отриману інформацію, які стали відомі особі у зв'язку з виконанням її обов'язків.

За відмову без поважних причин від виконання покладених на неї обов'язків щодо сприяння у проведенні негласної слідчої (розшукової) дії особа несе відповідальність, встановлену законом».

Вважаємо, що реалізація зазначеної пропозиції має справити позитивний вплив на підвищення ефективності організації та проведення НСРД у кримінальних провадженнях.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9–10, 11–12, 13. Ст. 88.

2. Гольдберг Н. О. Проблеми регулювання конфіденційного співробітництва при здійсненні негласних слідчих (розшукових) дій. National law journal: theory and practice. 2016. № 2. С. 100–103.

3. Смірнова В. О. Проблеми визначення процесуального статусу окремих осіб у кримінальному провадженні. Збірник наукових праць НА СБ України. 2017. № 63. С. 222–228.

4. Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. коментар: у 2 т. / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. Харків: Право, 2012. Т. 1. 768 с. Т. 2. 664 с.

5. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 р. № 2135-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 22. Ст. 303.

В статье рассмотрено состояние нормативно-правового регулирования процессуальных прав и обязанностей иных лиц, которые привлекаются к проведению негласных следственных (розыскных) действий, а также предложены изменения и дополнения к отдельным статьям КПК Украины в части, касающейся этой проблематики.

Ключевые слова: уголовное производство, участники уголовного производства, права и обязанности, негласные следственные (розыскные) действия, привлечение иных лиц.

In the paper the state of legal regulation of procedural rights and duties of another persons involved in the covert (search) surveillance is discussed. The amendments and supplements to certain articles of the Criminal Procedure Code of Ukraine in so far as relevant to this issue, are offered.

Key words: criminal proceeding, participants of a criminal proceeding, rights and duties, covert (search) surveillance, involvement of another persons.

УДК 343.97

Анна Боровик,
ад'юнкт кафедри криміналістики та судової медицини
Національної академії внутрішніх справ

КРИМІНАЛІСТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБИ ПОТЕРПІЛОГО У ЗЛОЧИНАХ, ВЧИНЕНИХ НЕПОВНОЛІТНІМИ ТА МОЛОДДЮ НА ГРУНТІ РАСОВОЇ, НАЦІОНАЛЬНОЇ ТА РЕЛІГІЙНОЇ ВОРОЖНЕЧІ

Стаття присвячена висвітленню криміналістичної характеристики особи потерпілого у злочинах, вчинених неповнолітніми та молоддю саме з мотивів расової, національної та релігійної ворожнечі. Акцентується увага на понятті «потерпілий у злочинах на ґрунті расової, національної та релігійної ворожнечі», висвітлюється зв'язок мотивів злочину безпосередньо з особою потерпілого, розкриваються обставини, які підлягають встановленню під час вивчення особи потерпілого.

Ключові слова: елемент криміналістичної характеристики, особа потерпілого, мотиви расової, національної та релігійної ворожнечі, вивчення особи потерпілого.

Постановка проблеми. У статті 2 «Загальної декларації прав людини», прийнятої Генеральною Ассамблеєю ООН 10 грудня 1948 року, зазначено: «Кожна людина повинна мати всі права і всі свободи, проголошені цією Декларацією, незалежно від раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, майнового, станового або іншого становища» [1]. Це положення Декларації знайшло своє відображення й в Основному Законі України – Конституції, безпосередньо в статті 24, яка говорить: «Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками». Положення рівності громадян та взагалі будь-якої особи, а також недопущення дискримінації за будь-якою з вищеперерахованих ознак закріплені й в інших міжнародних та національних нормативно-правових актах. Вагомим внеском до національного законодавства стало прийняття Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» від 06.09.2012, в якому в статті 1 розкрита сутність поняття «дискримінація», а саме: «Дискримінація – ситуація, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними (далі - певні ознаки), зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, встановленій цим Законом, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними»[2]. Проте, незважаючи на досить активне декларування в національних нормативно-правових актах принципу рівності громадян та недопущення дискримінації за будь-якою ознакою, все частіше в Україні ми стикаємося з проблемою дискримінації осіб за расовою, національною та релігійною ознакою, а також з протиправними діями стосовно громадян та інших осіб, вчинених на ґрунті расової національної та релігійної ворожнечі, тому великого значення у розслідуванні і попередженні таких кримінальних правопорушень є приділення уваги саме особі потерпілого.

Стан опрацювання. Дослідженню питання криміналістичної характеристики потерпілого в механізмі вчинення злочинів приділялася увага з боку як вітчизняних, так і зарубіжних вчених, а саме: В. П. Бахіна, Р. С. Бєлкіна, А. І. Долгової, В. Н. Кудрявцева, В. С. Мінської, Д. В. Рівмана, В. І. Полубинського, В. Я. Рибальської, Л. В. Франка, Є. О. Центрова, В. Є. Христенко, А. Л. Репецької, В. О. Тулякова, В. Ю. Шепітько та ін. Незважаючи на наявні наукові напрацювання щодо проблеми вивчення особи потер-

© А. Боровик, 2018

пілого у злочинах, вчинених неповнолітніми та молоддю на ґрунті расової, національної та релігійної ворожнечі, це питання потребує подальшого дослідження.

Метою статті є висвітлення та узагальнення характерних ознак особи потерпілого у разі вчинення злочинів неповнолітніми та молоддю на ґрунті расової, національної та релігійної ворожнечі як елемента криміналістичної характеристики злочину.

Результати дослідження. Останнім часом в Україні спостерігається тенденція до зростання кількості насильницьких злочинів, вчинених учасниками молодіжних неформальних об'єднань, діяльність яких грунтується на почуттях расової, національної та релігійної ворожнечі.

За даними Управління моніторингу дотримання прав людини в діяльності Міністерства внутрішніх справ, на українських теренах найактивнішими та найагресивнішими вважаються ультраправі групи, що належать до руху «Біла влада – скінхед спектрум» (White Power — Skinhead Spektrum), українська філія світової екстремістської мережі «Кров і честь» (Blood & Honour), воєнізована неонацистська секта «Світова церква творця Рутенія» (World Church of the Creator Ruthenia, WCOTC). Їх об'єднує загальна ідеологія расизму та націоналізму, яка діє на принципах установлення переваги над особами інших рас та національностей. Найчисленніші групи скінхедів були зафіксовані у Києві, Дніпропетровську, Донецьку, Запоріжжі, Львові, Севастополі, Чернігові та Автономній Республіці Крим. Якщо у Росії масштаб скінхедівського руху обчислюється десятками тисяч осіб, то в Україні, за попередніми офіційними даними МВС України, сьогодні на обліку столичної поліції перебуває поки що 510 осіб віком від 14 до 27 років, які себе визнають скінхедами, із них 31 особа має судимість за хуліганство, грабежі й злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотиків. Зазвичай вони об'єднані у групи чисельністю 20-50 осіб без чіткої структури та організаційної побудови. Такі групи існують у Києві, Дніпропетровську, Запоріжжі, Львові, Севастополі, Чернігові та Автономній Республіці Крим [3, с. 12-13].

Потрібно зазначити, що першочерговим під час розслідування злочину є саме вивчення особи потерпілого, особливо в тих випадках, коли особа злочинця не була встановлена.

На думку В. Ю. Шепітько, одним з основних елементів криміналістичної характеристики є особа потерпілого. Він вважає, що система ознак, що стосується особи потерпілого, має складну структуру. Вона охоплює загальні демографічні ознаки (стать, вік, місце проживання, роботи або навчання, професія, фах, освіта та ін.), дані про спосіб життя, риси характеру, навички і схильності, зв'язки і стосунки. Дані про потерпілого включають також відомості про його віктимність (схильність деяких людей ставати внаслідок низки обставин жертвами певних злочинів) [4, с. 332].

М. І. Скригонюк відносить до одного з основних структурних елементів криміналістичної характеристики злочину не безпосередньо особу потерпілого, а саме узагальнені дані про особу потерпілого, які є специфічними чи закономірними у справах певної категорії [5, с. 249].

Необхідно також наголосити на тому, що, наприклад, М. В. Салтевський взагалі серед основних структурних елементів криміналістичної характеристики злочинів виділяє тільки такі: 1. предмет безпосереднього посягання; 2. типову слідову картину вчинення злочину; 3. спосіб вчинення злочину; 4. особу злочинця, не виділяючи в окремий структурний елемент особу потерпілого, а лише ототожнюючи її з предметом безпосереднього посягання, яким, на його думку, в криміналістичному аспекті може бути людина, тобто її тілесна організація, розглядувана як фізико-біологічна система, що, вступаючи в різні взаємодії, відображує себе в матеріальному середовищі [6, с. 268].

Враховуючи позиції науковців, ми підтримуємо думку, що особа потерпілого є окремим елементом криміналістичної характеристики, оскільки ці злочини – це, насамперед, злочини насильницької спрямованості, які включають в себе такі склади злочинів, передбачених в КК України: умисне вбивство (п. 14 ч. 2 ст. 115 КК), умисне тяжке тілесне ушкодження (ч. 2 ст. 121 КК), умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження (ч.2 ст. 122 КК) , побої і мордування (ч. 2 ст. 126 КК), катування (ч. 2 ст. 127 КК), погроза вбивством (ч. 2 ст. 129 КК). Саме тому, на нашу думку, правильно вважати, що особа потерпілого під час розслідування даної категорії злочинів є одним з її важливих структурних елементів і повинна бути відокремленою від інших елементів для більш вдалого розслідування таких злочинів.

Крім того, потрібно зауважити, що особа потерпілого є об'єктом вивчення різних юридичних дисципліни – кримінального права, кримінального процесу, криміналістики, кримінології, юридичної психології, судової медицини та іншіих. Кожна з них вивчає потерпілого в різних аспектах, виокремлюючи свої особливості.

Що ж стосується безпосередньо поняття «особа потерпілого», то на законодавчому рівні воно визначено в статті 55 Кримінального процесуального кодексу України. Нею передбачено, що потерпілим у кримінальному

провадженні може бути фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди [7].

У «Криміналістичній енциклопедії» під редакцією Р. С. Бєлкіна зазначено, що потерпілим є особа, якій злочином заподіяна моральна, фізична чи майнова шкода. Є самостійним учасником процесу. Про визнання особи потерпілим виноситься окрема постанова [8, с. 192]. Потрібно зазначити, що наведене поняття повністю передає зміст статті 49 Кримінально-процесуального Кодексу України в редакції 1960 року, який натепер вже втратив свою чинність. Аналогічної думки дотримується й Є. Е. Центров, однак він зазначає, що потерпілий також є і жертвою злочину, при цьому він не розділяє ці поняття [9, с. 12].

Таким чином, проаналізувавши поняття «потерпілий» як у криміналістичній науці, так і на законодавчому рівні, необхідно зазначити, що потерпілим у злочинах, вчинених на ґрунті расової, національної та релігійної ворожнечі, є фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано, перш за все, фізичної шкоди, бо вони характеризуються своїм насильницьким характером по відношенню до жертви.

Необхідно також зауважити, що в категорії розглядуваних злочинів велике значення має мотив ненависті чи ворожнечі, який безпосередньо пов'язаний з особою потерпілого. Вчені, чиї дослідження присвячені кваліфікації діяння за даними ознаками, пропонують відносити до таких мотивів внутрішні спонукання, що виражають прагнення винного показати неповноцінність потерпілого через його приналежність до конкретної (іншої) нації, раси, сповідування ним відповідної релігії та внаслідок цього своє ненависне до нього ставлення [10, с. 11]. Злочини, що вчиняються із зазначених мотивів, характеризуються тим, що у винної особи неприязнь, почуття ворожнечі до потерпілого викликані не якими-небудь його особистими якостями, а тим, що він належить до певної нації (чи соціальної групи), раси чи релігії. Злочини, що вчиняються за мотивами расової, національної та релігійної ворожнечі, здебільшого спричиняються та супроводжуються певними ідеологічними установками, що базуються на ознаках націоналізму, расизму, фашизму і т. п. У теорії права ідеологія розглядається як духовна влада над людським суспільством, яка регулює, мотивує та спрямовує діяльність індивідів в усіх сферах суспільства. Це система філософських, наукових, моральних, правових, політичних та інших знань про світ та роль у ньому людини, основу якої становлять соціальні вчення, концепції, доктрини, що формують нормативно-ціннісну основу суспільства [11, с. 221]. Наприклад, злочини даної категорії здебільшого вчиняються на основі ідеології фашизму, що проголошує ідею расової переваги. Таким чином, ідеологія, трансформуючись у мотив та мету, зумовлює певну злочинну поведінку особи, а також відповідний вибір потерпілого чи групи потерпілих.

Зважаючи на мотиви расової, релігійної та національної ворожнечі, можна зробити висновок, що для злочинця у виборі жертви важливим є, перш за все, її зовнішній вигляд, тобто її антропологічні особливості тіла та його окремих елементів, а також особливості одягу, що можуть свідчити про її належність до певної раси, національності або релігії. Звідси й такий «певний» вибір жертви. За останніми даними Інтернет-порталу «Громадський простір», загалом жертвами злочинів на ґрунті нетерпимості та дискримінації в Україні найчастіше стають: 1. Іноземці – вихідці з дальнього зарубіжжя; 2. громадяни України з неслов'янською зовнішністю; 3. роми, кримські татари; 3. релігійні іудеї; 4. представники ЛГБТ-спільноти (лесбіянки, геї, бісексуали, транссексуали); 5. люди, що ведуть асоціальний спосіб життя, найчастіше наркомани [12].

Окрім особливого вибору жертви, необхідно зазначити, що суттєвою відмінною рисою злочинів, що вчиняються на ґрунті нетерпимості, з точки зору особи потерпілого є їх тристоронній характер – обов'язкова наявність винних, потерпілих, а також тих, кому адресована інформація про ворожнечу або ненависть стосовно тієї чи іншої національності, раси або релігії. Найбільш незвичним і нетрадиційним є наявність третьої сторони, яка зазнає негативного впливу в результаті скоєння злочину. Найбільш складним у ситуації з третьою стороною є те, що вона здебільшого може бути досить не визначеною за кількістю, характеристиками та особливостями. До третьої сторони належать будь-які представники тієї національності, раси або релігії, стосовно яких злочинці проявляють свою ворожнечу або ненависть, чиї почуття чи національну гідність принижують. Наприклад, за умови скоєння вбивства з мотивів національної нетерпимості позбавлення життя конкретної особи виступає лише проміжною ціллю злочинців, оскільки основна мета – приниження національної гідності інших представників цієї національності; інакше необхідно визнавати інший мотив злочину. При цьому третьою стороною конфлікту, або другим потерпілим у широкому розумінні цього слова, буде будь-який представник цієї національності [13, с. 20-21].

Зважаючи на вищевикладене, необхідно зазначити, що вивчення особи потерпілого під час розслідування злочинів, вчинених на ґрунті расової, національної та релігійної ворожнечі, має вагоме значення, особливо на початковому

етапі розслідування, коли всю необхідну та значиму інформацію ми отримуємо саме від потерпілого. Як зазначає Н. Є. Шинкевич, вивчення особистості потерпілого – це цілеспрямований та планомірний процес збирання та дослідження слідчим соціальних та природничо-біологічних відомостей про нього в порядку та формах, установлених законом, з метою вирішення завдань судочинства [13, с. 20]. Потрібно зазначити, що це визначення є досить змістовним, оскільки саме на початковому етапі розслідування злочину одним із головних завдань слідчого є збирання та дослідження доказової інформації, отриманої з показань потерпілого, який здебільшого є єдиним джерелом інформації. Саме від потерпілих можуть бути отримані відомості про джерела криміналістичної інформації – свідків, предмети, пов'язані зі злочином, дані, що сприяють пошуку злочинця та ін.

Як зазначає Ю. В. Гаврилін та Н. Г. Шурухнова, «інформація про потерпілого повинна включати демографічні дані (стать, вік, місце мешкання, професію і т. п.), відомості про характер та обсяг завданого йому збитку, фізичні, біологічні та психологічні особливості потерпілого, його спосіб життя, хвороби, віктимність поведінки, рівень культури, ціннісні орієнтації, наявність зв'язків і стосунків з іншими людьми. Дані про потерпілих та їхню поведінку дозволяють пояснити спрямованість та мотиви поведінки злочинця, його загальні та індивідуальні властивості [14, с. 56].

Як зазначено в спеціальній юридичній літературі, потерпілий виступає не тільки як джерело вербальної інформації про обставини злочину, а й як специфічний слідоутворюючий та слідосприймаючий об'єкт. Взаємодіючи із суб'єктом злочину у визначених просторово-часових умовах, потерпілий усвідомлено чи не усвідомлено вносить різні зміни в обстановку місця події та так само стає носієм різних слідів (на одязі, тілі, інших предметах обстановки). Виявлення, фіксація, вилучення та дослідження всієї сукупності даних слідів криміналістичними засобами та методами сприяє надходженню в розпорядження слідчого необхідної доказової інформації [9, с. 54].

Висновки.

Особа потерпілого є одним з основних елементів криміналістичної характеристики злочинів, скоєних неповнолітніми або молоддю на ґрунті расової, національної та релігійної ворожнечі. Дані про особу потерпілого використовуються під час планування та проведення розслідування, особливо на першому його етапі.

Таким чином, дані про особу потерпілого мають велике значення, особливо під час розслідування злочинів, скоєних на ґрунті расової, національної та релігійної ворожнечі, оскільки саме потерпілий на початковому етапі розслідування здебільшого є єдиним джерелом інформації, що надалі може сприяти якнайшвидшому викриттю злочинця та притягненню до відповідальності винних осіб.

Список використаних джерел:

1. Загальна декларація прав людини. Законодавство України. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015.
2. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні: Закон України № 5207-17 у редакції від 30.05.201 URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5207-17.
3. Протидія ксенофобії в Україні: законодавчі аспекти та адвокатська практика: навчально-практичний посібник / М. С. Гончаров, О. М. Дроздов, А. С. Кравчун, А. М. Стебєлєв; за заг. ред. О.М. Дроздова. К.: 2012. 285 с.
4. Шепітько В.Ю. Криміналістика: підруч. для студ. вищ. навч. закл. К.: Ін Юре, 2010. 496 с.
5. Скригонюк М.І. Криміналістика: підручник. К.: Атіка, 2005. 496 с.
6. Салтевський М.В. Криміналістика: підручник: у 2-х ч. Ч. 2. Харків: Консум, 2001. 528 с.
7. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: http://zakon5.rada .gov.ua/laws/show/4651-17/page3.
8. Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. М.: Мегатрон XXI, 2000. 2-е изд. доп. 334 с.
9. Центров Е. Е. Криминалистическое учение о потерпевшем. М., МГУ, 1988. 159 с.
10. Шнайдер Л.Г. Преступления по мотиву национальности, расовой, религиозной ненависти или вражды либо кровной мести в уголовном праве Российской Федерации: автореф. дис. на соиск. уч. степ. канд. юр. наук: спец.12.00.08 «Уголовное право и криминология, уголовно-исполнительное право». Москва, 2006. 15 с.
11. Большая юридическая энциклопедия / В.В. Аванесян, С.В. Андреева, Е.В. Белякова, Е.В. Глазова и др. Москва: Эксмо, 2005. 688 с.
12. В Україні злочини, скоєні на ґрунті ненависті, воліють не помічати // Інтернет-портал «Громадський простір», новини від 18.06.2012. URL: http://www.civicua.org/news/view.html?q=1843507.
13. Шишкевич Н.Е. Актуальные проблемы крминалистической виктимологии: автореф. дис. на соиск. уч. степ. канд. юр. наук: спец.12.00.09 «Криминальный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность». Челябинск, 2004. 26 с.
14. Гаврилин Ю.В. Криминалистика: методика расследования отдельных видов преступлений. Курс лекций: учеб. пособие для вузов по спец. «Юриспруденция» / за ред. Ю.В. Гаврилин, Н.Г. Шурухнов. М.: Книжный мир, 2004. 468 с.

В статье рассматривается криминалистическая характеристика потерпевшего в преступлениях, совершенных несовершеннолетними и молодежью именно по мотивам расовой, национальной и религиозной вражды. Акцентируется внимание на понятии «потерпевший в преступлениях на почве расовой, национальной и религиозной вражды», освещается связь мотивов преступления непосредственно с личностью потерпевшего, раскрываются обстоятельства, которые подлежат установлению при изучении личности потерпевшего.

Ключевые слова: элемент криминалистической характеристики, личность потерпевшего, мотивы расовой, национальной и религиозной вражды, изучение личности потерпевшего.

The article is devoted to highlighting the forensic character of the victim in crimes committed by minors and young people precisely on grounds of racial, national and religious hatred. The emphasis is placed on the concept of "victim of crimes on the grounds of racial, national and religious hatred", the connection of the motives of the crime with the victim's person, the circumstances which are to be established in the course of studying the person of the victim are revealed.

Key words: element of forensic characteristics, identity of the victim, motives of racial, national and religious hatred, study of the victim's personality.

УДК 343.985

Галина Вальчишин,
аспірант кафедри криміналістики та судової медицини
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ФІКСАЦІЯ РЕЗУЛЬТАТІВ СЛІДЧОГО ЕКСПЕРИМЕНТУ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ДОРОЖНЬО-ТРАНСПОРТНИХ ПРИГОД

Стаття присвячена дослідженню особливостей фіксації ходу та результатів слідчого експерименту під час розслідування дорожньо-транспортних пригод. Розглядаються процесуальні і тактичні аспекти фіксації. Запропоновано зміни до чинного Кримінального процесуального кодексу України в частині фіксації ходу слідчого експерименту у протоколі.

Ключові слова: дорожньо-транспортна пригода, експертиза, протокол, слідчий експеримент, фіксація.

Постановка проблеми. Однією з найважливіших слідчих (розшукових) дій у розслідуванні дорожньо-транспортних пригод (далі – ДТП) є слідчий експеримент – перевірка слідчим реальної можливості статися такій події за певних умов, за певних обставин та за певної поведінки її учасників шляхом проведення дослідів чи випробувань.

Украй важливим у проведенні слідчого експерименту під час розслідування цієї категорії кримінальних правопорушень, окрім правильної його організації та проведення згідно з методичними рекомендаціями та з використанням сучасних досягнень у галузі науки і техніки, є належна фіксація одержаних результатів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Багато кримінальних процесуальних і тактичних аспектів проведення слідчого експерименту досліджували у своїх працях вітчизняні та зарубіжні вчені Л. Є. Ароцкер, Р. С. Бєлкін, Н. І. Гуковська, Н. І. Жукова, П. П. Луцюк, Ю. О. Ляхов, О. Б. Манчу, В. А. Очеретяний, С. М. Путівка, О. П. Рижаков, О. С. Рубан, П. І. Тарасов-Родіонов, Ш. Ш. Ярамиш'ян та інші. Разом із тим питання, пов'язані з фіксацією слідчого експерименту під час розслідування ДТП, залишаються не досить дослідженими.

Саме тому **метою** статті є подальша теоретична розробка сутності та особливостей фіксації результатів цієї слідчої (розшукової) дії у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Обов'язковим і невід'ємним елементом кримінально-процесуальної діяльності (особливо під час досудового розслідування) є кримінально-процесуальне документування.

Для фіксації ходу слідчого експерименту і його результатів складаються протокол слідчого експерименту, плани, схеми, використовуються фотозйомка, відеозапис, виготовляються моделі (макети) та ін.

Основним процесуальним документом є протокол слідчого експерименту, він слугує головним джерелом відомостей про умови і порядок проведених дослідів, їх зміст і отримані результати. У протоколі слідчого експерименту знаходить своє відображення експериментальна робота слідчого. Він фігурує у справі як основне джерело про умови і порядок проведених дослідів, їх зміст та результати [1, с. 91].

Для того, щоби протокол слідчого експерименту відповідав своєму призначенню (міг слугувати джерелом відомостей про проведені в ході експерименту досліди й отримані результати), він повинен відповідати певним вимогам. Ці вимоги, на думку більшості вчених, полягають у такому:

1) складення протоколу належною особою [1, с. 91; 2, с. 137] (згідно з ч. 1 ст. 240 КПК протокол слідчого експерименту вправі скласти лише слідчий або прокурор);

2) невідкладність складання протоколу [2, с. 137];

3) об'єктивність протоколу. У протоколі повинні бути викладені лише ті дії, які були здійснені під час проведення слідчого експерименту, і саме так, як це було насправді. У протоколі експерименту не повинні наводитися слідчі версії, що можуть виникнути в результаті слідчого експерименту [1, с. 91; 3, с. 146];

4) повнота протоколу. Протокол слідчого експерименту повинен містити вичерпне викладення всіх проведених дослідів і отриманих результатів [1, с. 91-92];

5) ясність, точність мови і відсутність суперечностей. Протокол має бути викладений

© Г. Вальчишин, 2018

зрозумілою, простою і доцільною термінологією і складений так, щоб його можна було прочитати [4, с. 271];

6) протокол має бути викладений у суворій логічній послідовності, щоб кожне нове судження випливало з попереднього, щоб не було логічних суперечностей або несподіваних висновків, що не випливають із тексту документа. Використовувані поняття мають відповідати сучасному рівню правових знань і культури [1, с. 91-92; 4, с. 271].

Загальні правила складання протоколу процесуальної дії передбачені частиною 3 ст. 104 КПК. Однак слідчий експеримент у справах про ДТП має свою специфіку, а тому, складаючи протокол цієї слідчої (розшукової) дії, у ньому слід відобразити додаткові відомості.

Вступна частина повинна містити у собі:

– назву процесуального документа – «Протокол слідчого експерименту»;

– місце складення протоколу, причому вказується лише географічне найменування цього місця;

– дату складення протоколу;

– номер кримінального провадження;

– посаду, спеціальне звання, прізвище та ініціали особи, яка проводила експеримент;

– прізвища, імена та по батькові, а також адреси проживання понятих;

– посади, прізвище та ініціали спеціалістів;

– прізвища, імена та по батькові підозрюваних, потерпілих та свідків, які брали участь в експерименті;

– прізвища, імена та по батькові, а також адреси проживання всіх інших учасників експерименту;

– статті КПК, із дотриманням яких проводився експеримент;

– мету слідчого експерименту [1, с. 92];

– відомості про роз'яснення учасникам експерименту їх прав і обов'язків;

– відомості про застосовані науково-технічні засоби;

– дані, що учасники попереджені про неприпустимість розголошення результатів експерименту (за потреби) [5, с. 645];

– вказівку на добровільність участі особи, чиї показання перевіряються чи уточнюються [2, с. 138].

В описовій частині протоколу зазначаються відомості про:

– обстановку та умови, у яких проводилася слідча (розшукова) дія;

– відомості про проведену реконструкцію обстановки;

– відомості про дії з виготовлення моделей (манекенів, муляжів);

– об'єкти, які були використані під час здійснення дослідів чи випробувань (у тому числі речові докази);

– якщо передбачається використання транспортного засобу, необхідно вказати його вид, реєстраційний номер, прізвище, ім'я та по батькові водія;

– відомості про розподіл обов'язків між учасниками слідчого експерименту;

– відомості про розташування осіб і предметів, що використовуються під час експериментальних дій;

– зміст та послідовність дослідних дій (випробувань);

– результати, що одержані шляхом експерименту;

– застосування допоміжних засобів фіксації (зокрема, фотозйомка, відеозапис, складання схем, планів тощо).

У заключній частині протоколу зазначаються:

– перелік схем, планів, графіків, фотознімків та відеофрагментів, виконаних під час експерименту;

– відмітка про ознайомлення з протоколом усіх учасників слідчої (розшукової) дії;

– заяви і зауваження понятих та інших учасників слідчої (розшукової) дії (якщо вони були зроблені);

– відомості про ознайомлення з протоколом усіх учасників слідчого експерименту та їхні підписи [1, с. 92-93; 2, с. 138-139; 5, с. 645; 6, с. 144].

Аналіз слідчої практики органів Національної поліції і прокуратури дозволяє також відзначити типові помилки, яких припускаються під час складання протоколів слідчих експериментів:

а) *неправильне процесуальне оформлення проведених дослідів*. Це може виражатися або в тому, що в протоколі наводяться неповні дані про учасників слідчого експерименту (наприклад, не вказуються повністю імена та по батькові понятих та їх адреси), або в тому, що не вказуються статті КПК, якими керується слідчий під час складання протоколу слідчої (розшукової) дії, або у відсутності інших необхідних елементів протоколу;

б) *неповнота протоколу*. Складаючи протокол слідчого експерименту, деякі слідчі не вважають за необхідне вказувати, в якій обстановці він проводився, або подають лише схематичний опис проведених дослідів, приділяючи основну увагу одержаним результатам;

в) *порушення послідовності в описі проведених дослідів*. Трапляються протоколи, з яких неможливо зробити висновок про послідовність експертних дій. Викладення в такому разі має безладний характер, що ускладнює оцінку одержаних результатів;

г) *наведення у протоколі даних, які не стосуються слідчого експерименту*. Наприклад, детально наводяться такі обставини провадження, які жодного значення для проведеного експерименту не мають, або описуються такі деталі обстановки, які зовсім зайві з точки зору результатів експерименту;

д) *недбала літературна редакція протоколу*, що, безумовно, понижує у низці випадків значення цього документа, ускладнює його розуміння, а іноді й свідчить про недопустиме ставлення до складання процесуальних документів [1, с. 93-94].

Як було наведено вище, загальні правила складання протоколу слідчої (розшукової) дії передбачені ст. 104 КПК. У частині 6 ст. 240 КПК конкретизується, що «про проведення слідчого експерименту слідчий, прокурор складає протокол згідно з вимогами цього Кодексу. Крім того, у протоколі докладно викладаються умови і результати слідчого експерименту» [7, с. 171].

На нашу думку, таке формулювання законодавця видається занадто лаконічним та неповним з огляду на специфіку та складність проведення цієї слідчої (розшукової) дії, не вимагається, зокрема, зафіксувати у ньому хід експерименту. Пропонуємо частину 6 ст. 240 КПК України викласти у такій редакції:

«Про проведення слідчого експерименту слідчий, прокурор складає протокол згідно з вимогами цього Кодексу. ***У протоколі докладно викладаються умови, хід і результати слідчого експерименту і вказується: з якою метою, коли, де і в яких умовах проводився експеримент; в чому конкретно виразилося відтворення обстановки й обставин події; які дії, в якій послідовності, ким і скільки разів проводилися; які отримані результати».***

Додатки до протоколу є його невід'ємною частиною та разом із протоколом процесуальної дії становлять джерело доказів у кримінальному провадженні [4, с. 273].

Одним із традиційних додатків до протоколу є плани та схеми, оскільки вони почали застосовуватись задовго до появи, скажімо, відеотехніки чи пристроїв із використанням комп'ютерних технологій. Як відзначає Т. В. Авер'янова, плани і схеми покликані відобразити головним чином дислокацію учасників експерименту та об'єктів у місці його проведення. План, що складається у масштабі, найчастіше використовується для фіксації місця розташування людей та об'єктів у статичному стані: розміщення понятих, інших учасників, місце дії і т.д. Для фіксації динамічних стадій експерименту виконують схеми стосовно кожної стадії. Як відомо, схеми викреслюються довільно, не у масштабі, а необхідні розміри проставляються безпосередньо на відповідних її ділянках. Так, схематично може бути зафіксований шлях людини або транспортного засобу з фіксацією розташування (місця) у певні вузлові моменти. Іноді можуть складатися графіки типу «шлях – час». На такому графіку фіксують, наприклад, рух транспортного засобу із заданою швидкістю певним шляхом і пересування людини (швидкість і напрямок відомі) до місця їх зустрічі, до місця, коли транспортний засіб потрапив у поле зору людини, і т. п. [5, с. 646].

На планах і схемах бажано намітити маршрут руху із зазначенням його початку та закінчення, проміжні зупинки, місця проведення дослідів тощо [3, с. 147; 6, с. 144].

Окрім того, як зазначає В. А. Очеретяний, власноручно зображена схема або план є найвагомішим й об'єктивним доказом причетності особи до розслідуваної події. Подібні схеми створюють нові об'єкти фіксації доказової інформації та деталізують вербальну інформацію, мають наочний й переконливий характер [2, с. 140].

Аудіозапис використовується здебільшого для фіксації слідчого експерименту, що проводиться з метою перевірки можливості особи чути у тій чи іншій обстановці або з певного місця. Окрім того, для фіксації пояснень підозрюваного, свідка або потерпілого, а також для опису проведення певних експериментальних дій чи випробувань доцільно використовувати портативний диктофон, що значно полегшить роботу слідчого зі складання протоколу слідчого експерименту [2, с. 140].

Одним із найбільш поширених способів фіксації ходу та результатів слідчого експерименту є *фотозйомка*. Переваги фотографування як методу фіксації доказів полягають у тому, що воно забезпечує швидкість фіксації об'єкта, повноту та наочність результатів фіксації, об'єктивність і точність фіксації, дозволяє фіксувати недоступні для візуального розрізнення відтінки кольору. Ці переваги фотографування до певної міри компенсують його недоліки як засобу фіксації: площинний характер відображення, в деяких випадках перспективні спотворення, можливу нечіткість знімка тощо. Із розвитком судової фотографії, розробкою нових засобів і прийомів фотографування ці недоліки фотографування як засобу фіксації можуть бути повністю або значною мірою усунені.

Наочно відтворюючи ті самі елементи обстановки, які описуються в протоколі, фотографічні знімки, з одного боку, сприяють правильному і точному розумінню змісту

протоколу, а з іншого – дозволяють перевірити об'єктивність і повноту записів у ньому шляхом зіставлення опису та зображення. Наявність додатків до протоколу у вигляді фотознімків робить його текст більш зрозумілим, створює в особи, яка ознайомлюється з протоколом, ефект присутності на місці події. Крім того, деякі елементи обстановки у протоколі з певних причин можуть бути не зафіксовані або зафіксовані неповно чи не досить точно. У таких випадках фотознімки дозволяють заповнити недоліки у протоколі або уточнити окремі його частини [8, с. 105-106]. Отримані фотокартки оформлюються у вигляді фототаблиці.

Найбільш часто на практиці використовується відеозапис, оскільки він дозволяє зафіксувати все, що відбувається, в динаміці, з максимальною повнотою і наочністю.

Н. А. Селіванов визначає такі цілі використання вказаного способу фіксації: 1) фіксація об'єктів та явищ у динаміці; 2) відображення процесу виявлення слідчим і спеціалістом слідів та інших речових доказів і дій з ними у динамічній стадії огляду; 3) фіксація результатів огляду місць, об'єктів значної тривалості й обсягу, наприклад доріжки слідів, слідів гальмування автомобіля; 4) забезпечення можливості відтворення та вивчення того, що відображено в динаміці, у сповільненому або прискореному темпах [9, с. 27-28].

На думку О. В. Волохової, застосування відеозапису доцільне у таких випадках:

– коли експеримент проводиться за відсутності осіб, чия інформація перевіряється, оскільки надалі вони можуть оскаржити результати цієї слідчої (розшукової) дії;

– якщо в ході експерименту передбачається хронометрування процесів, що протікають за короткі проміжки часу;

– коли дані про умови проведення дослідів та їх результати повинні бути надалі використані під час проведення судової експертизи.

За допомогою відеозйомки рекомендується спочатку зафіксувати момент роз'яснення учасникам слідчого експерименту їхніх прав та обов'язків, потім – обстановку проведення експерименту, його хід та результати, іншими словами, фіксується не все, а лише те, що має доказове значення у кримінальному провадженні [10].

Також, як зауважує Л. Д. Скільська, приступаючи до запису, слідчий повинен пам'ятати, що його слова і поведінка фіксуються на плівку. Велику роль відіграє уміння слідчого невимушено та спокійно триматися перед камерою, логічно правильно будувати мову, зрозуміло та чітко ставити запитання. Демонструючи нервозність, часто та без потреби озираючись на об'єктив, слідчий непомітно передає свій стан іншим присутнім, що може негативно вплинути на провадження слідчої дії. Недопустимими є випадки некоректної поведінки слідчого, грубого або зневажливого звернення до осіб («перестаньте розмовляти», «відійдіть звідти») [8, с. 159].

Як зазначається в літературі, недалеке майбутнє автотехнічної експертизи пов'язане із застосуванням автоматизованих цифрових систем виміру на всіх етапах дослідження ДТП. Насамперед це лазерне сканування місця ДТП, на підставі чого можливе автоматизоване складання схеми ДТП зі встановленням всіх необхідних розмірів. По-друге, це використання всіляких реєстраторів даних про події, які дозволяють фіксувати параметри руху транспортних засобів до і після ДТП, що може бути покладено в основу отримання об'єктивних вихідних даних до експертного розрахунку. По-третє, це застосування спеціальної цифрової апаратури під час проведення слідчих експериментів. І, по-четверте, це застосування прикладних програм для розрахунку механізму ДТП. Найкращого результату можна очікувати, якщо послідовно застосовувати автоматизовані цифрові системи на всіх етапах дослідження ДТП [11, с. 190].

Досить перспективним є застосування науково-технічних засобів, які дозволяють створювати цифрові графічні 3D моделі об'єктів, що досліджуються [12, с. 60; 13, с. 166].

Однак, як зазначає С. В. Данець, в Україні з упровадженням цих автоматизованих технологій поки що є певні проблеми: всі автоматизовані засоби, які можна використовувати в автотехнічній експертизі, іноземного виробництва; автоматизовані засоби і методи дослідження ДТП тільки почали впроваджуватися в Україні, і бракує елементарного досвіду для їх широкого використання; результати дослідження ДТП за допомогою автоматизованих методів можуть істотно відрізнятися від результатів дослідження того ж ДТП, але виконаного за традиційною експертною методикою [11, с. 193].

Тому, звісно, наявні методи дослідження обставин ДТП в тому числі шляхом проведення слідчого експерименту потребують подальшого вдосконалення та розвитку.

Висновки.

На підставі викладеного можна підсумувати, що фіксація ходу та результатів слідчого експерименту під час розслідування ДТП має свої особливості, що зумовлюється і складністю та багатоаспектністю самої слід-

чої (розшукової) дії. Однак слідчому слід враховувати як процесуальні, так і тактичні вимоги, що ставляться до її проведення. Тільки в такому разі можна досягти дієвого та ефективного результату у кримінальному провадженні із зазначеної категорії кримінальних правопорушень.

Список використаних джерел:

1. Белкин Р. С. Эксперимент в следственной, судебной и экспертной практике. Москва: Изд-во "Юридическая литература", 1964. 222 с.

2. Очеретяний В. А. Організація і тактика проведення слідчого експерименту: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Дніпропетровськ: ДДУВС, 2015. 216 с.

3. Белкин Р. С., Лифшиц Е. М. Тактика следственных действий. Москва: Новый юристъ, 1997. 176 с.

4. Кримінальний процесуальний кодекс України : Наук.-практ. коментар / відп. ред. С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. – Харків: Одісей, 2013. 1104 с.

5. Аверьянова Т. В. Криминалистика : учебник для вузов / Т. В. Аверьянова, Р. С. Белкин, Ю. Г. Корухов, Е. Р. Россинская ; под ред. проф. Р.С. Белкина. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Норма, 2004. 992 с.

6. Настільна книга слідчого : наук.-практ. видання для слідчих і дізнавачів / М. І. Панов, В. Ю. Шепітько, В. О. Коновалова та ін. 2-ге вид. перероб. і доп. Київ: Видавничий дім «Ін Юре», 2008. 728 с.

7. Кримінальний процесуальний кодекс України. Київ: ПАЛИВОДА А.В, 2018. 404 с.

8. Скільська Л. Д. Правові та криміналістичні засади фіксації результатів огляду місця події : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Івано-Франківськ, 2009. 203 с.

9. Справочная книга криминалиста. Рук. авт. коллект. и отв. ред. Н. А. Селиванов. Москва: Изд-во "НОРМА", 2000. 727 с.

10. Криминалистика: учебник / О. В. Волохова, Н. Н. Егоров, М. В. Жижина и др.; под. ред. Е.П. Ищенко. Москва: Проспект, 2015. URL: http://www.studentlibrary.ru/book/ISBN9785392169047. html.

11. Данець С. В. Застосування автоматизованих засобів дослідження обставин ДТП. Вестник ХНАДУ, 2013. Вып. 61-62. С. 190–194.

12. Негребецький В. Проблема підвищення ефективності збирання, дослідження та фіксації інформації під час перевірочних слідчих (розшукових) дій. Підприємництво, господарство і право. 2015. № 7. С. 57–60.

13. Шехавцов Р. М. Впровадження технологій 3D моделювання у розслідуванні злочинів: правові та криміналістичні проблеми // Криміналістика XXI сторіччя: матеріали міжнар. наук-практ. конф., 25–26 листопада 2010 р. Х., 2010. С. 166–170.

Статья посвящена исследованию особенностей фиксации хода и результатов следственного эксперимента при расследовании дорожно-транспортных происшествий. Рассматриваются процессуальные и тактические аспекты фиксации. Предложены изменения в действующий Уголовный процессуальный кодекс Украины в части фиксации хода следственного эксперимента в протоколе.

Ключевые слова: дорожно-транспортное происшествие, протокол, следственный эксперимент, фиксация, экспертиза.

The article is devoted to the study of the peculiarities of the fixation of the course and the results of the investigative experiment during the investigation of road traffic accidents. The procedural and tactical aspects of fixation are considered. Proposed changes to the current Criminal Procedural Code of Ukraine in the part of fixing the course of the investigative experiment in the protocol.

Key words: road accident, examination, protocol, investigator's experiment, fixation.

УДК 347.965.4

Людмила Слива,
аспірант кафедри виконавчого, нотаріального процесів та адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка

КОНСУЛЬТУВАННЯ АДВОКАТОМ ЯК СТАДІЙНИЙ ПРОЦЕС

Стаття присвячена аналізу консультування адвокатом як складного багатокомпонентного явища. Автором зосереджуються увага на стадіях консультування, окремих наукових підходах до їх визначення. Окрема увага присвячена визначенню кожної із досліджуваних стадій. Зокрема, надані їх авторські дефініції та підходи до змістового розуміння.

Ключові слова: адвокатура, адвокатська діяльність, консультативна робота, консультування, стадії консультування.

Постановка проблеми. Консультування адвоката – багатокомпонентне та комплексне явище. Стаття 1312 Конституції України передбачає, що для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура [1]. І саме консультування становить основу даної юридичної практики. Будь-якій подальшій співпраці адвоката з клієнтом передує саме консультування, адже в адвоката виникає потреба ознайомитися із суттю правового конфлікту, що з ним звернувся клієнт, розробити позицію у справі та, власне, надати комплексну консультацію особі, що звернулась за правовою допомогою. На превеликий жаль, основна увага вчених зосереджена на тактиці та стратегії захисту адвокатом у суді, проте, на мою думку, будь-якому судовому захисту передує складна консультативна робота адвоката з клієнтом. Вона потребує детального аналізу та регламентації. Розуміючи етапність та стадійність консультування, адвокат матиме змогу побудувати дієвий алгоритм консультування, що дозволить повною мірою досягти його завдання. Адже основним завданням цього виду адвокатської діяльності є знаходження правових методів та засобів вирішення юридичних проблем довірителя.

Аналіз досліджень та публікацій із даної теми. Поняттю та проблемам консультативної діяльності присвячені окремі роботи Л. А. Воскобітової, С. Д. Гусарєва, Я. Зейкана, О. Д. Святоцького, Д. П. Фіолевського, С. Я. Фурси та інших вітчизняних та зарубіжних вчених. Не зважаючи на те, що науковці та практики у своїх працях згадують про такий вид адвокатської діяльності, як консультування, наразі відсутнє комплексне наукове дослідження, присвячене окремим теоретичним та практичним особливостям консультування, що викликає певні труднощі і в правозастосовчій діяльності.

Виклад основного матеріалу.

Консультативна робота адвоката – це комплексна діяльність адвоката щодо вирішення конкретної правової проблеми клієнта. Під консультуванням пропоную розуміти безпосередній процес взаємодії адвоката та клієнта (довірителя) з метою знаходження правових методів та засобів вирішення юридичних проблем довірителя. Консультування має на меті вирішення декількох завдань, серед яких, зокрема:

– збирання найбільш повної інформації щодо наявного правового конфлікту;
– аналіз отриманої інформації;
– матеріально-правова та процесуально-правова кваліфікація обставин справи;
– визначення всіх можливих способів вирішення конфлікту;
– аналіз переваг та недоліків запропонованих варіантів розв'язання ситуації.

Усі ці завдання поступово розкриваються та реалізуються в ході здійснення консультування, що говорить про стадійність цього процесу. Безперечно, дані стадії не є жорсткими та регламентованими, адвокат вільний самостійно обирати шлях, яким буде розвиватись його взаємодія з довірителем. Проте, взагалі, в літературі визначають такі стадії консультування:

1) інтерв'ю;
2) аналіз зібраної інформації;
3) вироблення правової позиції у справі;
4) надання консультації клієнту [9, с. 8].

А. О. Краснейчук у своєму дослідженні пропонує триступеневий характер консультування: підготовка до консультування, діагностика стану проблеми, та саме безпосереднє консультування з розробки альтернативних способів вирішення проблем [10]. Л. О. Воскобітова пропонує застосовувати під час консультування п'ятиступеневий алгоритм дій:

© Л. Слива, 2018

1) підготовка до консультування;
2) організаційний етап;
3) роз'яснювально-прогностичний етап;
4) етап вибору оптимального варіанту;
5) завершальний етап [7, с. 185-189].

Вважаю, що подібні підходи тією чи іншою мірою відображають алгоритм дій, які необхідно здійснити для ефективного консультування адвокатом, проте потребують деякого уточнення. Зокрема, першою стадією консультування є підготовча, в ході якої встановлюється контакт між довірителем та адвокатом, без якого втрачається ефективність подальшого консультування. Другою стадією є збір інформації по справі. Як зазначає С. Я. Фурса, адвокату доступні такі шляхи збору інформації: 1) опитування громадян; 2) консультування фахівців; 3) вивчення документів [5, с. 206]. Тому доречно виділити такі ступені етапу збору інформації: опитування, консультування фахівців (експертів, спеціалістів) – факультативний підетап, що здійснюється у разі, коли для надання консультації необхідно володіти спеціальними знаннями), та збір письмових документів. Наступною стадією є аналіз отриманої інформації, зокрема виокремлення предметної, додатково-предметної та непредметної інформації. Далі важливим є матеріально-правова та процесуально-правова кваліфікація справи. Наступною стадією є формування можливих варіантів вирішення спору (судовий, позасудовий тощо). Вважаю, що виокремлювати стадію вироблення правової позиції у справі без зазначення етапу формування варіантів вирішення спору є недоцільним, оскільки адвокат не має самостійно вирішувати, яку позицію займає клієнт у справі. Лише ознайомивши останнього з усіма можливими варіантами розв'язання конфлікту, проаналізувавши переваги та недоліки кожного з них, разом із клієнтом адвокат може виробити правову позицію по справі, враховуючи інтереси клієнта. Останньою, завершальною стадією є консультація, тобто безпосереднє надання роз'яснень та порад клієнту.

Отже, пропоную виділяти такі стадії консультативної діяльності адвоката:

– підготовча;
– інтерв'ю (опитування);
– збір інформації та її подальший аналіз;
– аналіз обставин справи;
– аналіз нормативно-правової основи справи: матеріально-правова кваліфікація справи та процесуально-правова кваліфікація справи;
– формування правової позиції у справі, аналіз її переваг та недоліків;
– консультація (вироблення правової позиції по справі після обговорення з клієнтом).

Пропоную коротко зосередитись на особливостях окремих із зазначених стадій.

Підготовча стадія. Підготовча стадія полягає у встановленні психологічного зв'язку з клієнтом. Отже, підготовча стадія в процесі консультування – це стадія консультування, під час якої адвокат здійснює первинне ознайомлення з обставинами справи, знайомство з особою клієнта, організацію робочого простору. З-поміж усіх видів діяльності адвоката консультування є одним із найбільш психологізованих, скільки має на увазі міжособистісне спілкування. У процесі консультування, як зазначають науковці, адвокат та заявник є носіями конкретних ролей, що визначає і свого роду обмежує їхню можливу поведінку. У процесі спілкування адвокат та клієнт використовують вербальні (слова) та невербальні (міміка, жести) засоби спілкування. Безперечно, метою адвоката, перш ніж розпочати безпосередній процес консультування, є налагодження довірительної атмосфери. Цьому значною мірою сприяє дотримання адвокатом у спілкуванні з клієнтом правил адвокатської етики, зокрема адвокатської таємниці. Про факт того, що вся надана клієнтом інформація захищається законом і не розповсюджується адвокатом, варто окремо повідомити особу, що звернулася за консультацією. Обов'язково, на мою думку, на стадії підготовки потрібно наголосити клієнту на принципах, за якими відбувається спілкування адвоката та клієнта, зокрема на принципі конфіденційності як інформації, що надається адвокату в процесі консультування, так і самого факту звернення до адвоката клієнта. Так, відповідно до норм статті 10 Правил адвокатської етики України, збереження конфіденційності будь-якої інформації, яка визначена як предмет адвокатської таємниці Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» або становить персональні дані про фізичну особу, які охороняються законодавством з питань захисту персональних даних, є правом адвоката у відносинах з усіма суб'єктами права, які можуть вимагати розголошення такої інформації, та обов'язком щодо клієнта і тих осіб, кого ця інформація стосується. Дія принципу конфіденційності не обмежена в часі [3]. Адвокатською таємницею є: факт звернення особи за правовою допомогою; будь-яка інформація, що стала відома адвокату, адвокатському бюро, адвокатському об'єднанню, помічнику адвоката, стажисту або іншій особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом (адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням), у зв'язку з наданням професійної правничої (правової) допомоги або зверненням особи за правовою допомогою; зміст

будь-якого спілкування, листування та інших комунікацій (в тому числі з використанням засобів зв'язку) адвоката, помічника адвоката, стажиста з клієнтом або особою, яка звернулася за наданням професійної правничої (правової) допомоги; зміст порад, консультацій, роз'яснень, документів, відомостей, матеріалів, речей, інформації, підготовлених, зібраних, одержаних адвокатом, помічником адвоката, стажистом або наданих ним клієнту в рамках професійної правничої (правової) допомоги чи інших видів адвокатської діяльності. Розголошення відомостей, що становлять адвокатську таємницю, заборонено за будь-яких обставин, включаючи незаконні спроби органів досудового розслідування і суду допитати адвоката про обставини, що становлять адвокатську таємницю [2]. Інформація та документи можуть втратити статус адвокатської таємниці за згодою клієнта або особи, якій відмовлено в укладенні договору про надання професійної правничої (правової) допомоги, що викладена у її письмовій заяві. Також варто зауважити, що процес психологічної взаємодії та налагодження зв'язку між адвокатом та клієнтом не є процесом формалізованим та обмеженим виключно стадією підготовки до консультування. Адвокатом можуть використовуватись окремі техніки і на стадії інтерв'ю. Так, дієвим для встановлення психологічного контакту є метод «активного слухання». Суть даного методу полягає у тому, що особа, яка слухає, активно демонструє, що вона чує і розуміє як інформацію, що її намагається донести інша особа, так і її почуття. Варто зазначити, що не завжди адвокату та клієнту вдається встановити бажаний психологічний контакт, але до цього необхідно прагнути. Саме на стадії встановлення психологічного контакту адвокат представляється, знайомиться з відвідувачем, обговорює порядок надання консультації, обсяг юридичної допомоги та вирішує питання оплати праці. У разі, якщо правова проблема відвідувача знаходиться поза полем правової компетенції адвоката або не вдається досягти згоди з організаційних питань, то консультація не проводиться.

Інтерв'ю (опитування). Зазвичай адвокату доводиться мати справу з ретроспективними правовідносинами, тобто такими, що вже мали місце. І в цьому разі саме клієнт виступає первинним джерелом інформації про правову проблему, що виникла. Від уміння адвоката побудувати процес опитування, а також від успішності цього етапу залежатиме подальша ефективність участі адвоката у конкретному випадку. У словнику української мови під інтерв'ю розуміють бесіду, вибудовану за певним планом через безпосередній контакт інтерв'юера з респондентом з обов'язковою фіксацією відповідей [6, с. 548]. Розрізняють журналістське інтерв'ю, що є самостійним жанром журналістської діяльності, та соціологічне інтерв'ю (опитування). У соціології під інтерв'ю розуміють метод збору соціальної вербальної інформації про досліджуваний об'єкт під час безпосереднього чи опосередкованого спілкування дослідника з респондентом шляхом реєстрації його відповідей на запитання або ствердження [11, с. 96]. Проте в літературі відсутнє розуміння поняття «опитування адвокатом». Під опитуванням розуміють першу стадію консультування, тобто безпосередньої взаємодії клієнта та адвоката.

З огляду на це, пропоную таке формулювання поняття «опитування» як стадії консультування адвоката: це збір адвокатом інформації від клієнта (третіх осіб) з метою формування первинного бачення правової проблеми довірителя та отримання додаткової предметної інформації по суті спору. Опитування як стадія консультування має такі складники:

– вільна розповідь, в ході якої клієнт самостійно ознайомлює адвоката з власним баченням правової проблеми, що виникла;

– додаткові питання адвоката, під час яких адвокат уточнює предметну та додатково-предметну інформацію, що не були озвучені клієнтом на попередньому підетапі;

– узагальнення отриманої адвокатом інформації в ході інтерв'ю.

Збір інформації та її подальший аналіз. У літературі відсутнє визначення поняття збору інформації адвокатом. Тому пропоную визначити збір інформації адвокатом як діяльність адвоката в ході здійснення консультативної діяльності, спрямовану на встановлення обставин у справі та інформації, що їх підтверджує, шляхом додаткового опитування клієнта та третіх осіб, аналізу документів та їх витребування, використання інформації з відкритих джерел та/або відкритих реєстрів, використовуючи інструмент адвокатського запиту та іншими способами, не забороненими законом.

З огляду на надане визначення, інформацію, отриману адвокатом в ході відповідної діяльності з її збору, можна поділити на такі види:

– усні свідчення;
– письмові документи;
– аудіоматеріали;
– відеоматеріали.

Аналіз обставин справи. Для юриста навик аналізу правових ситуацій є професійним навиком, від оволодіння яким багато в чому залежать успіхи або невдачі юриста в професійній діяльності. Аналіз пронизує

всі етапи роботи адвоката у справі і тією чи іншою мірою присутній на стадіях інтерв'ю і у подальшому консультуванні клієнта. Без досвіду аналізу справи юрист не може успішно брати участь у судочинстві. Пропоную під аналізом фактичних обставин справи розуміти стадію консультативної роботи адвоката, що полягає у здійсненні правового аналізу фактів об'єктивної реальності, що становлять основу юридичного конфлікту, їх позиціонування та здійснення їх належного обґрунтування.

Таким чином, аналізуючи фактичну основу справи, адвокат повинен розуміти і чітко розмежовувати факти об'єктивної реальності, що існували і, можливо, продовжують існувати незалежно від його свідомості і волі, і фактичні обставини справи як інформаційний образ цієї реальності, який він сам або інші учасники процесу цілеспрямовано сформували у своїй свідомості на основі отриманої інформації.

Здійснюючи аналіз фактичних обставин справи, адвокату необхідно сформувати юридичний склад правової ситуації, наповнивши кожен з його елементів відповідними фактами об'єктивної реальності. Важливим є також групування юридичних фактів. Зокрема, це допоможе адвокату визначитись, які факти є абсолютними та не викликають сумнівів, а щодо яких така впевненість відсутня. Так, юридичні факти прийнято поділяти на абсолютні та спростовні. Абсолютними є факти, що залишаються незмінними незалежно від ставлення сторін. Наприклад, це може бути дата підписання наказу про звільнення або факт заключення правочину. Це ті факти, однозначність яких підтверджується.

Спростовними є ті факти, що не є беззаперечними. На мою думку, їх обов'язково необхідно враховувати адвокату для формування правової позиції по справі. Проте, по-перше, остання не має ґрунтуватись виключно на спростовних фактах, адже однією з їх особливостей є те, що упущення таких фактів не несе шкоди основним обставинам справи. І, по-друге, використання такої інформації потребує додаткової роботи щодо пошуку доказів на її підтвердження.

Окрім групування фактичних обставин, надзвичайно важливим є їх позиціонування. Позиціонування полягає у віднесенні фактичних обставин до таких, що підтверджують вибрану адвокатом та клієнтом позицію або ж спростовують її. Отже, наявні фактичні обставини адвокат може умовно групувати на «підтверджувальні», «спростовні» та «інтерпретаційні» [13, с. 37-38]. Наступною сходинкою у роботі з доказами є їх розподіл на прямі та непрямі. Це є важливим для подальшої побудови позиції по справі. Прямі докази – це докази, які однозначно вказують на наявність чи відсутність певних фактичних обставин приватноправового спору. Непрямі докази – це докази, які дають змогу зробити припущення про наявність чи відсутність певної обставини. Це докази, змістом яких є відомості про фрагментарні факти, які до предмета доказування не входять, однак через свій об'єктивний зв'язок із ними дають підстави для висновку про наявність чи відсутність досліджуваного приватноправового спору [12, с. 130-131]. Якщо якась обставина справи не підтверджується доказом, це є сигналом для адвоката щодо необхідності його встановлення, а отже, виникає потреба у зборі інформації адвокатом.

Аналіз нормативно-правової основи справи. Важливою стадією здійснення консультативної діяльності адвокатом є аналіз нормативно-правової основи справи. Пропоную під поняттям аналізу нормативно-правової основи справи як стадії консультативної діяльності адвоката розуміти діяльність адвоката, спрямовану на пошук норм, що регулюють спірні правовідносини, а також тлумачення цих норм.

Здійснюючи пошук норм, адвокат має дотримуватися таких правил.

1. Необхідно віднайти всі нормативно-правові акти, що регулюють спірні правовідносини.
2. Знайдені акти необхідно згрупувати за ієрархією.
3. Перевірити чинність знайдених нормативно-правових актів та актуальні зміни до них.
4. Необхідно узгодити часові межі дії нормативно-правових актів та обставин справи.

Також адвокату слід особливу увагу звертати на Постанови Пленуму Верховного суду України та Вищих судів, аналізувати сталу суддівську практику та практику Європейського Суду з прав людини. Аналіз судової практики дозволяє адвокату здійснити казуальне тлумачення норм права. Також це надає можливість адвокату здійснити прогноз імовірного подальшого розвитку спірних правовідносин, оскільки акти казуального тлумачення судів вищої інстанції можуть виступати для нижчих органів як зразки розуміння застосування закону. Нижчі інстанції завжди орієнтуються на практику тлумачення і застосування законів вищими органами і зазвичай слідують їй. Проте варто пам'ятати, що такий прецедент є лише зразком для наслідування, для правильного розуміння і застосування закону. Неприпустимо ґрунтувати позицію по справі, спираючись лише на рішення судів вищих інстанцій.

Формування правової позиції та консультація. Формування правової позиції у справі – важлива стадія консультування адвоката, адже вона є завершальною. Зрештою, саме задля вирішення свого конфлікту до адвоката і звертається клієнт. Ефективне представництво інтересів клієнта вимагає вироблення певної позиції, що буде найвигіднішою для клієнта. Вироблення позиції дозволяє помітити сильні і слабкі сторони захисту, виявляє необхідні докази для підсилення власної позиції чи послаблення опонентів, дозволяє більш ефективно використати правові норми. Перш ніж підійти до з'ясування особливостей формування правової позиції, необхідно з'ясувати суть цього поняття. Так, А. В. Гриньова вважає, що під правовою позицією слід розуміти оцінку правової реальності, та систему аргументів, що лежать в основі законотворчої, судової та іншої правозастосовчої діяльності [8, с. 9]. Томас Мое дотримується думки, що позиція у справі – це логічна і переконлива історія про те, що відбулося насправді [4, с. 455-498]. Л. Воскобітова визначає правову позицію як версію сторони щодо фактичних обставин справи та заявлених вимог, обгрунтованих даною версією [7, с. 220]. Для того, аби зрозуміти сутність поняття «правова позиція», варто виділити її ознаки. Зокрема, виділяють:

– -системність;
– -суб'єктивну зумовленість;
– -переконання як форму опосередкування інформації;
– -визначеність змісту позиції;
– завершеність і внутрішню несуперечність;
– стійкість.

Отже, формування позиції у справі можна визначити як заснований на всебічному аналізі правового матеріалу та фактичних обставин справи вибір юристом спільно з довірителем форми і способу захисту правомірного домагання довірителя.

Після вибору позиції у справі розпочинається завершальна сходинка стадії формування позиції, а саме формування стратегії та тактики подальшої поведінки клієнта. Звичайно, це залежить від того, який варіант вирішення спору обрав клієнт: позасудове врегулювання чи все ж звернення до суду. Якщо був вибраний позасудовий варіант врегулювання, то доцільно з'ясувати можливість зустрічі з протилежною стороною спору разом з адвокатом, проведення переговорів. У разі вибору судового вирішення варто обговорити, коли краще подавати позовну заяву до суду, в який суд звертатись, у разі продовження співпраці – підготувати позов. Важливо також наголосити клієнту, що у разі виникнення нових обставин у справі він повинен обов'язково повідомляти про це, адже це може вплинути на подальшу тактику ведення справи та способи реалізації заданого результату.

Висновки.

1. Консультування є складним комплексним явищем, що у своєму розвитку проходить такі стадії: підготовча; інтерв'ю (опитування); збір інформації та її подальший аналіз; аналіз обставин справи; аналіз нормативно-правової основи справи: матеріально-правова кваліфікація справи та процесуально-правова кваліфікація справи; формування правової позиції у справі, аналіз її переваг та недоліків; консультація (вироблення правової позиції по справі після обговорення з клієнтом).

2. Серед завдань консультування варто виділяти найбільш повний збір аналіз інформації щодо наявного правового конфлікту; аналіз отриманої інформації; матеріально-правову та процесуально-правову кваліфікацію обставин справи; визначення всіх можливих способів вирішення конфлікту; аналіз переваг та недоліків запропонованих варіантів розв'язання ситуації. Кожне із заначених завдань знаходить своє вирішення на конкретних стадіях консультування.

3. Підготовча стадія в процесі консультування – це стадія консультування, під час якої адвокат здійснює первинне ознайомлення з обставинами справи, знайомство з особою клієнта, організацію робочого простору.

4. Опитування як стадія консультування адвоката – це збір адвокатом інформації від клієнта (третіх осіб) з метою формування первинного бачення правової проблеми довірителя та отримання додаткової предметної інформації по суті спору.

5. Збір інформації адвокатом – це діяльність адвоката в ході здійснення консультативної діяльності, спрямована на встановлення обставин у справі та інформації, що їх підтверджує, шляхом додаткового опитування клієнта та третіх осіб, аналізу документів та їх витребування, використання інформації з відкритих джерел та/або відкритих реєстрів, використовуючи інструмент адвокатського запиту та іншими способами, не забороненими законом.

6. Аналіз фактичних обставин справи – це стадія консультативної роботи адвоката, що полягає у здійсненні правового аналізу фактів об'єктивної реальності, що становлять основу юридичного конфлікту, їх позиціонування та здійснення їх належного обґрунтування.

7. Формування позиції у справі можна визначити як заснований на всебічному аналізі правового матеріалу та фактичних обставин справи вибір юристом спільно з довірителем форми і способу захисту правомірного домагання довірителя.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 26.06.1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України Відомості Верховної Ради України. 2013 р. № 27. С. 1438. Ст. 282.
3. Правила адвокатської етики. URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2017-06-09-pravila-2017_596f00dda53cd.pdf]
4. Moet T. Trial Techniques. N. Y .: Little, Brown & Co., 1996: Chapter X. Trial Preparation and Strategy. P. 455-498.
5. Адвокатура України : у 2-х книгах: навчальний посібник / Фурса С.Я., Фурса Є.І., Біляневич В.Е., Щербак С.В. та ін.; за ред. С.Я. Фурси. Київ : Видавець Фурса С.Я.; КНТ.
6. Великий тлумачний словник сучасної української мови : понад 170 000 слів / уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. Ірпінь : Перун, 2004. 1440 с.
7. Воскобитова Л.А. (ред.) Адвокат: навыки профессионального мастерства. М.: Wolters Kluwer, 2006. 341 с.
8. Гриньова А. В. Поняття і види судових правових позицій (питання теорії): дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 9.
9. Зейкан Я., Сафулька С. Настільна книга адвоката в кримінальній справі. Консультаційна робота адвоката. К.: ВД Дакор, 2013. 576 с.
10. Краснейчук А. Управлінське консультування як різновид консультаційної діяльностів системі державного управління. Вісник НАДУ. 2007. № 1. С. 43-50.
11. Соціологія : словник термінів і понять / Є.А. Біленький, М.А. Козловець, І.В. Саух, В.О. Федоренко, А.А. Котвицький та ін. ; за ред. Є.А. Біленького, М.А. Козловця. Київ : Кондор, 2006. 372 с.
12. Фурса С.Я., Цюра Т.В. Докази і доказування у цивільному процесі : Науково-практичний посібник. Київ : КНТ, видавництво, 2005. 256 с.
13. Самолюк В. Юридична практика: основи ефективного консультування. Острог: Видавництво Нац. ун-ту "Острозька академія", 2005. 76 с.

Статья посвящена анализу консультирования адвокатом как сложного многокомпонентного явления. Автором сосредоточивается внимание на стадиях консультирования, отдельных научных подходах к их определению. Отдельное внимание посвящено определению каждой из исследованных стадий. В частности, представлены их авторские дефиниции и подходы к содержательному пониманию.

Ключевые слова: адвокатура, адвокатская деятельность, консультативная работа, консультирование, стадии консультирования.

The article is devoted to the analysis of counseling by an attorney as a complex multicomponent phenomenon. The author focuses on the stages of counseling, individual scientific approaches to their definition. Particular attention is devoted to the definitions of each of the stages studied. In particular, their author's definitions and approaches to meaningful understanding are provided.

Key words: advocacy, advocacy, advisory work, consulting, consultation stages.

УДК 347.965.6

Лариса Чекмарьова,
аспірант кафедри організації судових,
правоохоронних органів та адвокатури
Національного університету «Одеська юридична академія»

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ВИПЛАТИ СТРАХОВОГО ВІДШКОДУВАННЯ ЗА ДОГОВОРОМ СТРАХУВАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТА

Стаття присвячена дослідженню механізму виплати страхового відшкодування за договором страхування професійної відповідальності адвоката з огляду на особливий статус адвоката як суб'єкта страхування, аналіз підходів різних учених щодо позасудового (претензійного) та судового порядку виплати страхового відшкодування, а також формулюванню висновків і пропозицій, спрямованих на вдосконалення відповідного механізму.

Ключові слова: адвокат, адвокатська діяльність, страхування професійної відповідальності, страхування професійної відповідальності адвоката, страхове відшкодування, механізм виплати страхового відшкодування.

Постановка проблеми. Страхування професійної відповідальності адвоката натепер є одним із динамічних і перспективних видів страхування професійної відповідальності. Будь-яка країна світу, в якій здійснюється професійна та компетентна правнича допомога, має створити повноцінний механізм захисту майнових інтересів адвоката від претензій клієнтів та відшкодування шкоди, завданої у результаті ненадання або неналежного надання професійної правничої допомоги адвокатом. Страхування професійної відповідальності адвоката нині є дуже важливим та дієвим механізмом захисту як для адвокатської спільноти, так і для всього громадянського суспільства.

У зв'язку з тим, що в Україні немає чіткого закріплення в законодавстві такого виду страхування, як страхування професійної відповідальності адвоката, можна виділити декілька причин сучасної проблематики функціонування інституту страхування професійної відповідальності адвоката. По-перше, недостатній досвід здійснення цього виду страхування у страховиків, недостатнє законодавче врегулювання, відсутність правозастосовчої та судової практики, відсутність поінформованості адвокатської спільноти про можливість такого страхування тощо. По-друге, відсутність чіткого порядку встановлення факту страхового випадку, його обставин, визначення розміру страхової виплати. По-третє, відсутність чіткого механізму виплати страхового відшкодування за договором страхування професійної відповідальності адвоката в страхових компаніях. Якщо в інших видах страхування є такий механізм, то щодо страхування професійної відповідальності адвоката він відсутній. Спеціальні норми законодавства, які врегулювали би ці питання, відсутні. Порядок виплати страхового відшкодування за договором страхування професійної відповідальності адвоката можна здійснювати за методикою загального страхування, однак він має свої особливості. Тому для надання пропозицій щодо подальшого удосконалення механізму страхування професійної відповідальності адвоката необхідно більш детально розглянути порядок виплати страхового відшкодування за договором страхування професійної відповідальності адвоката.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Страхування професійної відповідальності адвоката розглядалися в наукових працях В. В. Заборовського, М. В. Кравченка, А. С. Михайлової, Д. В. Наумова, Н. О. Обловацької, С. Л. Сотникова та ін. Незважаючи на значний внесок згаданих авторів у дослідження окремих аспектів страхування професійної відповідальності адвоката, вимагають подальшого дослідження та вивчення питання механізму виплати страхового відшкодування за договором страхування професійної відповідальності адвоката.

Основна мета дослідження полягає в дослідженні механізму виплати страхового відшкодування за договором страхування професійної відповідальності адвоката, з огляду на особливий статус адвоката як суб'єкта страхування, та наданні пропозицій щодо його подальшого вдосконалення.

© Л. Чекмарьова, 2018

Виклад основного матеріалу. Останніми роками увага до проблеми розвитку страхування професійної відповідальності адвоката значно зросла. Науковцями та представниками адвокатської корпорації неодноразово зазначалося, що інститут страхування професійної відповідальності виступає одним із основних інструментів забезпечення державою гарантованих Конституцією прав громадян на захист їхніх прав, свобод і законних інтересів.

В Україні вже розпочалися нормотворчі процеси щодо розвитку страхування професійної відповідальності адвоката. Так, було розроблено Проект «Моделі страхування професійної відповідальності адвокатів в Україні», в якому зазначається, що страхування професійної відповідальності охоплює будь-яку діяльність у межах правничої професії, включаючи завдані клієнту чи третій стороні грошові збитки адвокатом через помилку або недбалість під час виконання професійних обов'язків. У Концепції страхування цивільної відповідальності правників надаються висновки та пропозиції щодо впровадження страхування цивільної відповідальності правників. Про необхідність впровадження страхування професійної відповідальності адвоката йдеться у Стратегії реформування судочинства, судоустрою та суміжних інститутів на 2015-2020 роки, яким запропоновано введення страхування професійної відповідальності адвокатів, однак лише абстрактно визначено, що підлягає страхуванню, без зазначення виду страхування, в якому воно повинно здійснюватися. Також у Верховній Раді України зареєстровано Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законів України (щодо обов'язкового страхування професійної відповідальності адвоката)» № 2298а від 06.07.2015, яким запропоновано впровадити інститут обов'язкового страхування майнової відповідальності адвокатів шляхом внесення відповідних змін та доповнень до Закону України «Про страхування» та Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [1].

Проведемо аналіз статистичних даних щодо прийнятих рішень Київської міської кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури (далі – КМКДКА) з грудня 2014 року по грудень 2015 року. Так, за вказаний період до КМКДКА надійшло 217 (100 %) скарг, із них 149 (68 %) скарг залишено без задоволення та відмовлено у порушені дисциплінарної справи, було закрито 11 (5 %) справ за скаргами, притягнуто до дисциплінарної відповідальності та застосовано дисциплінарне стягнення у виді попередження за 8-ма скаргами (3,6 %), притягнуто до дисциплінарної відповідальності та застосовано дисциплінарне стягнення у виді зупинення від 1 місяця до 1-го року – 2,3 %. Позбавлено права на заняття адвокатською діяльністю – 1,3 %. Із числа скарг, щодо яких було відмовлено в порушенні дисциплінарної справи, 71 (32 %) скарга була подана від правоохоронних органів, прокуратури та судів [2]. За змістом скарг основною підставою для звернення до КМКДКА було порушення адвокатами п. 3, 4, 5 ч. 2 ст. 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», тобто порушення правил адвокатської етики та невиконання або неналежне виконання адвокатом своїх професійних обов'язків, зокрема отримання оригіналів документів та гонорару, а в подальшому невиконання взятих зобов'язань та, як наслідок, порушення права клієнта на захист і не отримання кваліфікованої правової допомоги, а також підставою для застосування найсуворішого стягнення стало розголошення адвокатської таємниці та невиконання умов договору, в результаті чого було пропущено строк на оскарження рішення суду, чим було порушено право клієнта на захист.

Отже, як ми бачимо з аналізу практики діяльності КМКДКА, можна зробити висновок, що більшість скарг, що надходять до КДКА, пов'язані з невиконанням або неналежним виконанням адвокатами свої професійних обов'язків, зокрема, це скарги на отримання гонорару без надання правових послуг, надання їх не в повному обсязі або на неналежну якість останніх, завищення тарифу захисника тощо. Але претензії щодо повернення гонорарів або відшкодування майнової шкоди, завданої адвокатом, не є правовою компетенцією КДКА та не підлягають розгляду, а потребують додаткового звернення до суду в межах цивільного судочинства.

У Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» закріплено порядок притягнення адвокатів до відповідальності, але в зазначеному законі йдеться тільки про притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності, з чого можна зробити висновок, що притягнення адвоката можливе тільки до дисциплінарної відповідальності. У п. 22 ст. 92 Конституції України визначено такі види відповідальності: цивільно-правова, кримінальна, адміністративна і дисциплінарна. Тож під правовою категорією «інша відповідальність» в аспекті п. 14 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» слід розуміти цивільно-правову, адміністративну і дисциплінарну відповідальність.

Наглядним прикладом у частині заборони притягнення адвоката до інших видів відпо-

відальності може слугувати аналіз судового рішення дослідника М. В. Кравченка. Так, як зазначає дослідник, під час притягнення до відповідальності адвоката Д. було встановлено, що для отримання доказів він користувався недозволеними методами (стежив за відповідачем, фотографував його, вилучав документи) і, подаючи їх до суду, проявив недобросовісність, потім двічі не з'являвся до суду для представництва інтересів клієнта. Клієнт подав позов про стягнення заподіяних йому збитків неналежним виконанням зобов'язань за договором. Рішенням суду першої інстанції у задоволенні позову було відмовлено на тій підставі, що адвокати за ч. 5 ст. 10 Закону України «Про адвокатуру» не можуть бути притягнені до матеріальної відповідальності. Апеляційний суд це рішення суду відмінив як таке, що винесене з порушенням чинного законодавства, і направив на новий розгляд. Очевидно, що суд першої інстанції поширено витлумачив ч. 5 ст. 10 Закону України «Про адвокатуру» і застосував правило про недопустимість тиску на адвокатів під час здійснення ними професійної діяльності. Як вважає М. В. Кравченко, в цьому разі йдеться не про тиск на адвоката, а про застосування наслідків неналежного виконання ним своїх зобов'язань та учинення дій, які хоча й є доцільними, але не відповідають вимогам чинного законодавства [3, с. 26].

Про доцільність запровадження інституту страхування професійної відповідальності в Україні висловлюють свою думку і дослідники. Такі науковці, як С. В. Ківалов, Ю.Є. Полянський, В. В. Долежан та інші, підкреслюють, що подальші реформи мають включати удосконалення правового регулювання професійних прав та обов'язків адвокатів, соціально-економічних, фінансових та оперативних умов здійснення правової діяльності завдяки впровадженню системи страхування професійної цивільної відповідальності адвокатів, надання адвокатам права застосовувати спрощену систему оподаткування, обліку та звітності [4, с. 22]. Так, ідея запровадження страхування професійної відповідальності адвокатів є нагальною для України та полягає у розробці зручної системи, яка б охоплювала всіх адвокатів, базувалася на принципі рівності всіх учасників правовідносин, забезпечувала можливість підвищення професійних якостей адвокатів, надавала можливість ефективного розвитку ринку страхових послуг, сприяла впевненості клієнтів у якості адвокатських послуг [5, с. 27-28]. Водночас цей інститут покликаний мінімізувати й можливі негативні наслідки у професійній діяльності адвоката (щодо обов'язку відшкодувати заподіяну ним клієнту шкоду) [6, с. 196-197].

Отже, ми можемо зробити висновок, що страхування професійної відповідальності – досить перспективний вид страхування, однак, незважаючи на величезний потенціал, об'єктивні передумови та актуальність, таке страхування ще не отримало свого належного розвитку. Причиною є неналежний рівень законодавчої регламентації та наявність низки інших питань, від вирішення яких залежать як його перспективи, так і стабілізація результатів професійної діяльності в Україні. Зокрема, важливим питанням, яке потребує нагального вирішення, є механізм виплати страхового відшкодування.

У літературі часто обговорюється питання про те, яким чином має прийматися рішення про виплату страхового відшкодування. Чи повинен механізм виплати припускати обов'язкове проходження судової процедури щодо встановлення страхового випадку, або ж допустимо і позасудове врегулювання претензії? З огляду законодавства та наукової літератури випливає, що є позасудовий (претензійний) та судовий порядок виплати страхового відшкодування. Виплата страхового відшкодування проводиться страховиком у претензійному порядку у разі відсутності спору між адвокатом (страхувальником) та клієнтом (третьою особою) про відшкодування заподіяної адвокатом шкоди. Судовий порядок виплати страхового відшкодування передбачає виплату страхового відшкодування на підставі рішення суду, що вступило в законну силу, про визнання права вимоги клієнта до адвоката про відшкодування шкоди внаслідок невиконання або неналежного виконання ним своїх професійних обов'язків.

На думку С. Л. Сотникова, для особи, яка здійснює професійну діяльність, найбільший інтерес становить саме позасудовий порядок притягнення до відповідальності, оскільки він дозволяє прийти до певних компромісів, домовленостей між сторонами про порядок і строки відшкодування збитків, розмір компенсації і т. д. Крім того, позасудовий порядок дозволяє уникати розголосу непрофесійних дій особи, яка здійснює ту чи іншу діяльність [7, с. 22]. А ось І. Г. Щевцова зазначає, що такі справи є найбільш конфліктними, заснованими більше на «почуттях» потерпілих, а не на дійсному матеріальному збитку, і тому сторони в претензійному порядку рідко доходять згоди про розмір страхової виплати. Як правило, неминучий судовий процес. Тож у разі оспорювання або адвокатом, або ж клієнтом як факту заподіяння шкоди, так і її розміру, таке питання має вирішуватися виключно судом [8, с. 54].

Вирішення питання про виплату страхового відшкодування в судовому порядку здійснюється за законодавством більшості країн, зокрема, особливістю страхової випла-

ти за французьким законодавством є виплата за рішенням суду та розгляд справи саме спеціалізованою палатою суду. Судовий порядок передбачено і законодавством Федеративної Республіки Німеччини.

На нашу думку, заслуговує на увагу механізм виплати страхового відшкодування за законодавством США. У штаті Орегон, наприклад, для цих цілей функціонує спеціальний орган (комітет), у штат якого входять кілька адвокатів, які ведуть прийом скарг від клієнтів на непрофесійні дії адвокатів і з'ясовують обставини того, що сталося. Після проведення співбесіди зі сторонами спору (клієнтом і його адвокатом) у справі може бути прийнято рішення про те, що претензія клієнта буде розглянута в позасудовому порядку і страхове відшкодування сплачене до звернення в суд, а може бути прийнято рішення про розгляд спору між клієнтом і адвокатом у суді, наприклад, якщо претензія клієнта не обґрунтована або клієнт вимагає занадто велику суму в якості компенсації [9, с. 29].

У літературі наводяться різні думки про те, якою має бути процедура претензійного врегулювання спору про настання страхового випадку. Пропонується, наприклад, коли йдеться про притягнення до відповідальності адвокатів, щоб колегія адвокатів або спеціальна комісія, що складається з професійних адвокатів, встановлювала факти професійних помилок у діях адвоката. Дійсно, мабуть, ніхто, крім професійних адвокатів, не може дати більш правильної оцінки, яким чином була надана правова допомога, і в запропонованому варіанті є раціональне зерно. Однак зміст таких комісій або оплата їхніх послуг може значно збільшувати збитки, пов'язані з настанням страхового випадку. З огляду на те, що кількість страхових випадків у досліджуваному виді страхування не така велика, видається, що для претензійного врегулювання спору досить формування комісій «ad hoc» (для розгляду конкретного спору) за участю страховика, страхувальника та вигодонабувача (особи, якій неякісно надана професійна правнича допомога) [7, с. 182].

З вищезазначеного можна зробити висновок, що виплату страхового відшкодування необхідно здійснювати в претензійному порядку та рішення органів адвокатського самоврядування буде досить для страховика, щоб визначити момент настання або ненастання страхового випадку у разі страхування адвокатом своєї професійної відповідальності. З цією точкою зору важко погодитися, оскільки претензії щодо відшкодування майнової шкоди, завданої адвокатом, не є правовою компетенцією кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури регіону (далі – КДКА) та не підлягають розгляду, а потребують додаткового звернення до суду в межах цивільного судочинства. Погоджуємося з Г. К. Шаровим, що таке рішення має для адвоката скоріше рекомендаційний, ніж обов'язковий характер, оскільки зобов'язати адвоката відшкодувати збитки, заподіяні клієнту, має право тільки суд [10, с. 21].

Також противником зазначеного підходу є російський дослідник Н. Ф. Качур. Вона зазначає, що у разі вирішення виниклого спору про виплату страхового відшкодування в Російській Федерації колегії адвокатів члени даної колегії змушені будуть аналізувати діяльність своїх колег на наявність «помилок» (невиконання чи неналежного виконання адвокатом своїх професійних обов'язків). Це, безсумнівно, позначиться на морально-психологічному кліматі в адвокатському співтоваристві. Судове ж рішення, наприклад, про визнання права вимоги довірителя від адвоката відшкодування шкоди внаслідок неякісного надання ним своїх послуг, буде обов'язковим і для страховиків [11, с. 59]. А ось у США коментарі найбільш досвідчених адвокатів з приводу помилок їхніх колег – річ цілком звичайна. Це й не дивно з огляду на закріплену в ABA MRPC (Професійних стандартах Американської асоціації юристів) вимогу повідомляти в BAR про всі випадки професійних проступків (misconduct) адвокатів [12, с. 47].

Ми є прихильниками другого підходу, представниками якого є В. В. Заборовський та Р. Г. Мельниченко. Так, В. В. Заборовський зазначає, що діяльність КДКА регіону в цьому разі має обмежуватися встановленням факту невиконання або ж неналежного виконання адвокатом своїх професійних обов'язків та притягненням його до дисциплінарної відповідальності, але в жодному разі не має стосуватися питання щодо визначення розміру цивільно-правової відповідальності адвоката [6, с. 138-139]. Цієї точки зору дотримується і Р. Г. Мельниченко. Як слушно він зазначає, саме спеціальна комісія адвокатів (він визначає її як кваліфікаційну комісію), керуючись мінімальними стандартами якості адвокатських послуг, може винести рішення про належне чи неналежне виконання адвокатом своїх професійних обов'язків. Це рішення, будучи преюдиціальним, має лягти в основу рішення суду по цивільній справі. Суду залишиться тільки визначити розмір збитку, що підлягає виплаті потерпілому клієнту [13, с. 112].

Виплата страхового відшкодування за договором страхування професійної відповідальності адвоката може здійснюватися в позасудовому (претензійному) та судовому порядку. Для врегулювання питання про виплату страхового відшкодування пропо-

нуємо за досвідом США створити при кваліфікаційній палаті кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури регіону спеціальний комітет, до складу якого будуть входити адвокати із членів кваліфікаційної палати. Члени цього комітету прийматимуть скарги від клієнтів на невиконання чи неналежне виконання адвокатом своїх професійних обов'язків, збиратимуть усю необхідну інформацію по справі. Після з'ясування обставин справи члени комітету проводять співбесіду з адвокатом та клієнтом по справі. Якщо сторони погоджуються з претензією та розміром відшкодування, вони звертаються з відповідною заявою до страхової компанії про виплату. У такому разі відбудеться досягнення результату, що влаштовує обидві сторони, збереження взаємовідносин між сторонами, економія часу і грошей сторін, зниження навантаження на судову систему.

Якщо претензія клієнта не обґрунтована або клієнт вимагає занадто велику суму в якості компенсації, справа передається на розгляд кваліфікаційній палаті КДКА регіону. До КДКА регіону надходять заяви (скарги) від клієнтів на невиконання або неналежне виконання адвокатом своїх професійних обов'язків, після розгляду яких приймається рішення про притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності і застосування до нього дисциплінарного стягнення або про закриття дисциплінарної справи. У разі застосування до адвоката дисциплінарного стягнення, КДКА встановлює факт невиконання або ж неналежного виконання адвокатом своїх професійних обов'язків та вирішує питання про притягнення його до дисциплінарної відповідальності.

Рішення про застосування до адвоката дисциплінарного стягнення має бути враховане під час розгляду справи як доказ невиконання або ж неналежного виконання адвокатом своїх професійних обов'язків. Перед судом постає питання тільки про розмір страхової виплати, судове рішення буде обов'язковим для страховиків.

Висновки.

Пропонуємо створити при кваліфікаційній палаті кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури регіону спеціальний комітет, до складу якого будуть входити адвокати із членів кваліфікаційної палати для врегулювання питання позасудового порядку виплати страхового відшкодування. Якщо сторони не дійшли згоди та звернулися до суду, прийняте рішення КДКА регіону про застосування до адвоката дисциплінарного стягнення має бути враховане під час розгляду справи як доказ невиконання або ж неналежного виконання адвокатом своїх професійних обов'язків. Судове ж рішення про визнання права вимоги клієнта до адвоката про відшкодування шкоди внаслідок невиконання або ж неналежного виконання адвокатом своїх професійних обов'язків буде обов'язковим для страховиків.

Список використаних джерел:

1. Світличний О. Страхування професійної відповідальності адвокатів в Україні. Юридична газета. 2017. URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/strahuvannya-profesiynoyi-vidpovidalnosti-advokativ-v-ukrayini.html

2. Статистична звітність Київської міської кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури за період діяльності з грудня 2014 року по грудень 2015 року. URL: https://kmkdka.com/novini/365

3. Кравченко М.В. Відповідальність адвокатів за порушення зобов'язань за договорами про надання правової допомоги: дис. ... кан. юр. наук. Запоріжжя, 2016. 227 с.

4. Ківалов С.В., Полянський Ю.Є., Долежан В.В., Бакаянова Н.М., Свида О.Г. Реформування судової влади та суміжних інститутів в Україні. Наукові праці НУ ОЮА. 2015. С. 5-24.

5. Обловацька Н.О. Страхування професійної відповідальності адвокатів України. Наука і практика. 2010. № 9. С. 25-28.

6. Заборовський В.В. Страхування цивільно-правової відповідальності адвокатів в Україні: обов'язкове чи добровільне. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2017. Вип. 43. Т. 2. С. 194-198.

7. Сотников С.Л. Страхование профессиональной ответственности: дис. ... кан. юр. наук. Красноярск, 2010. 231 с.

8. Щевцова И.Г. Страхование профессиональной ответственности адвоката на примере добровольных правил страхования. Вестник Адвокатской палаты Иркутской области. 2006. № 10. С. 51-54.

9. Стрэнг Р. Практика страхования профессиональной ответственности адвокатов в США. Вестник Адвокатской палаты Иркутской области. 2006. № 10. С. 28-30.

10. Шаров Г.К. Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» о страховании риска ответственности адвоката. Адвокат. 2004. № 12. С. 21–27.

11. Качур Н.Ф. О некоторых аспектах страхования профессиональной ответственности адвокатов. Вестник Адвокатской палаты Иркутской области. 2006. № 10. С. 55-59.

12. Кратенко М.В. Перспективы страхования профессиональной ответственности адвокатов в России. Вестник Адвокатской палаты Иркутской области. 2006. № 10. С. 46-50.

13. Мельниченко Р.Г. Профессиональная ответственность адвоката: монография. Волгоград, ЗАОр «НПП «Джангар»», 2010. 168 с.

Статья посвящена исследованию механизма выплаты страхового возмещения по договору страхования профессиональной ответственности адвоката с учетом особого статуса адвоката как субъекта страхования, анализа подходов разных ученых по поводу внесудебного (претензионного) и судебного порядка выплаты страхового возмещения, а также формулировке выводов и предложений, направленных на совершенствование соответствующего механизма.

Ключевые слова: адвокат, адвокатская деятельность, страхование профессиональной ответственности, страхование профессиональной ответственности адвоката, страховое возмещение, механизм выплаты страхового возмещения.

The article is devoted to the investigation of the mechanism of payment of insurance indemnity under the insurance contract of professional liability of an attorney, taking into account the special status of the advocate, as the subject of insurance, to the analysis of the approaches of different scholars concerning out-of-court (claimable) and court order of insurance indemnity insurance, as well as the formulation of conclusions and proposals aimed at improvement of the mechanism.

Key words: attorney, practice of law, insurance of professional discipline, insurance of professional discipline of attorney, insurance compensation, mechanism of payment of insurance compensation.

УДК 342.9

Олена Калашнікова,
здобувач Київського міжнародного університету

МІЖНАРОДНІ ДОГОВОРИ УКРАЇНИ В СИСТЕМІ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ ТА ІНФОРМАЦІЙНИХ РЕСУРСІВ У МИТНІЙ СПРАВІ

У статті розглянуто основні міжнародні договори України в системі нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі. Наголошено, що міжнародні договори України слід розглядати як один із провідних структурних елементів системи нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі.

Ключові слова: договір, міжнародний договір, система, нормативно-правове-регулювання, інформаційні технології, інформаційні ресурси, митна справа.

Постановка проблеми. Як одну з головних особливостей суспільних відносин із приводу використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі слід розглядати те, що вони виникають і знаходять свій розвиток не тільки в межах нашої держави, а й на міжнародній арені. Саме тому провідне місце в системі нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі будуть посідати міжнародні договори України. Більш того, такі договори відповідно до ст. 9 Основного Закону України слід розглядати як складову частину національного законодавства. Як цілком справедливо з цього приводу зауважує В. О. Гергелійник, у такому разі міжнародні договори, як і всі інші норми права конкретної держави, повинні органічно вписуватися в правову систему та не суперечити конституційним положенням [1, с. 104]. Наведене зумовлює необхідність проведення аналізу міжнародних договорів України в системі нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі.

Стан дослідження. Окремі питання нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі розглядали: С. І. Денисенко, І. Г. Бережнюк, М. І. Смокович, В. О. Гергелійник, Ю. Ф. Кравченко, В. М. Плішкін, О. В. Кохановська, О. Г. Марценюк, М. М. Хміль та багато інших. Однак науковцями не досить уваги приділялось проблемі визначення місця та ролі міжнародних договорів України в системі нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі

Саме тому **мета статті** – визначити місце і роль міжнародних договорів України в системі нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі.

Виклад основного матеріалу. Натепер можна назвати значну кількість міжнародних договорів України, які входять до складу системи нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі. Аналіз їх усіх вимагав би проведення не одного комплексного наукового дослідження. А тому проаналізуємо лише основні з них. При цьому такий аналіз буде здійснено нами з урахуванням назви окремо взятого міжнародного договору як структурного елемента системи нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі.

Так, як один із провідних видів міжнародних договорів, відповідно до положень яких здійснюється нормативно-правове регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі, слід розглядати конвенції. Роз-

© О. Калашнікова, 2018

глядаючи конвенції як структурні елементи системи нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі, насамперед слід згадати Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року [2]. Цей міжнародний правовий акт було ратифіковано Україною шляхом прийняття Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 року [3]. Як зауважує М. І. Смокович, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод посідає особливе місце серед нормативно-правових актів у галузі прав людини, оскільки передбачає унікальний інститут контролю за дотриманням державами її вимог – Європейський суд з прав людини [4, с. 153]. У такому разі значення наведеної Конвенції щодо здійснення нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі буде полягати у закріпленні додаткових гарантій захисту прав суб'єктів таких правовідносин. Задля цього було прийнято Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року, який регулює відносини, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконати рішення Європейського суду з прав людини у справах проти України, а також необхідністю усунення причин порушення Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і протоколів до неї та впровадженням в українське судочинство й адміністративну практику європейських стандартів прав людини [5]. Окрім цього, положення вищенаведеного міжнародного правового акта закріплюють право кожного на свободу вираження поглядів, яке має тісний зв'язок з інформаційними відносинами. Зокрема, це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати та передавати інформацію й ідеї без втручання органів державної влади та незалежно від кордонів. Однак здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками та відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету та безсторонності суду [2]. І хоча в положеннях вищенаведеного міжнародного договору України безпосередньо не йдеться про використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі, в ній закріпленні важливі приписи щодо охорони й захисту основоположних прав і свобод людини, окремі з яких знаходять свій прояв у межах інформаційних правовідносин, що має свій визначальний вплив не тільки на вітчизняне правове поле, а й на весь європейський простір.

Окрім цього, можна виділити й ряд конвенцій, дія яких спрямована на безпосереднє врегулювання суспільних відносин щодо здійснення митної справи, в тому числі використання під час її здійснення інформаційних технологій та інформаційних ресурсів. Так, Митна Конвенція про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП 1975 року (Конвенція МДП) від 14 листопада 1975 року була прийнята задля врегулювання міжнародних перевезень вантажів дорожніми транспортними засобами [6]. Україна взяла участь у даній Конвенції, визнала для себе обов'язковими її положення шляхом прийняття Закону України «Про участь України у Митній конвенції про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенції МДП 1975 року)» від 15 липня 1994 року [7]. Цим міжнародним правовим актом передбачено здійснення операцій МДП, що означає перевезення вантажу від митниці місця відправлення до митниці місця призначення з дотриманням так званої процедури МДП. У межах цієї операції на кожен транспортний засіб або контейнер складається одна книжка МДП [6]. Книжка МДП (Carnet TIR) являє собою документ митного транзиту, що використовується для підтвердження існування міжнародної гарантії сплати митних податків на товари, що переміщуються відповідно до процедури МДП, в межах сум, встановлених національним законодавством і затверджених IRU, на умовах передбачених Конвенцією МДП [8, с. 351]. Зазначимо, що в наведеному випадку категорія «IRU» вживається як скорочення від International Road Transport Union, тобто Міжнародний союз автомобільного транспорту (МСАТ), головна мета функціонування якого – захист інтересів галузі вантажного та пасажирського автомобільного транспорту, організація та сприяння міжнародному співробітництву в інтересах гармонійного та сталого розвитку світової економіки в цілому [9, с. 133].

Відомості про проведене оформлення книжки МДП наповнюють відповідні інформаційні системи, які використовуються в мит-

ній справі. Зокрема, відповідно до листа Державної митної служби України «Про надання роз'яснень щодо оформлення книжки МДП» від 30 липня 2004 року № 25/2-9-19/9485-ЕП відомості про проведене оформлення книжки МДП у строк, що не перевищує однієї доби з моменту оформлення, вносяться митницею до реєстру книжок МДП в ЄАІС Держмитслужби України [10]. Більш детально порядок ведення даної інформаційної технології, використання в її межах інформаційних ресурсів регламентовано на рівні значної кількості адміністративних актів, прийнятих органами доходів і зборів України.

Окреме місце в системі нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі серед досліджуваної групи міжнародних договорів України посідають ті, дія яких спрямована на врегулювання питань щодо здійснення взаємодопомоги. Так, Міжнародною конвенцією про взаємну адміністративну допомогу у відверненні, розслідуванні та припиненні порушень митного законодавства від 9 червня 1977 року встановлено, що протидія порушенням митного законодавства може бути ефективнішою за умови співробітництва між митними адміністраціями, а також те, що таке співробітництво є однією з цілей даної Конвенції [11]. Положення даного нормативно-правового акта було визнано шляхом видання Указу Президента України «Про приєднання України до Міжнародної конвенції про взаємну адміністративну допомогу у відверненні, розслідуванні та припиненні порушень митного законодавства та додатків I, II, III, V, VI, VII, VIII до неї» від 23 травня 2000 року № 699/2000 [12]. У Конвенції встановлено, що обмін інформацією між Договірними Сторонами здійснюється безпосередньо через їх митні адміністрації. При цьому митні адміністрації Договірних Сторін визначають підрозділи або осіб, відповідальних за обмін інформацією, і повідомляють Генеральному Секретарю Ради назви/імена й адреси таких підрозділів або осіб. Генеральний Секретар надає цю інформацію іншим Договірним Сторонам [11]. До даної групи міжнародних правових актів як структурних елементів системи нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів також слід віднести Міжнародну конвенцію про адміністративну взаємодопомогу у сфері митних відносин від 27 червня 2003 року, яка встановлює засади обміну інформацією в тому числі в автоматичному режимі задля правильного застосування митного законодавства, а також недопущення, розслідування та припинення митних правопорушень та для убезпечення міжнародної системи постачання товарів. У Конвенції встановлено, що така інформація вноситься до захищеної централізованої автоматизованої інформаційної системи для митних цілей [13].

Окрім вищенаведених, серед конвенцій як міжнародних договорів України в системі нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі слід назвати такі: Конвенція про створення Ради Митного Співробітництва від 15 грудня 1950 року, яку було визнано Постановою Верховної Ради України «Про приєднання України до Конвенції про створення Ради Митного Співробітництва 1950 року» від 19 червня 1992 року; Митна конвенція, що стосується контейнерів, 1972 року від 2 грудня 1972 року, яка визнана Україною шляхом видання Указу Президії Верховної Ради Української РСР «Про ратифікацію Митної конвенції, що стосується контейнерів, 1972 року» від 26 липня 1976 року; Митна конвенція про тимчасове ввезення приватних дорожніх перевізних засобів від 4 червня 1954 року; Конвенція про процедуру міжнародного митного транзиту під час перевезення вантажів залізничним транспортом із застосуванням накладної УМВС від 9 лютого 2006 року; Міжнародна конвенція щодо співробітництва у галузі безпеки аеронавігації «Євроконтроль» від 13 грудня 1960 року, яку Україна визнала, прийнявши Закон України «Про приєднання України до Міжнародної конвенції щодо співробітництва у галузі безпеки аеронавігації «Євроконтроль» від 26 листопада 2003; та багато інших.

Отже, конвенція являє собою одну з основних форм міжнародного договору України як структурного елемента системи нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі. При цьому, окрім конвенцій, як міжнародні договори України, якими регулюється досліджувана сфера суспільних відносин, слід розглядати міжнародні угоди. Так, провідне місце в системі нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі посідає Генеральна угода з тарифів і торгівлі (ГАТТ 1947) від 30 жовтня 1947 року, яка визначає, що відносини у сфері торгівлі й економічної діяльності повинні бути спрямовані на підвищення рівня життя, забезпечення повної зайнятості та значного і постійного зростання реального доходу й ефективного попиту, повне використання світових ресурсів і розширення виробництва й обміну това-

рів [14]. Ця міжнародна угода була укладена задля відновлення економіки після Другої світової війни й протягом майже 50 років фактично виконувала функції міжнародної організації, яка нині є Світовою організацією торгівлі [8, с. 149] (укр. – СОТ; англ. – World Trade Organization; WTO). При цьому міжнародними правовими підвалинами заснування СОТ стало прийняття Генеральної угоди про тарифи й торгівлю 1994 року від 15 квітня 1994 року (ГАТТ 1994), яка складалася з ГАТТ 1947 та низки інших міжнародних домовленостей [15]. Як зауважує С. І. Денисенко, який досліджував міжнародно-правові стандарти спрощення та гармонізації митних процедур у сфері міжнародної торгівлі, практично всі митні питання щодо спрощення та гармонізації митних процедур, якими займається СОТ, урегульовані саме ГАТТ 1994 року [16, с. 117]. Більш того, прийняття наведених міжнародних актів розцінюється як найважливіший крок на шляху встановлення єдиної митної вартості товарів.

Окрім наведених міжнародних договорів України, серед угод як структурних елементів системи нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі слід назвати такі: Угода про передвідвантажувальну інспекцію від 15 квітня 1994 року; Угода про технічні бар'єри в торгівлі від 15 квітня 1994 року; Угода про технічні бар'єри в зоні вільної торгівлі від 20 червня 2000 року; Угода про Правила визначення походження товарів країн, що розвиваються, при наданні тарифних преференцій у рамках Загальної системи преференцій від 12 квітня 1996 року; Європейська Угода про міжнародне перевезення небезпечних вантажів внутрішніми водними шляхами (ВОПНВ) від 26 травня 2000 року; Угода про процедури ліцензування імпорту від 15 квітня 2004 року; Угода про правила визначення походження від 15 квітня 1994 року; Угода про захисні заходи від 15 квітня 1994 року; Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15 квітня 1994 року та багато інших.

Висновок.

Таким чином, міжнародні договори України слід розглядати як один із провідних структурних елементів системи нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі. У такому разі їх сутність може бути розкрита як сукупність міжнародних правових актів, які були укладені й/або визнані обов'язковими у встановленому законодавством порядку Україною з іншими суб'єктами міжнародного права задля врегулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі. Значення міжнародних договорів України як структурних елементів системи нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі зумовлено тим, що їхня дія спрямована на: 1) встановлення міжнародних засад здійснення митної справи та використання в її межах інформаційних технологій та інформаційних ресурсів; 2) врегулювання правовідносин, що виникають у зв'язку з використанням інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі в окремо взятому напрямі або декількох споріднених напрямах; 3) визначення правових стандартів, зокрема обміну інформацією між сторонами таких відносин. Роль міжнародних договорів України щодо здійснення ними нормативно-правового регулювання використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів у митній справі важко переоцінити, оскільки саме на їх рівні закріплюються визнані світовою практикою стандарти даної діяльності. А тому все інше вітчизняне законодавство, що регламентує досліджувану сферу суспільних відносин, повинно якомога більше бути пристосовано до таких міжнародних стандартів.

Список використаних джерел:

1. Гергелійник В. О. Правові проблеми становлення та функціонування конституційної юстиції України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. К, 1999. 203 с.

2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : міжнародний документ від 4 лист. 1950 р. Офіційний вісник України. 1998. № 13. С. 270.

3. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України від 17 лип 1997 р. № 475/97-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1997. № 40. Ст. 263.

4. Смокович М. І. Правове регулювання розгляду виборчих спорів: теоретичний і практичний аспекти : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2014. 576 с.

5. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 30. Ст. 260.

6. Митна Конвенція про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенція МДП) 1975 року : міжнародний документ від 14 лист. 1975 р. Офіційний вісник України. 2007. № 3. Ст. 138.

7. Про участь України у Митній конвенції про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенції МДП 1975 року) : Закон України від 15 лип. 1994 р. № 117/94-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 33. Ст. 307.

8. Митна енциклопедія : у 2-х томах. Т. 1 / редкол.: І.Г. Бережнюк (відп. ред.) та ін. Хмельницький : ПП Мельник А.А., 2013. 472 с.

9. Митна енциклопедія : у 2-х томах. Т. 2 / редкол.: І.Г. Бережнюк (відп. ред.) та ін. Хмельницький : ПП Мельник А.А., 2013. 536 с.

10. Про надання роз'яснень щодо оформлення книжки МДП : лист Державної митної служби України від 30 лип. 2004 р. № 25/2-9-19/9485-ЕП. Митний брокер. 2004. № 9.

11. Міжнародна конвенція про взаємну адміністративну допомогу у відверненні, розслідуванні та припиненні порушень митного законодавства : міжнародний документ від 9 черв. 1977 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_926

12. Про приєднання України до Міжнародної конвенції про взаємну адміністративну допомогу у відверненні, розслідуванні та припиненні порушень митного законодавства та додатків I, II, III, V, VI, VII, VIII до неї : Указ Президента України від 23 трав. 2000 р. № 699/2000. Офіційний вісник України. 2000. № 21. Ст. 855.

13. Міжнародна конвенція про адміністративну взаємодопомогу у сфері митних відносин : міжнародний документ від 27 черв. 2003 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/976_011

14. Генеральна угода з тарифів і торгівлі (ГАТТ 1947) : міжнародний документ від 30 жовт. 1947 р. Українська інвестиційна газета. 2006. № 29.

15. Генеральна угода про тарифи й торгівлю 1994 року : міжнародний документ від 15 квіт. 1994 р. Офіційний вісник України. 2010. № 84. Ст. 2989.

16. Денисенко С. І. Міжнародно-правові стандарти спрощення та гармонізації митних процедур у сфері міжнародної торгівлі : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11. Одеса, 2015. 287 с.

В статье рассмотрены основные международные договоры Украины в системе нормативно-правового регулирования использования информационных технологий и информационных ресурсов по таможенному делу. Отмечено, что международные договоры Украины следует рассматривать в качестве одного из ведущих структурных элементов системы нормативно-правового регулирования использования информационных технологий и информационных ресурсов по таможенному делу.

Ключевые слова: договор, международный договор, система, нормативно-правовое регулирование, информационные технологии, информационные ресурсы, таможенное дело.

The article deals with the main international treaties of Ukraine in the system of regulatory and legal regulation of the use of information technologies and information resources in the customs field. It was emphasized that international treaties of Ukraine should be considered as one of the leading structural elements of the regulatory framework for the use of information technologies and information resources in the customs field.

Key words: contract, international agreement, system, normative-legal-regulation, information technologies, information resources, customs.

УДК 349.7(477+100)«20»

Ігор Троцько,
аспірант кафедри міжнародного права
Львівського національного університету імені Івана Франка

ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРУ ПРО НЕРОЗПОВСЮДЖЕННЯ ЯДЕРНОЇ ЗБРОЇ ВІД 1968 РОКУ

Стаття присвячена дослідженню особливостей нерозповсюдження ядерної зброї згідно з Договором про нерозповсюдження ядерної зброї від 1968 року. Хронологічно аналізуються норми цього Договору в міжнародно-правовому аспекті, робляться самостійні висновки на підставі творчого підходу. Досліджуються наукові думки окремих вчених щодо розуміння проблемних питань у сфері нерозповсюдження ядерної зброї. Встановлюються окремі особливості нерозповсюдження ядерної зброї згідно з Договором від 1968 року .

Ключові слова: ядерна зброя, міжнародна безпека, безпека держави, міжнародний правовий режим, міжнародний договір, міжнародні санкції, міжнародна відповідальність.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Актуальність вибраної теми наукової статті бачиться насамперед в тому, що в сучасних глобалізаційних умовах розвитку суспільства загрози застосування ядерної зброї постійно зростають. А тому дослідження особливостей нерозповсюдження ядерної зброї згідно з Договором про нерозповсюдження ядерної зброї від 1968 року є нагальною потребою, особливо в контексті наявного ефективного правового регулятора, яким і є Договір від 1968 року.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми, виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. Проблеми нерозповсюдження ядерної зброї згідно з Договором про нерозповсюдження ядерної зброї від 1968 року у вітчизняній науці практично не досліджувались. Однак у зарубіжній науці є ряд наукових робіт ([2], [3], [4], [6], [7], [12]) на цю тему, однак вони більшою мірою стосуються загальнотеоретичних проблем у цій сфері.

Формування цілей статті (постановка завдання). Основною ціллю статті є встановлення особливостей нерозповсюдження ядерної зброї згідно з Договором про нерозповсюдження ядерної зброї від 1968 року.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Насамперед наголосимо на тому, що в Договорі про нерозповсюдження ядерної зброї (ДНЯЗ) [1] не лише містяться основні положення міжнародно-правового режиму про нерозповсюдження ядерної зброї, але й те, що це ключовий договір у сфері міжнародної безпеки, метою якого є зміцнення миру і безпеки держав, ускладнення можливості розв'язання ядерної війни, хоча й у ньому не прописана можливість ліквідування ядерної зброї, що належала державам «ядерного клубу», та все ж по можливості наближає вирішення цього завдання [2, с. 149].

ДНЯЗ був укладений Генеральною Асамблеєю ООН на XXII сесії 12 червня 1968 р. і відкритий для підписання 1 липня 1968 р. у столицях трьох держав-депозитаріїв: Москві, Вашингтоні й Лондоні, а вже з 5 березня 1970 р. Договір набув чинності.

Особливістю ДНЯЗ є те, що це наймасштабніша угода у цій сфері. До неї приєдналося майже 200 держав, включаючи п'ять держав, що офіційно володіють ядерною зброєю. Отже, за кількістю учасників ДНЯЗ від 1968 р. є багатостороннім договором.

Разом із тим угода – це відкритий міжнародний договір, що засвідчено п.1 ст. IX, у якому говориться, що цей Договір відкритий для підписання його всіма державами й будь-яка держава може приєднатися до нього в будь-який час. Відкритість Договору також засвідчена й п. 2 ст. IX ДНЯЗ, що засновує інститут потрійного депозитарію Договору із урядів США, СРСР і Великобританії, яким необхідно здавати на зберігання ратифікаційні грамоти й документи про приєднання. Крім цього ДНЯЗ є універсальним міжнародним договором через те, що його учасники репрезентують як якісні, так і кількісні критерії [3, с. 50], тобто ДНЯЗ є багатостороннім, загальним, відкритим, універсальним міжнародно-правовим договором.

© І. Троцько, 2018

ДНЯЗ від 1968 р. укладений з метою запобігання поширенню ядерної зброї серед держав, які нею не володіють. Мета досягається шляхом включення в ДНЯЗ: «... всеосяжної формули заборони на поширення ядерної зброї, що позбавляє можливості яких-небудь лазівок, використовуючи які, та або інша ядерна або неядерна держава-учасниця договору могла б змінити зміст встановлюваної в договорі норми під видом її тлумачення для фактичного обходу заборони на поширення ядерної зброї» [4, с. 55]. Об'єктом Договору є нерозповсюдження ядерної зброї, що здійснюється за допомогою утримування держав від дій, що сприяють придбанню неядерними державами ядерної зброї.

ДНЯЗ складається з преамбули й одинадцяти статей. У преамбулі схарактеризовані значення й наслідки вирішення проблеми нерозповсюдження ядерної зброї. Зокрема, зауважено, що блага застосування ядерної енергії в мирних цілях мають бути доступні всім учасникам цього Договору, а також звернено увагу на шлях подальшого прогресу в ядерному роззброюванні, водночас підкреслена можливість і необхідність постійного просування вперед у цій життєво важливій справі, а також подані загальні положення про мотиви, що спонукали його учасників укласти Договір.

Основні зобов'язання ядерних держав закріплені у ст. I ДНЯЗ від 1968 р. [1], наприклад, говориться, що «... кожна з держав-учасниць цього Договору, що володіє ядерною зброєю, зобов'язується не передавати кому б то не було ядерну зброю або інші ядерні вибухові пристрої, а також контроль над такою зброєю або вибуховими пристроями ні прямо, ні побічно; так само, як і жодним чином не допомагати, не заохочувати й не спонукувати яку-небудь державу, що не володіє ядерною зброєю, до виробництва або до придбання яким-небудь іншим способом ядерної зброї або інших ядерних вибухових пристроїв, а також контролю над такою зброєю або вибуховими пристроями».

Важливим є п. 3 ст. IX ДНЯЗ, згідно з яким державою, що володіє ядерною зброєю, є держава, що зробила або підірвала ядерну зброю або інший ядерний вибуховий пристрій до 1 січня 1967 року.

Особливістю є те, що ця стаття зобов'язує ядерні держави не тільки не передавати саму ядерну зброю, але й здійснювати контроль над нею. Водночас вчені акцентують особливу увагу на формулюванні «ні прямо, ні побічно, так само як і жодним чином», що означає, що передання ядерної зброї заборонене не тільки окремим державам, фізичним і юридичним особам, але й будь-яким союзам держав або багатостороннім об'єднанням [5, с. 19]. Тим самим виключається можливість фактичного ядерного озброєння держав під приводом створення ними ядерних вибухових пристроїв, призначених для невоєнних цілей, наприклад будівництва каналів і гаваней, добування нафти й корисних копалин, створення водойм і т. п. [6, с. 114].

Так, В. С. Ємельянов відзначив, що ДНЯЗ буде ефективним тільки тоді, коли він охоплюватиме своєю забороною не тільки ядерну зброю, але й інші ядерні вибухові пристрої [7, с. 31]. Крім того, заборона поширюється на передання будь-якої інформації щодо виробництва ядерної зброї й охоплює, крім ядерної зброї, й інші ядерні вибухові пристрої. Встановлення для таких пристроїв однакового правового режиму з ядерною зброєю зумовлене тим фактом, що між ядерними пристроями й ядерною зброєю практично неможливо провести межу [8, с. 205].

Зобов'язання держав-учасниць Договору, що не володіють ядерною зброєю, прописані в ст. II ДНЯЗ, зокрема, в ній сказано: «Кожна з держав-учасниць цього Договору, що не володіє ядерною зброєю, зобов'язується не брати від кого б то не було ядерної зброї або інших ядерних вибухових пристроїв, а також контролювати такою зброєю або вибуховими пристроями ні прямо, ні побічно; не випробовувати й не здобувати яким-небудь іншим чином ядерну зброю або інші ядерні вибухові пристрої так само, як і не домагатися й не приймати якої-небудь допомоги у виробництві ядерної зброї або інших ядерних вибухових пристроїв» [1].

Отже, можна стверджувати, що щодо неядерних держав ДНЯЗ наголошує на неприпустимості самостійного виготовлення й виробництва ними ядерної зброї, а також випробувань цієї зброї й проведення будь-якої науково-дослідної роботи, пов'язаної з її створенням, причому заборона поширюється й на спроби держав використовувати чужі території для виготовлення ядерної зброї, а також виключається будь-яка можливість виробництва ядерної зброї разом з іншими державами.

Особливостями ст. I і II ДНЯЗ від 1968 р. є те, що вони відрізняються значною деталізацією. Сумлінне виконання цих статей державами веде до перекриття всіх тих каналів, якими ядерна зброя могла би потрапити до тих, хто нею не володіє.

З п. 2. ст. III ДНЯЗ стає зрозумілим те, що кожна з держав-учасниць Договору зобов'язується не надавати: 1) вихідний або спеціальний матеріал, що має здатність розщеплюватися, і 2) устаткування або матеріал, спеціально призначений або підготовлений

для оброблення, використання або виробництва спеціального матеріалу, що має здатність розщеплюватися, будь-якій державі, що не володіє ядерною зброєю, для мирних цілей, якщо на цей вихідний або спеціальний матеріал не поширюються гарантії МАГАТЕ [9, с. 35].

Не менш важливою є ст. IV ДНЯЗ, що не тільки констатує право всіх країн на розвиток ядерної енергії в мирних цілях і на міжнародний обмін інформацією й матеріалами, але й встановлює зобов'язання держав сприяти такому розвитку. Однак складність проблеми саме й полягає в тому, що між ядерною енергією, застосовуваною в мирних цілях, і енергією, використовуваною для немирної ядерної діяльності, є тісний зв'язок [1].

Важливим є те, що держави, здобуваючи технології, що ставлять їх на позицію володіння ядерною зброєю, можуть протягом певного часу перевести свої мирні ядерні програми у військові. Так, наприклад, у разі прийняття відповідного політичного рішення створити ядерну зброю під силу Австралії, Аргентині, Бразилії, Єгиптові, Канаді, Швеції, Чилі, Японії й багатьом іншим країнам. Крім того, є небезпека, що неядерні держави зможуть створити ядерну зброю, використовуючи відсутність у ДНЯЗ від 1968 р. чіткого визначення терміна «мирне застосування ядерних технологій» [10, с. 127]. Ця неясність дає змогу, по-перше, деяким державам неоднозначно трактувати цей термін, а по-друге, може спричинити виникнення несприятливих наслідків від «не зовсім мирного використання ядерних технологій». Як приклад можна навести Іран, що зовсім недавно почав збагачувати уран. Донедавна Іран заявляв про те, що йому вдалося збагатити уран до 4,8 % і це його суверенне право. Це уран, що може бути використаний у мирних цілях для АЕС, але ця ж технологія може бути використана й для того, щоб продовжувати збагачувати уран, підвищуючи поступово ступінь збагачення до збройового. У 1958 р. Іран став членом МАГАТЕ, а в 1970 р. приєднався до ДНЯЗ, й поки він перебуває строго в рамках ДНЯЗ, відповідно до якого всім неядерним державам дозволено мати «повний ядерний паливний цикл», що включає дуже чутливі фази збагачення урану й перероблення Опроміненого Ядерного Палива (ОЯП). Головна вимога зводиться до того, щоб ядерна діяльність неядерної держави здійснювалася виключно в мирних цілях, на чому завжди й наполягав Іран [11].

Оскільки перероблення дасть можливість ОЯП різко підвищити виробництво енергії на одиницю уранового палива, то може зрости й потреба в підприємствах з перероблення. Комісія зі зброї масового знищення зауважила: «Тривогу тут викликає та обставина, що збільшення кількості підприємств зі збагачення й перероблення, а також зростаючі потоки матеріалів, що їх розділяють, можуть підвищити ризик небезпечного або несанкціонованого використання цих матеріалів» [12]. Проте треба зазначити, що проблема полягає не в тому, кому можна, а кому не можна збагачувати уран, а в тому, щоб заборонити збагачення урану вище певного рівня. Річ у тому, що через зростання цін на нафту й газ у найближчому майбутньому неминуче зросте опора на ядерну енергетику. Крім того, ядерна енергетика стає все більше привабливою у вигляді того, що вона не викидає в атмосферу парникові гази. Якщо це так, то споживання уранового палива зросте, що, можливо, приведе до будівництва нових підприємств зі збагачення урану. Тому необхідно заборонити збагачувати уран понад певний відсоток, що дало б змогу виграти час для більш детального розроблення альтернативних видів палива, які не можна безпосередньо використовувати для створення ядерної зброї. А далі для того, щоб не ставити неядерні держави, що відмовилися від будівництва власних підприємств зі збагачення й перероблення, у невигідне положення, ці країни могли б одержати доступ до міжнародного банку ядерного палива й одержати гарантії, що вони зможуть здобувати ядерне паливо за найнижчими ринковими цінами.

Окрім усього сказаного, унікальність ДНЯЗ полягає й у тому, що цей договір являє собою багатосторонній міжнародний договір, у якому викладені зобов'язання держав, які володіють ядерною зброєю, щодо мети роззброювання. Так, ст. VI ДНЯЗ зобов'язує держави-учасниці «... у дусі доброї волі вести переговори про ефективні заходи щодо припинення гонки ядерних озброєнь і ядерного роззброювання, а також про Договір про всеосяжне й повне роззброювання». У цьому формулюванні роз'яснений зміст принципу ядерного роззброювання, зведений до зобов'язань держав сприяти втіленню в життя вже укладених угод із роззброювання, а також якнайшвидшому виробленню нових заходів у цьому напрямі як часткового, так і більш радикального характеру. Як видно з тексту преамбули й ст. VI ДНЯЗ, Договір зобов'язує держави вести переговори з роззброювання, кінцевою метою яких має стати повна заборона, а потім і знищення ядерної зброї [1].

Особливий інтерес становить ст. V ДНЯЗ від 1968 р., в якій передбачена можливість проведення ядерних вибухів у мирних цілях, які можливо проводити під відповідним міжнародним спостереженням, а потенційні блага від будь-якого мирного застосування

ядерних вибухів мають бути доступні всім державам-учасницям Договору відповідно до спеціальної угоди або угод через відповідний міжнародний орган, у якому належним чином представлені держави, що не володіють ядерною зброєю, або відповідно до двосторонніх угод. Разом із тим усталилося положення, що забороняє проведення самими неядерними державами яких би то не було ядерних вибухів, що звільняє ці країни від видатків на розроблення й виробництво ядерних вибухових пристроїв. Отже, можна сказати, що ця норма не працює й незабаром може втратити юридичну чинність, оскільки 24 вересня 1996 р. був відкритий для підписання Договір про всеосяжну заборону ядерних випробувань (ДНЯЗ), що передбачає заборону на всі види ядерних випробувань [12, с. 108].

Стаття VI ДНЯЗ протягом багатьох років залишається постійним джерелом внутрішньої напруженості всього режиму нерозповсюдження ядерної зброї, оскільки фактично неядерні держави досить часто обвинувачують ядерні держави в тому, що вони не виконують взяті на себе зобов'язання щодо знищення своїх ядерних арсеналів, а навіть, навпаки, продовжують їх нарощувати й удосконалювати, тим самим сприяючи «вертикальному» поширенню ядерної зброї.

Основний зміст ст. VI ДНЯЗ полягає в тому, щоб колективними зусиллями всіх ядерних держав за належної наполегливості неядерних країн забезпечити безперервність процесу обмеження, скорочення й подальшого ліквідування ядерних озброєнь. Зрозуміло, що побудова світу, повністю вільного від ядерної зброї, й привабливість гарантій того, що ядерна енергія буде застосована тільки в мирних цілях, не може на нинішній стадії міжнародних відносин реально розглядатися державами як доступна справа з погляду майбутнього.

Одним із найбільш важливих елементів концепції є питання про обсяг заборони, інакше кажучи, про те, які зобов'язання з недопущення поширення ядерної зброї беруть на себе держави. Отже, угоди про зони, вільні від ядерної зброї, істотно розширюють сферу дії міжнародного режиму нерозповсюдження ядерної зброї, тому що в них передбачена не тільки відмова від виробництва й придбання ядерної зброї, але й недопущення розміщення іноземної ядерної зброї всередині зони. У цьому контексті важливою є ст. VII ДНЯЗ, присвячена праву якої-небудь групи держав укладати регіональні договори з метою забезпечення повної недопустимості ядерної зброї на їхніх територіях [1]. Отже, процес створення без'ядерних зон у науці міжнародного права одержав назву «концепція територіального обмеження ядерної зброї», основний зміст якої полягає в повній відсутності ядерної зброї в певному районі.

Щодо прав учасників вийти з ДНЯЗ, то це врегульовано в п.1 ст. X ДНЯЗ. Наприклад, передбачене право учасника вийти з Договору, якщо він вирішить, що пов'язані зі змістом ДНЯЗ виняткові обставини поставили під загрозу вищі інтереси його країни. Про такий вихід він повідомляє за три місяці всіх учасників Договору й РБ ООН [1], причому стаття не накладає на держави зобов'язання з надання доказів наявності таких «виняткових обставин». Інша річ, якщо після виходу з ДНЯЗ держава починає розвивати військову ядерну діяльність в умовах нормального функціонування міжнародного правопорядку, ставлячи під загрозу безпеку інших держав.

І насамкінець, процедуру й порядок набрання чинності Договором, визначення депозитаріїв Договору, а також передбачення процедури реєстрування Договору врегульовано в ст. IX ДНЯЗ. Зазначено, що російський, англійський, французький, іспанський і китайський тексти Договору є автентичними. Договір зберігається в архівах держав-депозитаріїв. Належним чином засвідчені копії Договору перепроваджуються останніми урядами держав, що підписали Договір і приєдналися до нього [1].

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у даному науковому напрямі. Зважаючи на проведене дослідження, можна стверджувати, що особливість ДНЯЗ полягає як у тому, що він являє собою багатосторонній договір, у якому зазначені зобов'язання держав, які володіють ядерною зброєю, щодо мети роззброєння, але й у тому, що в ньому практично прописаний принцип роззброєння, зведений до зобов'язання держав сприяти перетворенню в життя вже укладених угод про роззброєння, а також якнайшвидше вироблення нових програм у цьому напрямі як часткового, так і більш радикального характеру.

Щодо неядерних держав, то ДНЯЗ наголошує на неприпустимості самостійного виготовлення й виробництва ними ядерної зброї, а також проведення випробувань цієї зброї й проведення будь-якої науково-дослідної роботи, пов'язаної з її створенням. Наголошено, що заборона поширюється й на спроби держав використовувати чужі території для виготовлення ядерної зброї, а також виключається будь-яка можливість виробництва ядерної зброї разом з іншими державами.

Основною особливістю є те, що норми ДНЯЗ від 1968 р. заклали міцний правовий

фундамент усього міжнародного режиму нерозповсюдження ядерної зброї. Оцінюючи зміст його норм, не можна не дійти висновку про те, що ДНЯЗ задовольняє безпеці всіх держав, інтересам забезпечення загального миру. За умови послідовного й повного його дотримання Договір закриває всі можливі шляхи для поширення ядерної зброї й забезпечує необхідний міжнародний контроль за виконанням державами взятих на себе зобов'язань. Як ключовий міжнародно-правовий документ у сфері міжнародної безпеки, ДНЯЗ від 1968 р. значно розширює для країн, які не володіють ядерною зброєю, можливість мирного використання ядерної енергії.

Список використаних джерел:

1. Договір про нерозповсюдження ядерної зброї від 1 липня 1968 року. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/ laws/show/995_098

2. Ядерное нераспространение: уч. пособие для студ. высш. уч. раведений : в 2 т. Т. I / И.А. Ахтамзян и др.; под общ. ред. В.А. Орлова. 2-е изд., перераб. и расширен. М.: ПИР-Центр, 2002. С. 149-150.

3. Осипов Г.А. Международно-правовой режим нераспространения ядерного оружия. М.: Наука, 1987. С. 50.

4. Калинкин Г. Ф. Договор о нераспространении ядерного оружия – эффективный инструмент мира и безопасности народов. Советское государство и право. 1968. № 10. С. 55.

5. Чепров И.И. Новые проблемы международного права. М.: Междунар. отношения, 1969. С. 19.

6. Малинин С.А. Правовые вопросы договора о нераспространении ядерного оружия. Правоведение. 1969. № 1. С. 114.

7. Емельянов В.С. Проблемы нераспространения ядерного оружия. М.: Наука, 1981. С. 31.

8. Shaker Mohamed. The Nuclear Non-Proliferation Treaty. Origin and Implementation. 1959-1979. Vol. I-III. London; Rome; New-York: Oceana Public. Inc. P. 205.

9. Шестов В. Договор о нераспространении в действии. Международная жизнь. 1973. № 7. С. 35.

10. Иойрыш А.И. Правовые проблемы использования атомной энергии. Концепция атомного права: науч. изд. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2008. С. 127.

11. International Atomic Energy Agency (IAEA), IAEA Safeguards Glossary: 2001 Edition, International Nuclear Verification Series no. 3, 2001. URL: littp://w\v\v-pub.iaea.org /MTCD/ publications /PDF/nvs-3-cd/PPF/NVS3 prn.pdf.

12. Weapons of Mass Destruction Commission's report (WMDC). Weapons of Terror: Freeing the World of Nuclear, Biological and Chemical Arms. Stockholm. Sweden, June 1, 2006. P. 74-108.

Статья посвящена исследованию особенностей нераспространения ядерного оружия по Договору о нераспространении ядерного оружия от 1968 года. Хронологически анализируются нормы данного Договора в международно-правовом аспекте, делаются самостоятельные выводы на основании творческого подхода. Исследуются научные мнения отдельных ученых к пониманию проблемных вопросов в сфере нераспространения ядерного оружия. Устанавливаются отдельные особенности нераспространения ядерного оружия по Договору от 1968 года.

Ключевые слова: ядерное оружие, международная безопасность, безопасность государства, международный правовой режим, международный договор, международные санкции, международная ответственность.

The article is devoted to the study of the peculiarities of the non-proliferation of nuclear weapons in accordance with the 1968 Treaty on the non-proliferation of nuclear weapons. Chronologically analyzed the norms of this Treaty in the international legal aspect, independent conclusions are drawn on the basis of a creative approach. The scientific opinions of individual scientists regarding the understanding of the problem issues in the field of nonproliferation of nuclear weapons are researched. Certain features of the non-proliferation of nuclear weapons are established in accordance with the Treaty of 1968.

Key words: nuclear weapons, international security, state security, international legal regime, international treaty, international sanctions, international responsibility.

УДК 323.28:578/579(477+100)«20»

Уляна Шупка,
аспірант кафедри міжнародного права
Львівського національного університету імені Івана Франка

ОСОБЛИВОСТІ СПІВВІДНОШЕННЯ ДЕФІНІЦІЙ ПОНЯТЬ ТЕРОРИЗМУ ТА БІОЛОГІЧНОГО ТЕРОРИЗМУ В МІЖНАРОДНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

Стаття присвячена дослідженню особливостей співвідношення дефініцій понять тероризму та біологічного тероризму в міжнародному кримінальному праві. Аналізуються наукові підходи різних вчених як щодо розуміння поняття тероризму, так і щодо розуміння поняття біологічного тероризму, а також окремі міжнародно-правові норми, що регулюють це питання. Встановлюються окремі особливості співвідношення цих понять та робляться висновки щодо цього.

Ключові слова: тероризм, біологічний тероризм, терористичний акт, міжнародне кримінальне право, міжнародна відповідальність.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Необхідність досліджувати співвідношення дефініцій понять тероризму та біологічного тероризму вбачаємо в тому, що сьогодні немає єдиного загального визначеного розуміння як поняття тероризму, так і поняття біотероризму в науці міжнародного кримінального права. Існують різні доктринальні підходи як щодо поняття тероризму, так і щодо поняття біологічного тероризму.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми, виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. Проблеми співвідношення дефініцій понять тероризму та біологічного тероризму як у вітчизняній, так і в зарубіжній науці міжнародного кримінального права практично ніким раніше не досліджувались. Отже, це дослідження є першим.

Формування цілей статті (постановка завдання). Основною ціллю статті є встановлення особливостей співвідношення дефініцій понять тероризму та біологічного тероризму в міжнародному кримінальному праві.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Очевидним є те, що біологічний тероризм є різновидом тероризму взагалі, тому наше завдання зводимо до виявлення тих характерних ознак, які виділяють його в матриці моделей суспільно небезпечної поведінки, охоплюваних такою загальною категорією, як «тероризм».

Однак у науці міжнародного кримінального права немає однозначності і в трактуванні самої базової категорії тероризму. Як справедливо відзначають деякі автори навчального посібника з тероризму, «... кожний, хто намагається досліджувати тероризм, переконується в наявності стількох же його визначень, скільки висловлено думок з цього питання» [1, с. 23]. Таке явище зумовлене насамперед тим, що об'єктивно тероризм становить собою складне, багатомірне явище, що посягає на різні охоронювані законом сфери життєдіяльності людей будь-якими способами, а саме поняття «тероризм» складається із соціальної, політичної й кримінальної характеристик [2, с. 27]. Тому воно досить суперечливо трактується в політичному дискурсі, науці, законодавстві й неоднозначно сприймається на практиці.

У зарубіжній науці є думка, що необхідність формування однакового, універсального визначення поняття міжнародного тероризму має сумнівне значення для запобігання його проявам і боротьби з ним [3, с. 27]. Прихильники такої позиції вважають, що більш ефективним і значимим як із теоретичної, так й із практичної точки зору є підхід, що припускає вироблення визначення поведінки, яка, з погляду світового співтовариства, є неприйнятною, й ухвалення рішення про запобігання їй і боротьбу шляхом розроблення ефективних засобів здійснення й забезпечення заходів відповідно до встановлених принципів і норм міжнародного права. Тобто замість того, щоб дати абстрактне визначення цьому явищу, автори вважають, що необхідно розробити конкретний пере-

© У. Шупка, 2018

лік видів діяльності або дій, які міжнародне співтовариство вважає неприйнятними і які розглядають як поведінку терористичного характеру [4, с. 241].

Так, наприклад, проаналізувавши відомі визначення поняття «міжнародний тероризм», що були сформульовані у 70-80-х роках XX-го століття, а також тлумачення розглядуваного явища, подані в різних наукових виданнях, можна зробити висновок про те, що головною, характерною рисою (сутнісною ознакою) міжнародного тероризму є те, що він, по-перше, проявляється в неоднорідних, різноманітних діяннях, що включають широке коло охоронюваних суспільних відносин (захоплення заручників, акти вандалізму й убивств, дії, що загрожують суспільній безпеці, громадський порядок і т. д.) [5, с. 4].

По-друге, використання крайніх форм насильства або погрози застосування такого насильства, а також мета терористичних актів порушують межі заподіюваних ними руйнувань, тілесних ушкоджень, смерті і т. д. [6, с. 89]. Цілі актів тероризму досягаються шляхом психологічного впливу на осіб, що не є безпосередніми жертвами насильства; жертв тероризму обирають переважно за їх символічним, ніж дійсним значенням [7, с. 5].

У такому ракурсі міжнародний тероризм спочатку трактували як навмисне суспільно небезпечне діяння (дію або бездіяльність), що посягає на суспільні відносини, що регулюють міждержавні зв'язки, міжнародний правопорядок, шляхом заподіяння (або погрози заподіяння) у будь-яких формах істотної шкоди життєво важливим інтересам держав (світового співтовариства) для досягнення міжнародно-правових цілей. На думку авторів, це визначення міжнародного тероризму в цей період відображало його основні характеристики, було досить лаконічним і могло бути правовою основою протидії йому [8, с. 27].

Своєю чергою Д. Б. Левін визначав міжнародний тероризм як «... вбивство дипломатичних представників і взагалі політичних діячів іноземних держав з метою посилення міжнародної напруженості й поширення політичних і військових конфліктів» [9, с. 83].

Цитоване визначення відображає міжнародно-правовий погляд на сутність міжнародного тероризму, характерний для 70–80-х рр. XX століття – часів, коли об'єктом зазіхання терористів дійсно були «дипломатичні представники й політичні діячі іноземних держав».

Проте, враховуючи міжнародно-правовий аспект дослідження та вивчення цієї проблеми, необхідно з'ясувати зміст поняття «міжнародний тероризм». Як видовий елемент тероризму, міжнародний тероризм, маючи загальні ознаки цього явища, має, природно, свої ознаки, які, на жаль, також не одержали загальновизнаного концептуального й правового закріплення. Тут також можна спостерігати широкий спектр оцінок і думок.

Так, правовий аналіз базових підходів щодо дефініції поняття тероризму в міжнародно-правових актах універсального й регіонального характеру, закордонних працях дає змогу виділити такі його загальні ознаки.

1. Ціль тероризму – залякування (лякання) населення, порушення суспільної безпеки, вплив на діяльність органів державної влади або міжнародних організацій.

2. Зміст тероризму полягає в насильстві, інших суспільно небезпечних діяннях або погрозі їх здійснення, а також у діях з їх організації, підготовки, фінансування, планування, виконання, а ще у вигляді пособництва в будь-якій формі або підбурювання до такого здійснення.

3. Наслідки тероризму – смерть фізичної особи або групи осіб, заподіяння шкоди здоров'ю людини, заподіяння значного матеріального збитку, інші суспільно небезпечні наслідки [10, с. 241].

Аналіз глобальних угод дає можливість відносити до нього: а) вибухи у приміщеннях посольств, місій, представництв або штаб-квартирах міжнародних організацій; б) диверсійні акти на вулицях, вокзалах, в аеропортах, культурних центрах, промислових спорудженнях, у приміщеннях для торговельної й професійної діяльності, пов'язані зі знищенням або ушкодженням майна й заподіянням людям тілесних ушкоджень або смерті: в) навмисне використання вибухових пристроїв, вбудованих у пакунки, бандеролі, листи й інші поштові відправлення; г) будь-який диверсійний акт проти суспільних споруджень; д) змова з метою здійснення актів міжнародного тероризму й співучасть у них у будь-якій формі й ін. [11]. Також міжнародні угоди до актів міжнародного тероризму відносять: захоплення заручників, піратство, акти, спрямовані проти безпеки цивільної авіації, незаконне захоплення й використання ядерного матеріалу.

Найбільш правильний методологічний підхід до визначення цього поняття використаний у документах Інтерполу щодо боротьби з міжнародним тероризмом починаючи з 1986 року. Він полягає у визначенні ознак, що свідчать про міжнародний характер терористичного діяння. Відповідно до цих документів тероризм має міжнародне значення, якщо:

1) цілі, оголошені лідерами терористів, стосуються більш ніж однієї країни;

2) терористичні групи користуються підтримкою (матеріальною й іншою) з-за кордону;

3) готування терористичних актів починається в одній країні, а закінчується в іншій;

4) акт спланований або підготовлений в одній країні, а відбувався в іншій;

5) жертвами акту є громадяни різних країн або службовці міжнародних організацій;

6) шкода заподіюється різним країнам або міжнародним організаціям [12, с. 2] .

Щодо сучасного біотероризму, основу якого становить використання його суб'єктами біологічних засобів, здатних спричинити масову загибель людей, то, безумовно, він є різновидом тероризму загалом. Головна мета біотероризму – владарювання над людьми без знищення матеріального світу.

У науковій і спеціальній літературі трапляються різні трактування поняття біологічного тероризму, які заслуговують на увагу. У більшості дефініцій простежуються такі ознаки біотероризму, як застосування біологічних агентів або токсинів, ураження людей, тварин і рослин у результаті впливу агентів або токсинів, ціллю є залякування населення або вплив на органи влади.

Наприклад, у працях окремих вчених у сфері дослідження біологічної зброї його визначають як «... використання небезпечних біологічних агентів для заподіяння загрози життю і здоров'ю людей заради досягнення цілей політичного й матеріального характеру» [13, с. 63]. Інші вчені подають більш просте визначення поняття біологічного тероризму як терористичних актів з використанням біологічної зброї або її окремих складників [14, с. 294] .

Досить цікаво трактують його автори наукових видань «Захист людини в надзвичайних ситуаціях» [15, с. 193] і «Специфічна індикація патогенних біологічних агентів» [16, с. 273]. Біологічний терористичний акт вони визначають як застосування біологічних агентів (патогенів) шляхом навмисного прихованого зараження середовища проживання людини (повітря замкнених просторів, місцевості з об'єктами, що перебувають на ній, рослинністю, сільськогосподарськими культурами, відкритих водойм і водопровідної мережі, продовольства, тварин) або ж шляхом здійснення вибухів, створенням умов для аварій іншим методом на об'єктах біотехнологічної промисловості, у мікробіологічних лабораторіях, що працюють із патогенними для людини й тварин мікроорганізмами, з елімінацією останніх у зовнішнє середовище за межі цих об'єктів (лабораторій). Цінність визначення біотероризму полягає в тому, що воно інформує дослідника про різноманітні способи здійснення актів біотероризму.

Досить змістовна дефініція біологічного тероризму міститься в іншій науковій праці. У ній біологічний тероризм розглядають як «... навмисне застосування окремими особами, терористичними групами або організаціями біологічних засобів для ураження людей, сільськогосподарських тварин і культурних рослин з метою знищення або знешкодження людей, нанесення економічних втрат країні, нав'язування певної лінії поведінки в сфері розв'язку внутрішніх і зовнішніх спорів» [17, с. 665]. Таке визначення біотероризму є, мабуть, одним із найбільш чітких серед тих, що трапляються в літературі.

Окрім цього, в деяких наукових працях вживають два терміни: «акт біологічного (бактеріологічного) тероризму» і «біологічний тероризм». Під першим терміном автори розуміють одиничний факт застосування або спроби застосування бактеріологічних культур (бактерій, вірусів, токсинів, грибків і т. д.) для порушення епідемій або епізоотії з метою тиску на органи державної влади для прийняття рішень, що висуваються терористами. Широке ж використання з метою терористичної діяльності бактеріологічних культур називають «біологічним тероризмом» [18, с. 42].

Досить цікавим у цьому контексті є ще один підхід, згідно з яким під біотерористичним актом розуміють кожен зі способів цілеспрямованого впливу або безпосередньо на людину, або опосередковано через спожиті нею продукти рослинного, тваринного й штучного походження, застосовувані з метою зниження тривалості й якості життя [19, с. 49]. Однак таке визначення біотероризму є надмірно розширеним, внаслідок чого до різновидів біотероризму можна віднести різні форми насильства, руйнування екології й навколишнього середовища, ненадання людині (наприклад, дитині) продуктів харчування й безліч інших дій, що не мають до біотероризму жодного стосунку.

Акти біологічного тероризму можуть бути як відкритими (оголошеними, демонстративними), так і закритими (тобто замаскованими під що-небудь). У визначеннях подекуди трапляються згадки про прихований спосіб таких актів, хоча на практиці неодноразово мали місце й демонстративні акти застосування біологічних патогенів. Прикладом може бути випадок зараження продуктів у магазинах і ресторанах США в 1984 р. бойовиками секти «Рейнеші» [20]. Терористи застосували тоді один зі збудни-

ків, часто використовуваний у біологічній зброї, – сальмонелу. Метою цієї акції був зрив виборів і здобуття політичного контролю в окрузі Орегон.

Служба з контролю й попередження захворювань уряду США під «біотерористичною атакою» має на увазі «... навмисне використання вірусів, бактерій і інших біологічних агентів (мікроорганізмів) для порушення захворювань і смертності в людей, тварин або рослин» [21]. Очевидно, визначення характеризує біотероризм з погляду компетенції відповідного державного органу, у зв'язку з чим не містить вказівки на суб'єкт і об'єкт цієї діяльності й не містить у собі вказівки на ті цілі, заради яких і спричиняють спалахи захворювань, а також не містить вказівки на суб'єктивний бік цього діяння. Проте все що підпадає під визначення застосування біологічної зброї державами під час воєнних дій (хоча це й заборонено міжнародними договорами, зокрема Женевською конвенцією від 1925 р.), з одного боку, і все, що повсякденно практикується у сфері застосування біологічних агентів з метою зменшення популяції живих істот, що наносять шкоду сільському господарству, – з іншого, мабуть, не є актами біологічного тероризму [22, с. 5].

У виданому Інтерполом «Посібнику з прогнозування й запобіганню актам біотероризму» міститься така дефініція досліджуваного поняття: «біотероризм – це навмисне використання біологічних агентів (бактерій, вірусів і т. п.) або токсинів для завдання збитків або знищення людей, тварин або рослин для залякування або відмінювання урядом або громадянського суспільства до проходження певним політичним або соціальним цілям» [23, с. 7].

Можна вважати безперечним той факт, що біологічний тероризм відрізняється від терористичних актів іншого типу саме за характером і змістом діяння, що припускає використання специфічних речовин – біологічних агентів або токсинів. Близьким за змістом до терористичного акту є диверсія. Обидва ці злочини можуть бути скоєні із застосуванням біологічного вражаючого агента. Звідси виникає необхідність розмежування цих складів злочинів.

Під час аналізу біологічного тероризму з об'єктивної точки зору, не можна не звернути увагу на підвиди його прояву. Застосовуючи біологічну зброю, терористи можуть мати зовсім різні цілі. Залежно від цього можна виділити такі різновиди біологічного тероризму: релігійний (коли фанатиків, сепаратистів або просто психічно хворих людей приваблює демонстраційний аспект біологічного тероризму); політичний (для вирішення політичних проблем, дестабілізації ситуації в країні); економічний (як спосіб конкурентної економічної боротьби, коли можуть постраждати галузі сільського господарства) [24, с. 131].

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у даному науковому напрямі. Говорячи про співвідношення понять тероризму й біотероризму, необхідно констатувати, що в науці міжнародного кримінального права домінуючою й незаперечною є точка зору, згідно з якою біотероризм є різновидом тероризму взагалі й має найважливіші властиві йому ознаки, включаючи залякування населення й вплив на прийняття рішень органами держави або міжнародними організаціями. Виділення ж біологічного тероризму в самостійний вид тероризму, що характеризується підвищеною суспільною небезпекою, відбувається насамперед за ознаками об'єктивної сторони – діяннями, способами і засобами здійснення.

Що ж стосується співвідношення понять біологічного тероризму і міжнародного тероризму, то тут необхідно відзначити таке. Біологічний тероризм слід розглядати як різновид міжнародного тероризму, якщо він характеризується ознаками, що свідчать про міжнародний характер складу його діяння. Такі ознаки чітко зафіксовані в документах Інтерполу з боротьби з міжнародним тероризмом.

Зважаючи на механізм здійснення актів біотероризму й настання його наслідків, в основі яких лежить поширення інфекції, можна припустити, що його жертвами в багатьох випадках можуть стати громадяни різних країн, а шкода буде заподіяна не одній, а багатьом державам, тому зазвичай біотероризм має міжнародний характер, тобто його можливо розглядати як різновид міжнародного тероризму. Окрім цього, характеризуючи склад біотероризму, потрібно враховувати одну значиму особливість. Біологічний тероризм є одним із різновидів тероризму й має всі ознаки цього злочину, а більшість ознак складу злочину в різних видах тероризму ідентичні. Розмежовують їх переважно за ознаками об'єктивної сторони злочину. У цьому зв'язку характеризують біотероризм за ознаками тероризму з виявленням відмінних ознак біологічного тероризму.

Отже робимо висновок, що нині єдиного систематизованого наукового підходу щодо дефініції понять як тероризму, так і біотероризму немає. Усі сучасні підходи щодо розуміння тероризму і біотероризму різняться. Відчувається гострий брак вихідного теоретичного матеріалу для узагальнення.

Однак проблема полягає не стільки у різноманітності цих підходів, скільки в тому, що, недостатньо науково пізнаний, цей різновид тероризму може стати соціальним детонатором великих змін, які можуть відбутися як в окремих країнах і регіонах, так і в архітектурі системи міжнародних відносин загалом.

Список використаних джерел:

1. Терроризм: борьба и проблемы противодействия: учебное пособие для студентов юридических вузов / под ред. В. Я. Кикотя, Н. Д. Эриашвили. М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2004. С. 23.
2. Interna¬tional Terrorism as a Political Weapon. Oslo, 1998. P. 27.
3. Dias-Barrado C.M. The definition of terrorism and International Law// International legal dimension of terrorism. Edited by Pablo Antonio Fernandez-Sanches. Leiden. Boston, 2009. P. 27–41.
4. Schmidt Alex P., Longman Albert J. Political Terrorism. A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories and Literature. Amsterdam e.a.: SWIDOC and Transatlantic Books, 1998. P. 241–447.
5. Contemporary Research on Terrorism Aberdeen, 1987. P. 4–28.
6. Schmiolt A. Political Terrorism. Amsterdam, 1988. P. 89–96.
7. Crenshaw M. Terrorism and International Cooperation. N.Y., 1989. P. 5–18.
8. Waugh W. International Terrorism: How Nations respond to Terrorists. Salisbury, 1982. P. 27.
9. Левин Д.Б. Ответственность государства в современном международном праве. М. : 1986. С. 83.
10. Schmidt A. P., Longman Albert J. Political Terrorism. A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories and Literature. Amsterdam, SWIDOC and Transatlantic Books. 1998. P. 241-447.
11. Терроризм Международный. Энциклопедия Юриста. URL: http://eyu.sci-lib.com/article0002211.html
12. Guide for Combating International Terrorism. OIPC. Interpol № 373/2. 1986. P. 2.
13. Евстигнеев В. И., Рябихин Л. Ф., Щербаков Г. Я. Проблемы биологической безопасности и борьбы с биотерроризмом. Дипломатический ежегодник: сб. Статей / колл. авторов. М.: Науч. книга, 2004. С. 63.
14. Терроризм и контртерроризм в современном мире: аналитические материалы, документы, глоссарий / под ред. О. А. Колобова. М.: Экслит, 2003. С. 294.
15. Защита человека в чрезвычайных ситуациях. 2-е изд. (расшир. и доп.). М.: Ренинформ, 2002. С. 193.
16. Специфическая индикация патогенных биологических агентов: Практич. руководство / под ред. академика РАМН, профессора Г. Г. Онищенко. М.: МП Гигиена, 2006. С. 273.
17. Требин М.П. Терроризм в XXI веке. Мн.: Харвест, 2004. С. 665.
18. Хлобустов О.М. О некоторых понятиях и терминах в сфере борьбы с современным терроризмом. Российский следователь. 2006. № 5. С. 42-47.
19. Пальцев М. А. Биологическое оружие – проблема национальной безопасности государств. Национальная безопасность. 2002. № 1-2. С. 49.
20. Рубинштейн Э. Биотерроризм: значение антимикробных препаратов: лекция. URL: http://www.antibiotic.ru/cmac/2001_3-4/290Jext.htm
21. Centre for Disease Control And Prevention. Bioterrorism Overview / Официальный сайт Службы по контролю и предупреждению заболеваний США. URL: http://www.bt.cdc.gov/bioterrorism/overview.asp
22. Tiiagi Y. Political Terrorism: National and International Dimentions. Twenty First Annual Conference of Indian Society on International Law. New Dehli, 1987. P. 5.
23. Bioterrorism incident pre-planning and response guide. ICPO-Interpol. 2007. P. 7.
24. Моренков О. С. Биотерроризм – взгляд со стороны. Высокотехнологичный терроризм: материалы российско-американского семинара (Москва, 4-6 июня 2001 г,). М., 2002. С. 131.

Статья посвящена исследованию особенностей соотношения дефиниций понятий терроризма и биологического терроризма в международном уголовном праве. Анализируются научные подходы различных ученых как в понимании понятия терроризма, так и в понимании понятия биологического терроризма, п также отдельные международно-правовые нормы, регулирующие этот вопрос. Устанавливаются отдельные особенности соотношения этих понятий и делаются выводы относительно этого.

Ключевые слова: терроризм, биологический терроризм, террористический акт, международное уголовное право, международная ответственность.

The article is devoted to the study of the peculiarities of the ratio of the definition of the concepts of terrorism and biological terrorism in international criminal law. Analyzed as scientific approaches of different scholars both in terms of understanding the concept of terrorism, both in terms of understanding the concept of biological terrorism, as well as certain international legal rules governing this issue. Some aspects of the correlation of these concepts are established and conclusions are drawn about this.

Key words: terrorism, biological terrorism, terrorist act, international criminal law, international responsibility.

Борис Розовський,
докт. юрид. наук, професор,
завідувач кафедри правознавства
Східноукраїнського національного університету
імені Володимира Даля

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ А. В. КУЛЬКА «МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ Й ОХОРОНИ ТРАНСКОРДОННИХ ПРІСНИХ ВОД»

Проблеми, пов'язані із забезпеченістю прісною водою, – одні з найсерйозніших з-поміж тих, які нині стоять перед людством. Відповідно до даних ФАО близько 50 % населення світу відчуває труднощі у доступі до прісноводних ресурсів, до 2026 р. цей показник може сягнути 65 %. Інший аспект вказаної проблеми – якісний стан водних ресурсів. 2,3 млрд. осіб щорічно хворіють через споживання неякісної води. Згідно з дослідженнями, проведеними під егідою ЮНІСЕФ, до 2040 р. кожна четверта дитина на планеті загине або буде страждати від захворювань, пов'язаних із гострою нестачею води.

Водночас варто визнати, що ці виклики значною мірою стали результатом негативного антропогенного впливу на навколишнє середовище. Чинники стрімкого зростання чисельності населення світу, урбанізації, підвищення рівня споживання води, нераціонального використання прісноводних об'єктів, застосування шкідливих для них методів промислової та сільськогосподарської діяльності призвели до погіршення кількісного і якісного стану прісних вод. Отже, й ефективно реагувати на гострі виклики сучасності можна лише шляхом спільних зусиль держав світу, основою яких, зауважимо, неодмінно має бути комплексне міжнародне співробітництво із застосуванням засобів міжнародного права як регулятора міждержавних відносин. Лише така послідовна спільна робота у всіх регіонах може забезпечити поступове вирішення проблем, пов'язаних із прісноводними ресурсами.

Ці завдання повною мірою актуальні і для України, адже вона, по-перше, належить до групи європейських держав, найменше забезпечених власними прісноводними ресурсами; по-друге, незадовільна якість питної води є однією з основних причин високого рівня захворюваності населення України. В умовах, коли більшість прісноводних об'єктів України є транскордонними, розв'язання вказаних проблем можливе тільки за умови ефективного використання механізмів і засобів міжнародного права.

Виходячи із зазначеного, без сумніву, монографія А. В. Кулька «Міжнародно-правове регулювання використання та охорони транскордонних прісних вод»[1] присвячена проблемам, що потребують глибокого наукового дослідження.

Як видається, цінність представленої монографії полягає у тому, що йдеться про перше у вітчизняній науці комплексне дослідження відповідної проблематики, в якому розглянуто всі основні аспекти міжнародно-правового регулювання поводження з прісними водами, тобто природними об'єктами, що безпосередньо впливають на функціонування всієї екосистеми Землі. При цьому логічний та обґрунтований план дослідження, ретельність опрацювання теми, звернення до широкої джерельної бази дозволили автору системно розглянути основні теоретичні і практичні питання застосування міжнародного права для забезпечення міждержавної співпраці щодо судноплавства, основних способів несудноплавного використання й охорони транскордонних водних об'єктів, поводження з підземними водами, функціонування відповідних міжнародних конвенційних органів тощо.

Зокрема, у розділах III–V монографії ґрунтовно, послідовно та всебічно проаналізовані зміст та практика реалізації міжнародних договорів, присвячених використанню й охороні основних прісноводних об'єктів усіх регіонів світу (Рейну, Дунаю, Дніпра, Меконгу, Гангу, Інду, Нігеру, Нілу, Сенегалу, Конго, озера Вікторія, Амазонки, Ла-Плати, Великих озер, низки транскордонних водоносних горизонтів тощо). Завдяки цьо-

[1] Кулько А. В. Міжнародно-правове регулювання використання й охорони транскордонних прісних вод: монографія. К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, вид-во «Стилос», 2018. 735 с.

© Б. Розовський, 2018

му зроблені цікаві й важливі висновки щодо загальних особливостей, закономірностей та тенденцій розвитку сучасних систем міжнародно-правового регулювання відносин держав щодо транскордонних прісних вод.

Відзначимо, зокрема, тези автора про те, що нині відбувається розширення договірного масиву, охоплення міжнародними договорами нових сфер міждержавних відносин щодо водних ресурсів; закріплення у них основних принципів міжнародного права транскордонних прісних вод та низки нових принципів (інтегрованого (комплексного) управління водними ресурсами для їх оптимального використання і збереження для наступних поколінь, застосування оцінки впливу на навколишнє середовище та інших методів оцінки, постійного моніторингу й обміну даними, участі громадськості в ухваленні рішень щодо водних ресурсів тощо); пристосування вказаних принципів до природних особливостей відповідних водних об'єктів, потреб та інтересів прибережних держав. Зазначене сприяє розвитку річкових перевезень і несудноплавних видів використання транскордонних прісних вод.

Крім того, у монографії цілком слушно наголошено (підрозділ 6.1) на тенденціях розширення компетенції та запровадження елементів інтегрованого управління водними ресурсами у діяльності міжнародних річкових комісій, просування їхніми державами-членами басейнового підходу, зокрема, шляхом ухвалення й реалізації планів управління міжнародними річковими басейнами, запровадження нових міжнародно-правових механізмів охорони прісноводних ресурсів та застосування сучасних технічних засобів у цій сфері.

Розгляд основних аспектів теми дав автору змогу запропонувати концептуальні положення та висновки щодо можливих шляхів вирішення всього комплексу проблем застосування міжнародного права у відносинах, пов'язаних з використанням й охороною транскордонних прісних вод. Ці ідеї відображені у підрозділі 6.3 монографії (стор. 609-638): у ньому автор сформулював рекомендації стосовно оптимального змісту міжнародних договорів про використання й охорону транскордонних водних об'єктів та інституційних засад діяльності міжнародних річкових комісій як координаційних центрів інтегрованого управління.

Відзначимо цінність положень про регулювання міждержавних відносин у сфері судноплавства, гідроенергетики, рибальства, іригації сільськогосподарських земель, постачання води населенню, розподілу води, процедур узгодження нових програм, планів, проектів, діяльності, видів використання транскордонних прісних вод, що можуть мати негативний вплив на них.

Особливий інтерес, на наш погляд, становлять пропозиції про забезпечення дотримання прибережними державами принципу охорони довкілля. Автор цілком слушно рекомендує встановити у договірних нормах зобов'язання держав-учасниць визначати цілі та критерії якості води, захищати екологічні стоки, запобігати введенню чужорідних видів флори і фауни, враховувати екологічні вимоги у разі вжиття технічних заходів з освоєння і використання водних об'єктів, обмежувати річкові перевезення небезпечних матеріалів, скорочувати джерела забруднення, створювати охоронні зони, індивідуально та спільно реагувати на надзвичайні обставини, які стосуються транскордонних водних об'єктів (аварії, повені, посухи, льодостави, землетруси) тощо.

Можна погодитись із автором монографії у тому, що реалізація всього комплексу пропозицій, викладених у підрозділі 6.3, може сприяти створенню системи всебічного співробітництва між державами транскордонних водних об'єктів, врахуванню всіх вимірів їх використання та відповідних можливостей, застосуванню гнучких підходів до управління, впровадженню інноваційних інструментів для розв'язання актуальних проблем транскордонних прісних вод, створенню стійкої системи питного водопостачання і послуг санітарії, підвищенню ефективності заходів з охорони довкілля, адаптації використання транскордонних водних об'єктів до змін умов природного, економічного, соціального характеру.

Таким чином, автору монографії вдалося розв'язати важливу наукову проблему, одержати нові теоретичні положення і науково обґрунтовані висновки, сформулювати цінні гіпотези, концепції та пропозиції. Відзначимо, що це зроблено завдяки опрацюванню численних доктринальних джерел, доробків вітчизняних та іноземних вчених, міжнародної договірної практики держав, актів міжнародних міжурядових організацій, рішень та консультативних висновків міжнародних судових органів, резолюцій міжнародних конференцій тощо.

Вважаємо, що монографічне дослідження А. В. Кулька виконане на високому науковому рівні, є вагомим внеском у розвиток теорії міжнародного права і водночас буде корисним для юристів-практиків, дипломатів, працівників державних органів України, які опікуються проблемами використання й охорони природних ресурсів.

НОТАТКИ

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.